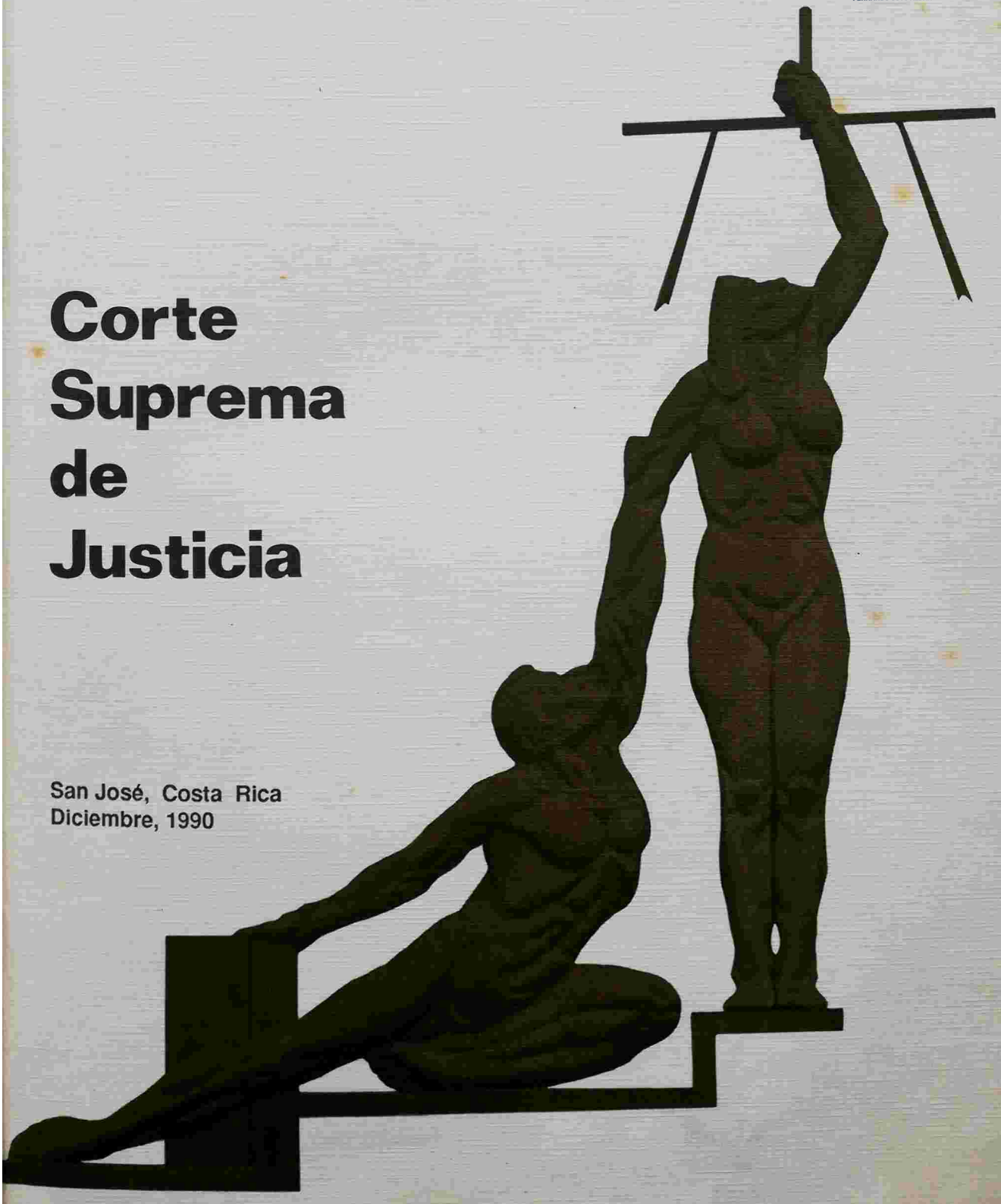
AÑO XV

Nº 52

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Diciembre, 1990

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

014390

Año XV — Núm. 52 — Diciembre, 1990

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"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual: Los sistemas legislativos (Un análisis comparativo) 13
Dr. Carlos Cárdenas Quirós

Alimentos para menores de edad en Puerto Rico 45
Dr. Pedro F. Silva-Ruiz

La relación empleo público y sus consecuencias prácticas en la jurisprudencia costarricense 61
Lic. Ricardo Vargas Hidalgo
Lic. Rolando Vega Robert

La factura comercial a la luz de la realidad mercantilista 77
Lic. Róger Bravo Álvarez

Legitimación ambiental 87
M.S. Licda. Roxana Salazar Cambronero

Derecho Internacional 93
Lic. José Rafael Fernández Quesada

El delito imposible 97
Lic. Francisco Dall'anese Ruiz

La informática jurídica en Costa Rica 107
Br. Fernando Coto Martén

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La autorización de salida del hogar de mujer casada 109
Lic. Esteban Soler Aira

La relación de subarrendamiento. Vinculaciones entre las partes externas 113
Henry Lang Wien

La participación criminal 117
Dr. Gerardo Calvo Picado

La consulta en la jurisdicción constitucional 127
Lic. Eduardo Sancho G.

Contratos de distribución, representantes de casas extranjeras y responsabilidad 141
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
Los falsos positivos en las pruebas por SIDA 159
Dr. Eduardo Vargas Alvarado

Consecuencias de la esterilización masculina 161
Donato Salas Segura

SECCIÓN III: INFORMACIÓN NORMATIVA 167
Jimmy Vargas Durán

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 173
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN V: JURISPRUDENCIA 179
Digesto

PRESENTACIÓN

En esta ocasión los estudios que aparecen en la Revista Judicial se refieren a Derecho de la Contratación, Derecho de Familia, Derecho Estatutario, Derecho Comercial (Factura y Representación de Casas Extranjeras), Derecho Ambiental, Derecho Internacional, Derecho Penal, Criminología, Derecho Agrario, Derecho de Menores e Informática Jurídica.

El distinguido jurista peruano, **Dr. Carlos Cárdenas Quirós** nos honra con su amplio y profundo estudio titulado: **"Mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual: Los sistemas legislativos (un análisis comparativo)",** en el que afronta magistralmente el debate doctrinario sobre si la pena contractual (no muy correctamente llamada "cláusula" penal por algunos) puede ser modificada judicialmente cuando el obligado no cumple del todo su prestación. El Dr. Cárdenas evalúa comparativamente las soluciones que se han dado; primero se refiere a los Derechos romano, francés (con abundantes referencias sobre los representantes de las principales posiciones), alemán y español (del que menciona antecedentes en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real, en las Leyes de Estilo, en Las Partidas y en el Proyecto de García Goyena de 1851). Luego agrupa las respuestas legislativas en varias clases (inmutabilidad absoluta, mutabilidad total y parcial, pena limitada en su cuantía, etc.) y nos indica una amplia gama de Códigos en cada caso. Pasa entonces a la apreciación crítica de las diversas soluciones, muestra los abusos y manejos poco equitativos en el sistema de la "inmutabilidad" y los avances logrados con la inmutabilidad relativa; además cuestiona la mutabilidad total y también la parcial cuando no permite más que su reducción (no su aumento) por ser inequitativa y desaconseja el uso de topes legales, objetando también los sistemas mixtos. Se inclina por apoyar la mutabilidad absoluta. Seguidamente nos da cuenta del desarrollo del tema en la legislación peruana, haciendo algunas valiosas observaciones relativas a la nulidad de la renuncia de la posibilidad de que el deudor pida la reducción.

"Alimentos para menores de edad en Puerto Rico" es el tema que trata esta vez nuestro asiduo colaborador el **Dr. Pedro F. Silva-Ruiz**, jurista puertorriqueño, representante de su país en numerosos congresos científi-

cos internacionales; esta vez nos envía su ponencia presentada en el Seminario Conmemorativo del Centenario del Código Civil de Puerto Rico, que se celebró en San Juan en octubre de 1989. El autor introduce el tema con una ubicación en su circunstancia. Seguidamente, muestra de los alimentos su carácter moral y jurídico, lo mismo que su alto interés público. Hace referencia a las bases legales en el Código Civil y en la legislación especial. Estudia aspectos como su concepto, la determinación de su cuantía, la proporcionalidad con los recursos del que los da y las necesidades del que los recibe, así como los criterios para la fijación. Narra algunos antecedentes para llegar así al tema de la determinación y modificación de la pensión alimenticia, primero con las guías ordenadas por la legislación federal conocida como "Child Support Enforcement Amendments of 1984", discrecionales, sin carácter obligatorio, de las que hace un análisis crítico y luego con la Ley 47 de 1989, con las guías mandatorias, que son una revisión de las que antes eran discrecionales.

Los Profesores de Derecho del Trabajo en la Universidad de Costa Rica **Lic. Ricardo Vargas Hidalgo** y **Lic. Rolando Vega Robert,** participan con la ponencia **"La relación empleo público y sus consecuencias prácticas en la jurisprudencia costarricense"**, presentada en el II Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que tuvo lugar en San José, en marzo de 1990. Este trabajo que es de gran utilidad, combina adecuadamente los enfoques teórico y práctico y es ampliamente informativo. Los autores tratan la naturaleza jurídica de la relación empleo público a nivel doctrinario, para lo cual comentan las diversas teorías existentes, tales como la teoría de la relación unilateral y la teoría de la relación contractualista, de la que apuntan sus ventajas, rechazando la teoría del Estado autoritario. Estudian la jurisprudencia costarricense, tanto administrativa como judicial, sobre: a) la teoría del Estado patrono único, con apoyo en la legislación y en los principios del Derecho Administrativo, b) la teoría de la relación estatutaria y su derivación del principio constitucional del artículo 19, así como sus desarrollos legislativos y c) el reconocimiento de antigüedad para efectos laborales, citando resoluciones de la Sala de Casación y dictámenes de la Procuraduría General de la República. El trabajo contiene amplia documentación en materia de jurisprudencia sobre la competencia relativa a la relación empleo público y sobre los conflictos entre la jurisdicción de trabajo y la jurisdicción contencioso administrativa.

El **Lic. Róger Bravo Álvarez** nos brinda su comentario **"La factura comercial a la luz de la realidad mercantilista"** lleno de apreciaciones críticas sobre la factura comercial en la legislación costarricense, haciendo ver algunos problemas que plantea el texto vigente. El objetivo que se propone es analizar información sobre la factura frente a las transformaciones del Derecho Mercantil. Lo hace en dos direc-

ciones: a) Desarrollo y evolución mercantil; trata aquí el desarrollo del comercio y la separación del Derecho Comercial con respecto al Derecho Común y b) Insuficiencia y realidad mercantil, parte donde se refiere al formalismo y entrabamiento, que critica, provocado por el requisito de la autorización escrita para la firma del encargado. Comenta la situación práctica y los problemas que se presentan con esta exigencia, recordando la teoría del factor notorio. Cita jurisprudencia que a su juicio es perjudicial para el comercio; ofrece algunas soluciones y recomienda adiciones al formato usual.

En el campo del Derecho Ambiental, publicamos **"Legitimación ambiental"** de la **M.S. Roxana Salazar Cambronero**, quien plantea la necesidad de una legislación acorde con la realidad y proyecta una posible solución, con la que coincidimos, según lo expuesto en la Revista de Ciencias Jurídicas Número 57: la de dotar a los ciudadanos de mecanismos que les permitan velar por la protección del ambiente y de su propia salud; de ahí la importancia del tema específico de la "legitimación". La autora nos brinda su concepto de legitimación, las notas características de ella y nos informa acerca de otras legislaciones como la de Guatemala, donde se habla de "acción popular"; la de México, que atribuye la posibilidad de denunciar a "toda persona"; la de Venezuela que habla de "todo ciudadano" y otras como Cuba y Ecuador. Comenta particularmente la situación en U.S.A. Finalmente contribuye con la constante reconstrucción del sistema ofreciendo una propuesta de redacción de texto legal sobre el tema.

"Derecho Internacional" se denomima el comentario que nos ofrece el **Lic. José Rafael Fernández Quesada,** quien afronta la disputada cuestión de si el Derecho Internacional es realmente Derecho. Afirma la diferencia radical con el Derecho Interno y trata algunos problemas de comprensión. En su análisis utiliza argumentos de Kelsen. Al encontrar que los sujetos, el entorno y los principios son específicos en el Derecho Internacional concluye considerando que también los métodos deben ser distintos. Observa el Derecho Internacional en su desarrollo recordando a SAVIGNI, con conceptos de gran actualidad hoy, por los profundos y continuos cambios que vivimos. En este proceso encuentra que los mecanismos del Derecho Internacional poco a poco se van transformando haciéndolo cada vez más apto para cumplir sus fines.

El **Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz** participa con **"El delito imposible",** donde se refiere al artículo 24 del Código Penal, asegurando que en esta materia el Código admite un "Derecho Penal de Autor", por la atipicidad de la acción y la aplicación de una medida de seguridad. El propósito de la colaboración del Licenciado Dall'Anese Ruiz es explicar la teoría del delito imposible, su concepto y su funcionalidad, para mostrar algunas deficiencias que, a su juicio, tienen las orientaciones jurisprudenciales. Dedica una sección al concepto de delito imposible. Explica

que al referirse la norma a la tentativa y al delito imposible, describe dos formas de conducta apoyadas en la posición dolosa. Diferencia la tentativa del delito imposible; objeta la tesis subjetiva y propone criterios más ciertos para la determinación de la viabilidad de la consumación. Considera que el tratamiento que hace el Código es "peligrosista", dentro de la teoría objetiva antigua de Carrara. Plantea algunos puntos de inconstitucionalidad de la privación de libertad en estos casos y aporta amplia jurisprudencia y conclusiones críticas de valor para una revisión legislativa.

"La informática jurídica en Costa Rica" es el aporte del **Br. Fernando Coto Martén,** el que da cuenta del Proyecto de Sistematización de la Jurisprudencia Penal del ILANUD, cuyos propósitos son precisamente la sistematización de la información y la democratización del acceso a ella. Nos relata sobre los Tesauros que sirvieron de base y plantea la necesidad de cursos de informática jurídica, sobre bases reales, con los correspondientes estudios "de mercado" de los eventuales destinatarios. El autor propugna por la divulgación y uso de la tecnología moderna en el Derecho.

En el campo del Derecho de Familia participa el **Lic. Esteban Soler Aira** con **"La autorización de salida del hogar de mujer casada".** Parte de la confrontación entre el modelo de familia jerárquica y el de la familia igualitaria consagrada en nuestra Constitución, citando además la Ley que aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" a la que ahora habría que agregar la llamada "Ley de igualdad real". Comenta el papel del Patronato Nacional de la Infancia en estas autorizaciones y la violación del principio de igualdad. En sus conclusiones sostiene que quedan por eliminar todavía algunas formas de discriminación, a pesar de los avances que ha tenido en Costa Rica el principio de igualdad en el Derecho de Familia.

"La relación de subarrendamiento. Vinculaciones entre las partes extremas" es el artículo que hoy aparece del **Lic. Henry Lang Wien,** quien actualmente realiza estudios de posgrado en Harvard. Él trabajó sobre este tema en su Seminario de Graduación, junto con las Licenciadas María Alexandra Bogantes Rodríguez, María Lourdes Echandi Gurdián y Jeanine Herrera Arias. Algunas de las ideas ahí expuestas son aquí desarrolladas. El autor insiste en la duplicidad de relaciones en el subarriendo y en la dependencia de éste respecto del arrendamiento. El tema central de su exposición son las relaciones entre las partes extremas; recuerda las soluciones en algunos ordenamientos (Perú, Italia, Argentina) y propone para Costa Rica la posibilidad de regulación del tema mediante la creación de una acción directa que permita al arrendante original exigirle al subarrendatario el pago del precio.

A partir de la identificación de sus fundamentos positivos, el **Dr. Gerardo**

Calvo Picado, Juez Superior Penal, en su colaboración, **"La participación criminal",** desarrolla el tema de la situación jurídica de los protagonistas de la infracción penal, desde el punto de vista activo, o sea, el agente penal, en sus diversas modalidades, así como las subsiguientes responsabilidades que esa diferente participación acarrea. Estudia así, separadamente, los protagonistas de la infracción: el autor (directo, intelectual, indirecto, mediato, coautor), el instigador y el cómplice. En la segunda parte se refiere a la influencia de la participación sobre el resultado de la acción colectiva a la responsabilidad de los partícipes; identifica el comienzo de esta responsabilidad, lo mismo que sus alcances; trata, finalmente, el tema de la comunicabilidad de las circunstancias, por diversas causas: personales, reales y mixtas.

El distinguido colega **Lic. Eduardo Sancho G.** nos ha enviado **"La consulta en la jurisdicción constitucional",** donde a partir de la determinación de los fines del Derecho Constitucional (particularmente del equilibrio entre poder y libertad) explica en forma dinámica la jerarquía de las fuentes y el sentido, importancia, ventajas y modalidades del control constitucional, para pasar seguidamente a explicar las diferentes hipótesis de consulta. En sus conclusiones reafirma las ventajas de la consulta; –expresa–: ". . .el país sería más respetuoso de los derechos y libertades, si tuviéramos ante los tribunales de justicia más consultas y menos "recursos" de inconstitucionalidad."

Ofrecemos, finalmente, en la Sección de Estudios, **"Representantes de casas extranjeras, contratos de distribución y responsabilidad",** donde nos referimos, con propósitos informativos y didácticos a los siguientes temas: concepto de distribución; diferentes formas de contratos de distribución; contenido de las prestaciones del agente; revocabilidad de la agencia; los principios reguladores de los contratos de distribución y la responsabilidad por revocación unilateral. De este último punto hacemos un estudio comparativo, en el Derecho Internacional (Convención de Ginebra de 1983, Directivas de la Comunidad Económica Europea, Convención del Benelux de 1983) y en la jurisprudencia nacional y extranjera (en particular Italia, Bélgica, Alemania, Francia, U.S.A.) y mostramos la justificación de la compensación debida y la forma práctica de calcularla.

Publicamos como siempre las secciones **La Ciencia al Servicio de la Justicia**, a cargo de los **doctores Eduardo Vargas Alvarado y Donato Salas Segura**; La Sección de **Información Normativa**, a cargo de **Jimmy Vargas Durán**, La Sección de **Pronunciamientos Especialmente Relevantes**, al cuidado de la **Licda. Cecilia Sánchez** y la Sección de **Jurisprudencia**, del Digesto.

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REFLEXIONES SOBRE LA MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA CONTRACTUAL

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS

ÍNDICE

Pág.

1. **Introducción** 14

2. **Brevísima aproximación histórica: los Derechos romano, francés, alemán y español** 15
   - 2.1. El Derecho romano 15
   - 2.2. El Derecho francés 15
   - 2.3. El Derecho alemán 16
   - 2.4. El Derecho español 17

3. **Mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal: Los sistemas legislativos** 18
   - 3.1. Sistema de la inmutabilidad absoluta (explícita e implícita) 19
   - 3.2. Sistema de la inmutabilidad relativa (parcial y total) 20
   - 3.3. Sistema de la mutabilidad total 21
   - 3.4. Sistema de la mutabilidad parcial 21
   - 3.5. Sistema del límite legal 21
   - 3.6. Sistema mixto 22
   - 3.7. Resarcibilidad del daño ulterior 24

4. **Apreciación crítica sobre los distintos sistemas** 25
   - 4.1. Inmutabilidad absoluta 25
   - 4.2. Inmutabilidad relativa (parcial y total) 27
   - 4.3. Mutabilidad total 29
   - 4.4. Mutabilidad parcial 31
   - 4.5. Límite legal 32
   - 4.6. Sistema mixto 33
   - 4.7. Resarcibilidad del daño ulterior 36
   - 4.8. Conclusión 36

5. **La mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal en la legislación civil peruana** 37
   - 5.1. El Código Civil de 1852 37
   - 5.2. El proyecto de Código Civil de 1890 37
   - 5.3. La Comisión Reformadora de 1922. El Código de 1936 38
   - 5.4. La Reforma del Código Civil de 1936. El Código Civil de 1984 40

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REFLEXIONES SOBRE LA MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE LA PENA CONTRACTUAL*

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS**

"Un ambiente de mejor sensibilidad para del Derecho, que es tanto como decir de mayor respeto para los problemas humanos, un gusto más depurado por el rigor y por el estilo, frente a los impulsos ciegos de soberbia de los arbitristas y los sectarios, serían no solo signo de civilización, sino también aproximativa garantía de rectitud y de justicia".

(RAMÓN SERRANO SUÑER, *Ensayos al viento.* Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1969, pág. 260).

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas en torno a la cláusula penal,[1] es la relativa a su mutabilidad o inmutabilidad, esto es, si puede ser o no ser variada por decisión judicial cuando el deudor no ejecuta la prestación a su cargo en forma total.

Existe sobre el particular, un importante debate doctrinario que ha trascendido al plano legislativo, observándose una notoria diversidad de posiciones, a diferencia de lo que acontece en el caso en que la prestación a cargo del deudor es ejecutada en forma parcial o irregular con anuencia del acreedor, donde la solución uniforme es en el sentido de que la penalidad debe ser equitativamente reducida.

Por ello, en el presente ensayo nos ocuparemos del tema planteado en primer término, con el objeto de evaluar las diversas soluciones que al respecto pueden encontrarse en la codificación civil extranjera. Igualmente, el texto comprende un estudio de la evolución legislativa de la materia en el Perú, a partir del Código Civil de 1852.

---

* *Congreso Internacional. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Lationamericano. (Colegio de abogados de Lima. Associazione di Studi Sociali Lationamericani —ASSLA— 5/7 de setiembre de 1988).*

** *Profesor de Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima.*

1. A lo largo de este ensayo emplearemos indistintamente las expresiones "cláusula penal", "obligaciones con cláusula penal" y "pena contractual". Empero, compartimos la opinión de Lobato ("La cláusula penal en el Derecho español", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1974, págs. 17 a 19), en el sentido de que la expresión más adecuada es la última (aun cuando hay que aclarar que dicho autor se refiere a los vocablos "pena convencional"). En efecto, la primera alude a la estipulación accesoria a un acto principal que contiene la pena. Sin embargo, como es sabido, la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior a ella, en forma separada, si bien con vinculación directa con la obligación principal. En este caso, hablar de "cláusula penal" resulta impropio. La segunda, hace referencia a aquella obligación cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena. La denominación "pena contractual", en cambio, estará referida a la prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor, (o un tercero, según algunos autores y legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —en el caso de que el acreedor contraviniere el deber de colaboración—) en caso de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. BREVÍSIMA APROXIMACIÓN HISTÓRICA: LOS DERECHOS ROMANO, FRANCÉS, ALEMÁN Y ESPAÑOL

2.1. El Derecho romano.

Cuando se trata de la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual, es frecuente que se cite entre los antecedentes romanos el siguiente fragmento de Justiniano contenido en el Código (Libro VII, título XLVII):

> "Como se han llevado hasta el infinito las antiguas dudas respecto a los intereses... mandamos que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna la cantidad del duplo."

El texto, sin embargo, ha originado debate entre los autores que se han detenido a analizar la cuestión. Peirano[2] señala a este respecto que algunos romanistas "llegaron a sostener que dicha regla del duplo marcaba el límite permitido al monto de la estipulación de la pena. Sin embargo, estudios posteriores permitieron llegar a la conclusión de que la decisión de Justiniano se aplicaba solamente cuando la indemnización estaba sujeta a apreciación judicial y no en los casos en que su monto había sido establecido mediante una *stipulatio poenae.* De este modo se sostiene actualmente por la doctrina dominante que el Derecho romano no concedía a los jueces la facultad de moderar la pena pactada, admitiendo que el convenio en este sentido sólo podía ser enervado, en cuanto a su eficacia, en virtud de la voluntad de la ley, cuando las partes habían querido eludir la prohibición de usura, ocultando bajo la investidura aparente de una cláusula penal una convención usuraria ilícita."

Se llega a afirmar incluso, que el Derecho romano desconoció el principio de modificación de la pena cuando la obligación se hubiera ejecutado en forma irregular o parcial.

2.2. El Derecho francés.

En el Derecho francés es posible apreciar una situación más definida. En una etapa inicial, Azon (entre los siglos XII y XIII) propugnaba la inmutabilidad de la cláusula penal. Señala Pothier sobre el particular:

> "Azon... decide que una pena convencional estipulada en sustitución de daños y perjuicios, no está sujeta a moderación alguna. Puede decirse, según su sentimiento, que hay una diferencia entre el interés convencional y los daños y perjuicios que no se reglan más que por el contrato. Por lo que toca a esos, es verdad que el deudor, al contratar la obligación primitiva, se le reputa haber contratado la obligación secundaria de daños y perjuicios que resultarían por la inejecución de la obligación primitiva, mas hay lugar para presumir que no ha entendido obligarse *in inmensum* por daños y perjuicios, sino solamente *intra justum modum,* y hasta concurrencia de la suma por la cual creía que racionalmente podían subir; mas no puede decirse la misma cosa del interés convencional, pues *ubi est evidens voluntas, non reliquitur praesumptionis locus.* Por excesiva que sea la suma estipulada para formar la pena, en caso de inejecución de la convención, el deudor no puede oponer que él ha entendido obligarse por ella, cuando la cláusula del contrato es expresa." [3]

De opinión contraria fue Dumoulin (1500-1566), pues propugnaba la reducción de la pena por los jueces cuando fuese excesiva.

Dumoulin se refiere al tema en su tratado *De eo quod interest.* Dice Pothier al respecto[4] que la posición de Dumoulin se sustenta "en que la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación. Pues —dice— de la misma manera, que cuando el acreedor hace subir a una suma excesiva los daños y perjuicios que pretende sufrir de la inejecución de la obligación, el juez ha de reducirla, y que la ley única —*Cod. de sent. quae pro eo quod interest prof.*— no permite que exceda del doble valor de la cosa que constituye el objeto de la obligación primitiva; de la misma manera cuando la pena estipulada en lugar de daños y perjuicios, es excesiva, debe reducirse; pues esta pena puede muy bien, a la verdad, exceder la suma a que suben los daños y perjuicios, y aun ser debida en el caso aquel en que el acreedor no los sufriera, por lo mismo que es estipulada para evitar la dis-

---

2. PEIRANO FACIO, Jorge, *La cláusula penal,* segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1982, págs. 227-228.
3. POTHIER, Robert J., *Tratado de las Obligaciones,* Editorial Heliasta S.R. L., Buenos Aires, 1978, pág. 213.
4. POTHIER, Robert J., *op. cit., págs.* 212-213.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cusión del hecho, si el acreedor ha sufrido efectivamente, y a cuánto sube lo que ha sufrido; pero teniendo cuenta de los daños y perjuicios del acreedor, pues es contrario a su naturaleza el que pueda llevarse más allá de los límites de lo que la ley prescribe para daños y perjuicios."

Frente a los dos puntos de vista, Pothier (siglo XVIII) opta por la tesis de Dumoulin y así consagra el principio quinto del Artículo Primero —De la naturaleza de las obligaciones penales— del Capítulo V —De las obligaciones penales— de la Segunda Parte —De las diferentes especies de obligaciones— de su Tratado de las Obligaciones, en los siguientes términos: "346. La pena estipulada en caso de inejecución de una obligación puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva."[5]

Desarrollando su parecer expresa: [6] "... la decisión de Dumoulin parece más equitativa. Cuando un deudor se somete a una pena excesiva, en caso de inejecución de la obligación primitiva que él ha contratado, hay lugar a presumir, que es la falsa confianza de que él no faltará a esta obligación primitiva, la que le lleva a someterse a una pena tan excesiva; que él dice no comprometerse a nada, al someterse a la misma, por cuanto está en disposición de no someterse a ella si creía que el caso de esta pena podía llegar; que así el consentimiento que él da a la obligación de una pena tan excesiva, siendo un consentimiento fundado en un error y en una ilusión que se ha hecho, no es un consentimiento válido; es por esto que estas penas excesivas deben reducirse al valor racional a que pueden subir lo más alto los daños y perjuicios que resultarían de la inejecución de la obligación primitiva. Esta decisión ha de tener lugar en los contratos conmutativos, por cuanto la equidad que debe reinar en esos contratos, no permitiendo que una de las partes se enriquezca a expensas de la otra, sería contrario a que el acreedor se enriqueciera a expensas del deudor, exigiéndole una pena demasiado excesiva y de un modo manifiesto superior al daño sufrido por la inejecución de la obligación primitiva. Esta decisión igualmente ha de tener lugar en las donaciones: *cum nemini sua liberalitas debeat esse captiosa.*"

Producida la revolución de 1789, años más tarde se inicia el proceso de elaboración del Código Civil, en el cual, apartándose de las opiniones de Dumoulin y Pothier, se opta por la inmutabilidad de la cláusula penal en el artículo 1152 que a la letra dice:

> "Cuando la convención establece que aquel que no la cumple pagará cierta suma a título de daños e intereses, no puede atribuirse a la otra parte una suma mayor ni menor."

No obstante dicha regla, el artículo 1231 admitía la modificación de la pena por el juez cuando la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte. Estaba excluida, por tanto, la modificación de la pena en caso de inejecución total.

Bigot de Préameneu, uno de los autores del Código Napoleón, indicaba lo siguiente acerca del artículo 1152: [7]

> "La pena estipulada por los contratantes hace las veces de ley para ellos. El acreedor no debe ser admitido a decir que esta pena es insuficiente, ni el deudor a pretender que ella es excesiva. ¿Qué juez mejor que las partes podrá conocer las circunstancias y los intereses respectivos que han determinado la fijación de la pena? Se deben aplicar acá los razonamientos sobre la fijación de una suma estipulada para daños y perjuicios."

Empero, como bien aprecia Laurent [8], el argumento de Bigot de Préameneu no es decisivo, porque las partes pueden equivocarse.

La solución del Código Civil francés no puede causar extrañeza. Se trata de un Código de corte profundamente individualista-liberal, que llevó hasta sus extremos el concepto de la autonomía de la voluntad.

2.3. El Derecho alemán.

En el Derecho alemán el proceso histórico relativo a la cláusula penal marcha en sentido inverso al del Derecho francés. Según explica Peirano [9], " habiendo comenzado por la inmutabilidad de la pena, llegó a permitir que el monto de la misma fuera regulado por el arbitrio judicial. Las antiguas legislaciones no acordaban a los jueces ninguna facultad para moderar el monto de la pena estipulada, y las partes tenían, en cambio, plena libertad; las únicas limitacio-

---

5. POTHIER, Robert J. *op. cit., pág.* 212.
6. POTHIER, Robert J. *op. cit., pág.* 213.
7. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, págs. 231-232.
8. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La cláusula penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 89.
9. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 232.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes conocidas parecen haber sido en el sentido de que la cláusula penal no podía ser utilizada para ocultar una estipulación de intereses usurarios. El Proyecto de Código Civil alemán seguía esta misma doctrina, pero el Código Civil alemán otorga al juez la facultad de moderar la pena, bien que con ciertas limitaciones destinadas a impedir que esa facultad pueda convertirse en un medio de abuso."

Por su parte, Lobato[10] destaca que en el Derecho germánico, "en determinadas ocasiones la cuantía o contenido de la pena convencional fue objeto de limitaciones (por ejemplo, al doble del interés que representa la prestación de la obligación principal, a lo que diga el juez, etc.) ..."

2.4. El Derecho español.

En España, en torno a la cuestión de la mutabilidad o inmutabilidad de la pena contractual, pueden citarse los siguientes antecedentes:

El Fuero Juzgo (mediados del siglo VII) establecía que la pena no podía exceder al doble de la cosa adeudada, mientras que tratándose de deudas de dinero, la pena podía ser equivalente al triple de la suma debida: "... mas si algunos omnes ovieren pleyto de alguna cosa, non aya y maior pena, sinón que peche en duplo la cosa el que la non entregare, é si el pleyto fuere de dineros, la pena sea fasta tres duplos... E todo escripto é todo pleyto que fue fecho contra esta ley, non vala" —Fuero Juzgo, Libro II, título V, Ley VIII—.[11]

El Fuero Real (principios del siglo XI), en su Ley 10, título 5, Libro 4, contemplaba la limitación del monto de la cláusula penal, estableciendo que: "Si alguno pusiere Pleyto con otro, de pagar deudas de dineros a plazos, o de facer otra cosa de derecho, maguer ponga pena sobre si por cumplir aquello que pone, no pueda mas crecer la pena de otro tanto cuanto es la demanda sobre que fue puesta la pena; e si fuere la demanda de dineros, puede crecer la pena dos tanto, no contando la demanda de los dineros."[12]

No obstante que en principio la pena debía satisfacerse íntegramente, el mismo Fuero Real contemplaba la reducción de ella cuando se hubiera producido un cumplimiento parcial aceptado por el acreedor (Ley 9, título 20, Libro 3).

Cabe señalar, como lo puntualiza Peirano Facio[13] que, de acuerdo con el Fuero Real (Ley 9, título 20, Libro 3), "el acreedor no puede ser constreñido a recibir parte de lo que se le debe, y que puede negarse por tanto al cobro parcial de la prestación principal, en cuyo caso de negativa el deudor deberá ser obligado al pago de toda la pena. Ahora bien, si el acreedor, teniendo la facultad de negarse a efectuar el cobro parcial de la obligación principalmente debida, no hace uso de esta facultad, se entiende que obrando de tal manera quiere conferir un beneficio a su deudor, beneficio que a consecuencia de la estrecha comunión existente entre el trato principal y la pena, corresponde también hacerlo extensivo a ésta."

En las Leyes del Estilo, que complementan el Fuero Real, se prevén también limitaciones, al decirse lo siguiente: "Non vale el pleyto, ni la pena. Y esto se entiende cuanto en aquello que fué puesto mas del dos tanto. E si otro Pleyto de dineros, ó de doblo, ó si era sobre Pleyto cualquier que no fuere de dinero: mas por el dos tanto, ó de otro tanto según lo dicho es, valdrá el Pleyto, y la pena" —Ley CCXLVII—.[14]

Las Leyes del Estilo consideran también "la posibilidad de que la pena pueda consistir en pagarse por el deudor cierta cantidad día a día, hasta tanto no cumple con la obligación principal, agregándose que aun cuando ésta se mandare cumplir por sentencia, se debe siempre la pena diaria hasta tanto se cumpla la deuda" —Leyes CCXV y CCXVI—.[15]

También se contempla en las Leyes del Estilo, la reducción de la pena en caso de cumplimiento parcial —Ley CXCIX—.

Las Partidas prevén la libertad de pacto en torno a la cláusula penal en la Partida 5, título 11, Ley 34: "E esta pena atal es dicha en latín, conuen-

10. LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 46.
11. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 32.
12. Cit. por LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 48.
13. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 36.
14. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 34.
15. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tionalis; que quiere tanto dezir, como pena que es puesta a plazer de amas las partes."[16]

La pena no era debida cuando buscase amparar un pacto usurario (Partida 5, título 11, Ley 40).

Los autores[17] concuerdan en sostener que el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567) y la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805), no se refieren o, en su caso, no aportan nada respecto al tema en estudio.

—El Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851 limitaba el monto— de la cláusula penal "cuando la obligación principal consiste en una cantidad de dinero determinada. Se establece para este supuesto que 'el interés convencional (—ese interés es el contenido de la pena convencional—) no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que exceda lo reducirán los Tribunales a instancia del deudor' (artículo 1081, párrafo 2, inciso 2, en relación con el 1650)." [18]

El Proyecto preveía también que si se hubiera pactado que el acreedor podía reclamar acumulativamente el cumplimiento de la obligación y la pena, los Tribunales estaban facultados para moderar la pena si la consideraban excesiva (artículo 1081, primer párrafo).

Por último, el Proyecto contemplaba la reducción equitativa de la pena en caso de cumplimiento parcial de la obligación principal (artículo 1085).

3. MUTABILIDAD E INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL: LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS

Con el propósito de analizar las distintas soluciones imperantes sobre la materia en estudio en el Derecho Comparado, consideramos indispensable agruparlas, tomando en cuenta para ello la existencia de ciertos elementos en común.

Así, en primer término, existen legislaciones que recogen explícitamente el principio de inmutabilidad de la pena en forma absoluta, entendiéndose por ello que no admiten la reducción de la pena en caso de incumplimiento total.

Otras, en cambio, adhieren igualmente al sistema de inmutabilidad absoluta, pero en forma implícita, pues contemplan la posibilidad de modificación sólo para el caso de cumplimiento parcial.

Por último, en este primer sector legislativo, encontramos Códigos que, si bien proclaman en principio la inmutabilidad de la pena, admiten su reducción (inmutabilidad relativa parcial) y en ciertos casos también su aumento (inmutabilidad relativa total).

Un segundo sector legislativo parte del principio de la mutabilidad, pero mientras algunos Códigos contemplan por igual la posibilidad de aumento como la de reducción de la pena (mutabilidad total), otros se limitan solo a autorizar la reducción (mutabilidad parcial)[19].

Una tercera corriente es la de aquellos Códigos en los que se establece un límite a la cuantía de la pena.

Un cuarto sector es el de los Códigos que combinan algunas de las soluciones descritas y que por ello denominamos sistema mixto.

Cabría mencionar, por último, el grupo de Códigos que, sin perjuicio de optar por la mutabilidad o inmutabilidad de la pena en los términos explicados prevén la posibilidad de que, mediando un pacto en tal sentido o sin necesidad de ello el acreedor pueda obtener, además de la satisfacción de la pena, un mayor monto indemnizatorio, si los daños y perjuicios fueran superiores: la resarcibilidad del daño ulterior.

Pasemos a tratar individualmente cada uno de los sistemas mencionados.

---

16. Cit. por LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.*, pág. 51.

17. P.e.: PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, págs. 42-43; LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.* , pág. 55.

18. LOBATO DE BLÁS, Jesús María, *op. cit.* , pág. 58.

19. Consideramos más preciso hablar de mutabilidad total y parcial, según que se admita tanto el aumento como la reducción o sólo esta última, respectivamente. Paludi emplea las expresiones "mutabilidad bilateral" y "mutabilidad unilateral" para referirse a esos mismos supuestos (PALUDI, Osvaldo C., Replanteo de la función de la cláusula penal. En Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación sobre trabajo y seguridad social. Año XII, número 11, noviembre 1970, Buenos Aires, págs. 579-580).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3.1. Sistema de la inmutabilidad absoluta (explícita e implícita).

Comprende aquellos Códigos y Proyectos de Códigos que establecen, expresa o tácitamente, que la cláusula penal no es susceptible de modificación mediante el arbitrio judicial, salvo en los casos de cumplimiento parcial o irregular aceptado por el acreedor.

Como ejemplos del sistema de la inmutabilidad absoluta explícita, se encuentran los Códigos de Bélgica —artículos 1152 y 1231— [20], República Dominicana —artículos 1152 y 1231—[21], Quebec —artículos 1076 y 1135— [22], Venezuela —artículo 1276[23], Italia (de 1865) —artículos 1214 y 1230— [24], Japón —artículo 420, incisos 1) y 3)— [25], el Landrecht Prusiano —artículo 292— [26], el Proyecto De Gásperi de Código Civil del Paraguay —artículos 639 y 645— [27] el Anteproyecto Bibiloni de Código Civil Argentino —artículo 1062, párrafo segundo—[28] y el Esbozo de Freitas —artículos 992 y 998—.[29]

---

20. "1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre."
"1231. La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie".

21. "Art. 1152. Cuando el contrato contenga una cláusula que fije una suma determinada, que debe pagar en concepto de daños y perjuicios el contratante que deje de cumplirlo, no podrá exigirse mayor suma en este sentido, ni reducir tampoco su entidad."
"Art. 1231. La pena puede modificarse por el Juez, cuando la obligación principal ha sido ejecutada en parte."

22. "Art. 1076. When it is stipulated that a certain sum shall be paid for damages for the inexecution of an obligation, such sum and no other, either greater or less is allowed to the creditor for such damages.
But if the obligation have been performed in part, to the benefit of the creditor and the time for it's complete performance be not material, the stipulated sum may be reduced; unless there be a special agreement to the contrary.
"Art. 1135. The amount of penalty cannot be reduced by the court.
But if the obligation have been performed in part to the benefit of the creditor, and the time fixed for it's complete performance be not material, the penalty may be reduced; unless there be a special agreemet to the contrary."

23. "Artículo 1276. Cuando en el contrato se hubiese estipulado que quien deje de ejecutarlo debe pagar una cantidad determinada por razón de daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor.
Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras".

24. "Art. 1214. La pena puede ser disminuida por el juez cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte.
"Art. 1230. Cuando la convención establece que el que deja de ejecutarla deba pagar una determinada suma a título de daños, no se puede atribuir a la otra parte una suma mayor ni menor. Lo mismo ha de decirse si la fijación de daños se hace bajo la forma de cláusula penal, o mediante arras entregadas al tiempo de concluirse el contrato."
(Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 235).

25. "Art. 420, incisos 1 y 3: Las partes pueden fijar con anticipación el monto de los daños que producirá el incumplimiento. En este caso el tribunal no puede ni aumentar ni disminuir la suma fijada por las partes... Se presume que la cláusula penal equivale a una fijación de daños y perjuicios realizada con anticipación."
(Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 235).

26. "Art. 292. La indemnización de daños e intereses en el caso de no cumplirse el contrato puede fijarse previamente por una cláusula penal; y entonces no se podrá pedir una pena mayor."
(Tomado de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *op. cit., pág. 88).*

27. "Art. 639. La pena puede ser estipulada para el caso de falta de cumplimiento puntual, o para el de inejecución total o parcial.
En cada uno de esos casos la pena substituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno."
"Art. 645. Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera de lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se convinieren."

28. "Artículo 1062. (. . .) En cada uno de esos casos sustituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha padecido perjuicio alguno. La cláusual penal queda sometida a la disposición del párrafo 1 del artículo 299."

29. "Art. 992. El acreedor no podrá pedir la pena sino cuando el deudor se hubiere constituido en mora, y pidiéndola no tendrá derecho a ninguna otra indemnización de pérdidas e intereses, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, salvo si en los actos jurídicos se hubiere dispuesto de otro modo."
"Art. 998. Si la obligación principal solo hubiera sido cumplida en parte, o en forma irregular, o fuera del lugar determinado o fuera de tiempo, la pena deberá disminuirse proporcionalmente, lo que será arbitrado por orden judicial, en el caso de que las partes no estén de acuerdo."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

También se ascribía a este sistema el Código Civil peruano de 1852 —artículo 1275— (infra 5.1.).

Como ejemplos del sistema de la inmutabilidad absoluta implícita, encontramos los Códigos de España —artículo 1154—[30], Cuba (de 1889) —artículo 1154 — [31] y Uruguay —artículo 1370—.[32]

3.2. Sistema de la inmutabilidad relativa (parcial y total).

Incluye aquellos Códigos que, si bien establecen, como principio, expresa o tácitamente, que la pena no es susceptible de modificación, admiten ésta por excepción cuando la pena fuese excesiva (inmutabilidad relativa parcial). Algunos Códigos consideran procedente la modificación de la pena, igualmente, cuando fuese diminuta (inmutabilidad relativa total).

Optan por la primera solución, los Códigos Civiles de Argentina —artículos 655 y 656— [33], Paraguay (de 1987) —artículos 454, segundo párrafo, y 459— [34], Italia (1942) —artículos 1382, 1384 y 1526— [35], el Anteproyecto argentino de 1954 —artículo 890— [36] y el Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos

---

30. "1154. El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

31. "Art. 1154. El Tribunal modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

32. "1370. Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado."

33. "655. La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente."
656. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.
Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor." (Párrafo agregado por la Ley 17.711).

34. "Art. 454. Podrá estipularse una pena para el caso de incumplimiento, total o parcial, o de retardo en la ejecución de una obligación, sea a favor del acreedor o de un tercero.
En cada uno de esos casos, la pena sustituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente.
Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno."
"Art. 459. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

35. "1382. Effetti della clausola penale. La clausola, con cúi si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promesa, se non e stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.
La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno."
"1384. Riduzione della penale. La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccesivo, avuto sempre riguardo all'interese che il creditore aveva all'adempimento."
"1526. Rizoluzione del contratto. Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.
Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta. (. . .)"

36. "... el Anteproyecto de 1954... mantiene como regla general el principio de la inmutabilidad de la cláusula penal pero luego, tomando como fuente el artículo 1384 del C. Civil italiano, acepta la posibilidad de reducir las cláusulas penales excesivas, expresando en el artículo 890:
Reducción de la pena. La pena podrá ser reducida de acuerdo con la equidad, si la obligación principal hubiese sido parcialmente cumplida, así como también cuando el monto de la pena resultase exorbitante con relación al perjuicio efectivo del acreedor. El juez tomará especialmente en cuenta el interés legítimo de toda índole que tuviese el acreedor en el cumplimiento de la obligación principal."
(Tomado de MOISSET DE ESPANÉS, Luis, La lesión y el nuevo artículo 954. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones. Córdoba, 1976, págs. 120-121).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

—artículos 101 y 155—.[37] El Código Civil del Perú de 1984 —artículos 1341 y 1346— (infra 5.4.) sigue también este sistema

El Código Civil francés opta en cambio por la segunda solución —artículos 1152 y 1231—[38]

3.3. Sistema de la mutabilidad total.

Constituye aquel sistema que admite que la pena puede ser variada por decisión judicial, tanto para aumentarla como para disminuirla.

3.4. Sistema de la mutabilidad parcial.

Lo denominamos de este modo, pues incluye todas aquellas legislaciones que no establecen ni expresa ni tácitamente la inmutabilidad de la pena y, por el contrario, prevén la posibilidad de su modificación con el propósito exclusivo de reducirla.

Entre los Códigos que lo adoptan, encontramos los de Austria —artículo 1336, segundo párrafo—[39], China —artículo 252— [40], Alemania Federal —artículo 343, primer párrafo— [41], el Código de las Obligaciones suizo —artículo 163, parágrafos 1 y 3—[42] y el Anteproyecto Ossorio de Código Civil Boliviano —artículo 775—.[43] Igualmente lo acogía el Código Civil Peruano de 1936 —artículos 1227 y 1426— (infra 5.3.).

3.5. Sistema del límite legal.

Este sistema implica que la cláusula penal no puede superar determinado límite, admitiéndose que los jueces reduzcan las penas que superen los límites impuestos por la ley.

Optan por esta solución, los Códigos de Costa Rica —artículo 712— [44], México D.F. —artículo 1843— [45], el Proyecto Bello de Código Civil de Chile (de 1851) —artículo 1722— [46] y el Pro-

---

37. "... se mantiene el principio general de la inmutabilidad, aun cuando se establece una excepción en razón del objeto materia de la prestación penal. En efecto, en este proyecto, luego de haberse sentado en el art. 101 el principio del art. 1230 del Código Civil italiano (de 1865), se establece en el artículo 155 que el juez podrá reducir la pena pactada cuando ella parezca excesiva, pero que esta facultad sólo es conferida al juez en el caso de que la pena haya sido estipulada 'bajo la forma de una multa periódica.'"
(Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 238).

38. "Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera una certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.
(L. Nº 75-597 du 9 juill. 1975). Néanmoins, le juge peut medérer au augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."
"Art. 1231. (L. Nº 75-597 du 9 juill. 1975). Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge a proportion de l'intérêts que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contrare sera réputée non écrite."

39. "Artículo 1336. Les parties contractantes peuvent stipuler dans une convention spéciale qu'au cas de non accomplissement de la promese, ou d'exécution non conforme ou trop tardive, une somme d'argent déterminée ou toute autre somme sera payée à titre de réparation du prejudice. En l'absence d'un accord spécial, le débiteur n'est pas en droit de se liberér de l'exécution par le payement de l'indemnité. S'il y a une promesse d'une pénalité conventionelle pour le non respect de la date ou du lieu d'exécution, elle peut être exigée, en même temps que l'execution.
Dans tous les cas, le montant de la pénalité, s'il paraît excessif au débiteur, peut être modéré par le juge après expertise."

40. " Art. 252. Si la pena estipulada es excesiva, puede el Tribunal reducirla a un monto conveniente."
(Tomado de DE GÁSPERI, Luis, Anteproyecto de Código Civil, Editorial El Tráfico, Asunción, 1964, pág. 191).

41. "343. Si una pena en que se ha incurrido es extraordinariamente alta, puede ser reducida por sentencia a una suma adecuada, a petición del deudor. En el juicio de adecuación ha de tomarse en consideración todo interés legítimo del acreedor no sólo el interés patrimonial. Después del pago de la pena, la reducción está excluida.
Lo mismo vale, además de en los casos de los parágrafos 339 y 342, si alguien promete una pena para el caso de que realice u omita un acto."

42. "Artículo 163. 1 L'ammontare della pena convezionale è lasciato all'arbitrio delle parti. (. . .) 3 Il giudice deve ridurre secondo il suo prudente criterio le pene convenzionali eccesive."

43. "Artículo 775. El juez podrá alterar o rebajar la pena pactada, tanto si la juzga excesiva como si la obligación hubiese sido cumplida parcial o irregularmente."

44. "Artículo 712. Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél."

45. "Art. 1843. La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal."

46. "Art. 1722. El deudor tendrá derecho a que se modere la pena, si comparado su valor con el de la cantidad que se deberá por indemnización de daños y perjuicios, la excediese en más de la mitad de la misma."
(Tomado de PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 239).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

yecto Toro de Código Civil de Bolivia —artículo 3003—.[47] y el Código de Comercio de Colombia —artículo 876—[48].

3.6. Sistema mixto.

Incluye aquellos Códigos que, según se ha explicado anteriormente (supra 3), combinan varios de los sistemas propuestos.

Entre los Códigos que cabe comprender en este rubro, están los de Brasil —artículos 920, 927 y 1040, III— [49], Ecuador —artículos 1585, 1587, 2136 y 2142— [50], Portugal —artículos 812, parágrafo 1, 936 y 1146, parágrafos 2 y 3—[51], Chile —artículos

---

47. "Artículo 3003. Ninguna multa puede exceder de la mitad del valor estimado de la obligación principal. Toda estipulación en contrario es nula en el exceso. En las obligaciones de valor indeterminado o cuando, por circunstancias imprevistas, el valor de la obligación ha subido en más de una mitad del que tenía al tiempo del contrato, el juez reducirá la multa cuando resultare ser excesiva." (Tomado de OSSORIO, Ángel, Anteproyecto del Código Civil boliviano, Imprenta López, Buenos Aires, 1943, pág. 355).

48. "Artículo 876. Cuando la prestación principal está determinada o sea determinable en una suma de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquélla".
(Tomado de OSPINA FERNÁNDEZ, G., Régimen general de las obligaciones. Reimpresión de la cuarta edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1987, pág. 166).

49. "Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.
(O Decreto Nº 22.626 de 7-4-1933, chamado Lei da Usura, estabelece: art. 8. As multas ou cláusulas penals, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não poderao ser exigidas quando não for intentada ação judicial para o cobrança da respectiva obrigação. Art. 9 Não é válida a cláusula penal superior a 10% do valor da dívida. Nos compromissos de compra e venda de terrenos loteados, a cláusula penal não pode ser superior a 10% do débito, e só exigível en caso de intervenção judicial (art. 11, f, do Dec. lei Nº 58, de 10-12-1937)."
"Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.
O devodor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva."
"Art. 1040. O compromisso poderá também declarar:
III. A pena a que, para com a outra parte, fique obrigada aquela que recorrer da decisão, não obstante a cláusula 'sem recurso'. Não excederá esta pena o terço do valor do pleito."

50. "1585. Podrá exigirse la pena en cuantos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."
"1587. Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquélla; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.
En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."
"Art. 2136. El interés convencional civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; y en lo que excediera, lo reducirán los tribunales aun sin solicitud del deudor.
Llámase interés corriente al que se cobra en la plaza, siempre que no exceda del máximo del convencional determinado en este artículo."
"Art. 2142. El acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aun cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito, que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social del Campesinado, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2138. (...) ."

51. "Artigo 812 (Redução equitativa da cláusula penal).
1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário".
(Redacção do Dec. Lei Nº 262-/83, de 16 de Junho).
"Artigo 935 (Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir).
1. A indemnização estebelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço, salva a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido.
2. A indemnização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionado a não restituição delas; havendo, porém, prejuízo excedente e não se tendo estipulado a sua ressarcibilidade, será ressarcido até ao limite da indemnização convencionada pelas partes."
"Artigo 1146 (Usura).
2. E havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo, relativamente ao tempo de mora, mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real.
(Redacção do Dec. Lei Nº 262/83, de 16 de Junho).
3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o maximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1542, 1544 y 2206— [52], El Salvador —artículos 1413 y 1415— [53], Bolivia (de 1830) —artículos 734, 745 y 822— [54], Colombia —artículos 1599, 1601 y 2231—[55], Bolivia (de 1976) —artículos 534 y 535— [56], el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1975) —artículos 411 y 412— [57], el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1984) —artículos 412 y 413— [58], el Proyecto Valencia Zea de Código de Derecho Privado de Colombia (de 1980) —artículos 533, 530 y 531— [59] y el Proyecto de Código Civil de

---

52. "Art. 1542. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."
"Art. 1544. Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.
La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.
En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.
En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."
"Art. 2206. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente."

53. "Art. 1413. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."
"Art. 1415. Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó, a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la pena todo lo que exceda al duplo de la cantidad ofrecida en pago. La disposición anterior no se aplica a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, en las cuales se deja a la prudencia del Juez moderar la pena, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."

54. "Art. 734. La pena convencional no debe comprender todos los bienes, ni exceder el duplo de su legítimo valor.
Art. 745. Cuando se ha pactado, que el que falte a la convención pague, a título de daños e intereses, cierta suma, no puede ser obligada la otra parte a una mayor ni menor."
"Art. 822. La pena puede modificarse por el juez, en el caso de haberse cumplido en parte la obligación principal."

55. "Art. 1599. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio."
"Art. 1601. Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.
La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable.
En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.
En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."
"Art. 2231. El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor."

56. "Artículo 534. (Cuantía de la pena convencional). La pena convencional no puede exceder la obligación principal."
"Artículo 535. (Disminución equitativa de la pena). La pena puede ser equitativamente disminuida por el juez, si se ha cumplido en parte la obligación principal o si la pena fuese manifiestamente excesiva, considerando la persona del deudor, la importancia de las prestaciones y las demás circunstancias del caso."

57. "Art. 411. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."
"Art. 412. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

58. "Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal."
"Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

59. "533. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte cumplida."
Si la deuda es una suma de dinero se aplicarán los artículos 530 y 531.
"530. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización por lucro cesante está sujeta a las reglas siguientes:
1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario.
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar (perjuicio) cuando cobra intereses; basta el hecho del retardo.
El interés legal se fija en el doce por ciento anual.
3. Los intereses atrasados no producen interés."
"531. El interés convencional que exceda del doble del interés legal, será reducido por el juez a dicho interés legal si lo solicitare el deudor."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Colombia (de 1981) —artículos 526, 523 y 524—.[60] El proyecto de Código Civil peruano de 1890 —artículos 1568 y 1569— (infra 5.2.) optaba también por este sistema.

3.7. Resarcibilidad del daño ulterior.

Contemplan esta posibilidad, el Código de las Obligaciones suizo —artículos 106 y 161, parágrafo 2—[61] y los Códigos de Italia (de 1942) —artículos 1382, primer párrafo, y 1224— [62], Portugal —artículo 811, parágrafo 2— [63], Alemania Federal —artículo 340, segundo párrafo— [64], España —artículo 1152—[65], Siria —artículo 226—[66], El Esbozo de Freitas —artículo 992—[67], el Anteproyecto Ossorio de Código Civil de Bolivia —artículo 767—[68], el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1975)

---

60. "526. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte cumplida."
Si la deuda es una suma de dinero se aplicarán los artículos 523 y 524.
"523. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización por lucro cesante está sujeta a las reglas siguientes:
1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario.
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicio cuando cobra intereses; basta el hecho del retardo.
El interés legal será el corriente bancario fijado por la autoridad competente.
3. Los intereses atrasados no producen interés. Con todos aquéllos se capitalizarán desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se deban con dieciocho (18) meses de anterioridad, por lo menos."
"524. Cuando el interés convencional exceda del doble del interés legal, el exceso será absolutamente ineficaz, y en lo demás, si lo solicitare el deudor, el juez lo reducirá al interés legal."

61. "Art. 106.
1. Quando el danno patito del creditore ecceda l'ammontare degli interesi moratori, ildebitore è tenuto a resarcire anche questo danno, in quanto non provi che non gli incombe alcuna colpa.
2. Se questo maggior danno è anticipatamente valutabile, il giudice può estabilire il risarcimento giá nella sentenza sulla pretesa principale".
"Art. 161. (. . .)
2. Se il danno eccede l'ammontare della pena, il creditore puo richiedere il maggior importo solo in quanto provi la culpa del debitore".

62. "1382. Effetti della clausola penale. La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione, ha l'efetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.
La penale è dovuta independentemente dalla prova del danno."
"1224. Danni nelle obbligazioni pecuniarie. Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erato dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto al cun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore resarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori."

63. "Artigo 811 (Funcionamento da cláusula penal)
2. O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes".
(Redacção do Dec. Lei Nº 200-C/80, de 24 de Junho).

64. "340. Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido en lugar del cumplimiento. Si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la pretensión al cumplimiento. Si corresponde al acreedor una pretensión de indemnización de daños a causa del no cumplimiento, puede exigir la pena en que se ha incurrido como importe mínimo del daño. No está excluido el hacer valer un daño mayor."

65. "1152. En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. (...)."

66. "Lorsque le prejudice dépasse le montant des dommages-intérêts conventionnels, le créancier ne peut réclamer une somme supérieure, à moins qu'il ne prouve le dol ou la faute lourde du débiteur."
(Tomado de: Segré, Tullio, Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé. En: Revue internationale de droit comparé. Paris, april-juin, 1970, pág. 303).

67. "992. El acreedor no podrá pedir la pena sino cuando el deudor se hubiere constituido en mora, y pidiéndola no tendrá derecho a ninguna otra indemnización de pérdidas e intereses, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, salvo si en los actos jurídicos se hubiere dispuesto de otro modo."

68. "Artículo 767. Puede pactarse una pena para el caso de incumplimiento de una obligación. Esa pena sustituirá al abono de daños, perjuicios e intereses, a no ser que otra cosa se hubiere convenido expresamente. Si no hay daños ni perjuicios no será exigible."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

—artículo 415— [69] el Proyecto de Código Civil del Brasil (de 1984) —artículo 416—.[70] y el Código de Comercio argentino —artículo 189—[71]. Igualmente lo prevén, el Código Civil peruano de 1984 —artículos 1324[72] y 1341 (infra 5.4.)— y el proyecto de Código Civil peruano de 1890 —artículo 1572 (infra 5.2.)—[73].

4. APRECIACIÓN CRÍTICA SOBRE LOS DISTINTOS SISTEMAS

4.1. Inmutabilidad absoluta.

Este sistema, se sustenta, entre otros argumentos, en los siguientes:

La cláusula penal tiene una función indemnizatoria e importa una determinación antelada de la indemnización de daños y perjuicios. Por consiguiente, carece de sentido que su monto se someta al arbitrio judicial, pues precisamente dicho monto se ha fijado contractualmente para evadir las dificultades que suelen producirse para establecer el monto indemnizatorio en juicio. Esa es su finalidad práctica.

Debe tenerse la seguridad de que la cláusula penal se hará efectiva según lo pactado, pues si se admite su aumento o reducción por decisión judicial se perdería su función compulsoria[74]. No existiría ninguna ventaja particular al pactarla. La situación sería equivalente a aquella en que no se pactó una cláusula penal, en caso de que las partes se encontraran sometidas al arbitrio judicial.

En cuanto al primer argumento, no puede descartarse que el monto de la penalidad que se haya pactado resulte insuficiente. En tal caso, el acreedor —que no está obligado a probar que ha sufrido daños y perjuicios para reclamar la satisfacción de la pena— se vería burlado en sus derechos, pues no obtendría un resarcimiento acorde con los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado. Además, en este supuesto la pena carecería de la fuerza compulsoria que es inherente a su naturaleza. Por el contrario, de ser exagerado su monto, el acreedor obtendría una ventaja desmedida y arbitraria que no se justifica. Por tanto, debe considerarse que la cláusu-

---

69. "Art. 415. Para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue perjuízo.
Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indemnização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indemnização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente."

70. El artículo 416 reproduce textualmente el tenor del artículo 415 del Proyecto de 1975 transcripto en la nota (69) anterior.

71. "Art. 189. Si al contrato de transporte se hubiese agregado una cláusula penal por el no cumplimiento o el retardo en la entrega, podrá siempre pedirse la ejecución del transporte y la pena.
Par tener derecho a la pena pactada, no es necesario acreditar un perjuicio, y el importe de ella podrá deducirse del precio convenido. En el caso en que se probare que el perjuicio inmediato y directo que se haya experimentado, es superior a la pena, se podrá exigir el suplemento.
Si el porteador estuviese exento de responsabilidad, con arreglo a las disposiciones de los artículos 172 y 188, no habrá lugar al pago de la pena."

72. "Artículo 1324. Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.
Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento."

73. De acuerdo con Alterini (La inmutabilidad relativa de la cláusula penal (luego de la ley 17711). En: Revista del Notariado. Julio-agosto, 1970, año LXXIII, Nº 712, Buenos Aires, págs. 1003-1004), en el caso del Código Civil argentino, la indemnización del daño ulterior, "procede cuando, por acuerdo de partes (art. 1197 del Código Civil), se atribuye a la pena carácter de suma 'a cuenta' del monto ectivo de la indemnización. . .; o cuando las partes han 'estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal' (art. 659 in fine del Cód. Civil), lo que implica la posibilidad de reclamar, aparte de la cláusula penal compensatoria, los daños por el incumplimiento de aquélla."

74. Sobre los alcances y limitaciones de la función compulsiva, cfse.: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis y AGÜERO Rubén, Incidencia de la reforma introducida por la Ley 17711 al principio de la inmutabilidad en la cláusula penal (Art. 656, Código Civil). En: Revista del Notariado, noviembre-diciembre, 1971, año LXXV, Nº 720, Buenos Aires, págs. 2046-2047. Igualmente, Alterini, Atilio Aníbal, *op. cit.*, págs. 984-985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la penal constituye una fijación anticipada de la indemnización, pero sujeta a ajuste.

En cuanto al segundo, debe apreciarse, que si el deudor pretende la reducción de la pena, la carga de la prueba recaerá sobre él, situación que no se da en los casos en que no se ha previsto la existencia de una pena contractual.

El sistema de la inmutabilidad según lo aprecia acertadamente Osterling[75], "se presta a abusos. Y los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor. Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización arbitraria. Pero también es cierto que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió. El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir a la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad."

Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, concebido en términos absolutos, exagerados, y, por tanto, otorgando primacía absoluta a lo acordado por las partes, a la fuerza vinculatoria de los pactos, podía explicarse el hecho de descartar el arbitrio judicial. No debe pasarse por alto que los Códigos inspirados en el Código Napoleón —de corte excesivamente individualista— han proclamado como regla el concepto de que el contrato es ley entre las partes que lo han celebrado, debiendo excluirse en consecuencia, toda intromisión, sea del juez o del legislador. En este orden de ideas, la pena pactada debe cumplirse estrictamente por gravosa que pueda ser para el deudor o por insuficiente que pueda resultar para el acreedor.

A pesar de lo expresado, los Mazeaud [76] señalan lo siguiente, en cuanto a la pena insuficiente, comentando el texto original del artículo 1152 del Código Napoleón: "... cuando la suma alzada convenida, que se denomina pena, resulte inferior al daño efectivamente realizado, la cláusula tropieza con los mismos obstáculos que una convención de exoneración parcial; de modo especial no puede permitirse al responsable eludir la reparación integral del daño causado por su culpa intencional, o por su culpa lata o por daños a la persona. Fuera de esos casos la cláusula penal tiene como efecto obligar al responsable del pago de toda la pena, pero sólo al de la pena, sea cual sea la magnitud del daño, del que la víctima no tiene que probar ni la cuantía ni siquiera la existencia."

No obstante la fuerza de la argumentación transcripta, cuyo sentido compartimos, no puede negarse que ella choca con el texto expreso y categórico del artículo 1152 del Código Napoleón en su redacción original (antes de la modificación de 1975), según el cual: "Cuando la convención establece que quien deje de cumplirla pagará una cierta suma de dinero a título de daños e intereses, no podrá concederse a la otra parte una suma mayor ni menor." Por ello, en opinión de Mourlon:[77] "El acreedor obtendrá siempre, pero sólo la suma estipulada. Los jueces no pueden bajo ningún pretexto fijar una suma mayor ni menor."

La fórmula de la inmutabilidad se presta a manejos inequitativos. Es frecuente que se critiquen sus alcances por considerar que es muy severa para el deudor, a quien erróneamente se le considera la parte débil de la relación obligacional. Se pierde de vista que, en muchas ocasiones, el deudor es la parte más poderosa y precisamente, en función de su preponderancia en el vínculo obligacional, logra imponer cláusulas penales poco significativas en previsión de incumplimientos posteriores.

La inmutabilidad de la pena pasa por alto estas circunstancias en homenaje a un errado concepto de la inflexibilidad de los pactos y por temor a la intervención judicial.

Así lo demuestran las siguientes expresiones de Pissanelli:[78]

"El principio que informa asimismo toda esta parte del proyecto es aquel de la libertad dejada a los contratantes para regular sus obligaciones del modo que mejor entiendan, sin dar facultad al juez para modificar su voluntad so pretexto de equidad (art. 1123). La primera consecuencia del citado principio es que si las partes han establecido una cláusula penal para el caso de inejecución y retardo en el cumplimiento de la obligación, el juez no podrá reducirla so pretexto de ser ella excesiva. Admitir que el juez pueda variar las condiciones del contrato, es

---

75. OSTERLING PARODI, Felipe, Inmutabilidad de la cláusula penal. En: Derecho. Órgano de la Facultad de Derecho, Nº XXIV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1965, pág. 13-14.

76. MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil.* Parte II, volumen II, Buenos Aires, 1960, pág. 441.

77. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pág. 87.

78. Cit. por PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 237.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

querer subrogar su voluntad al consentimiento de los contrayentes, y es una contradicción manifiesta a la regla proclamada por todos los códigos de que 'los contratos celebrados legalmente tienen fuerza de ley entre las partes que los han contraído' (art. 1230)."

Nada permite excluir, pues que en un régimen legislativo en que impere la inmutabilidad, el contrato se convierta en un medio de opresión, de imposición, de una parte sobre otra.

4.2. Inmutabilidad relativa (parcial y total).

Es interesante observar que los Códigos de Francia y Argentina que siguen esta tendencia, antes de las reformas introducidas en 1975 y 1968, respectivamente, constituían ejemplos de legislaciones que optaban por la inmutabilidad absoluta de la pena[79]. En el mismo caso se encuentran los Códigos de Paraguay y de Italia con la diferencia de que, en ambos, el cambio se ha producido al derogarse los Códigos vigentes en esos países antes de 1987 y 1942, respectivamente.

Precisa aclararse sin embargo, que difieren las soluciones de los Códigos argentino y paraguayo, por un lado, y del Código francés, por el otro. En efecto, mientras los primeros admiten exclusivamente la reducción de la pena, (inmutabilidad relativa parcial), el segundo contempla también la posibilidad de aumentarla en caso de ser diminuta (inmutabilidad relativa total).

En cuanto al Código italiano, si bien éste contempla sólo la reducción de la pena (artículo 1384), admite que se pueda pactar la resarcibilidad del daño ulterior (artículo 1382 in fine), con lo cual el acreedor puede obtener un monto indemnizatorio superior al correspondiente a la cláusula penal. En este caso, el deudor está obligado a pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

La solución de los Códigos argentino[80] y paraguayo es criticable, pues no contempla la posibilidad del aumento de la cláusula penal.[81] Participamos del

---

79. Sin embargo, como indican LEIVA FERNÁNDEZ y AGÜERO. *op. cit.*, pág. 2047: "Antes de la reforma efectuada por la ley 17.711 al Código Civil, el artículo 656 único precepto legal, referido a la inmutabilidad de la cláusula penal se mantenía inalterable en la posición enunciada por Vélez. No obstante ello, la jurisprudencia gran modificadora no tardó en relativizar el precepto mentado. . . y la doctrina también se inclinó en tal sentido. . .".
Confróntese sobre la misma cuesión: ALTERINI, A. A., *op. cit.*, págs. 990, 991 y REZZÓNICO, Luis María, *La inmutabilidad de la cláusual penal y la inejecución dolosa de la obigación, La ley,* tomo 126, abril-junio, 1967, págs. 990-991. y REZZÓNICO, Luis María, *La inmutabilidad de la cláusual penal y la inejecución dolosa de la obigación, La ley,* tomo 126, abril-junio, 1967, págs. 208, 209.

80. Debe hacerse notar que el agregado al artículo 656 del Código Civil argentino dispuesto por la Ley 17.711 exige, para la reducción de la pena, la confluencia, de dos elementos, uno objetivo —constituido por el monto desproporcionado de la pena— y otro subjetivo —que estará dado por el abusivo aprovechamiento de la situación del deudor—. La solución es original y vincula la cláusula penal a la lesión, regulada en el artículo 954 —según el nuevo texto introducido por la Ley 17.711— del mismo Código.
(Cfse. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión y el nuevo artículo 954*, pág. 121-123, y ALTERINI, Atilio A., *op. c.it,* págs. 1007-1008).

81. Sin embargo, la doctrina argentina, no obstante el texto de los artículos 655 y 656 del Código de Vélez, admite algunas excepciones en el caso de cláusulas penales insuficientes: cuando el incumplimiento del deudor es doloso y cuando la cláusula penal fuera inicialmente ínfima o irrisoria o resultara así posteriormente como consecuencia de la depreciación monetaria. Acerca del incumplimiento doloso del deudor cfse. KEMELMAJER, op. cit., págs. 140 a 156, y MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Medios compulsivos en Derecho Privado*, EDIAR Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1978, pág. 104 y REZZÓNICO Luis María, *op. cit.,* págs. 201-212.
Participamos de la opinión de Mosset Iturraspe (op. cit., págs. 98 y 104) en el sentido de que "una cláusula que imponga una pena exigua o de poco monto no constituye en rigor, una 'cláusula penal', puesto que lejos de reforzar y asegurar el cumplimiento de la principal, invita a incumplir, con la intención de liberarse con un sacrificio mínimo" y que en tal caso "estamos frente a una obligación de cumplimiento facultativo, que el deudor cumple si quiere. Con base en estas razones puede llegarse a la nulidad." En efecto, el pacto no tendría otro objeto que el de encubrir una cláusula limitativa de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, cuya nulidad está sancionada por la ley.
En opinión de Moisset De Espanés, la cuestión acerca de la llamada cláusula penal ínfima, "debe enfocarse desde otro ángulo, coordinando el artículo 656 con el 954, y recordando que técnicamente las llamadas acciones de 'reducción' son el sinónimo de acciones de 'modificación', y comprenden tanto la disminución de prestaciones excesivas, como el aumento de prestaciones exiguas, es decir ambas formas de restablecer el equilibrio. En los países cuyas leyes solo hablan de 'reducción', la doctrina se ha esforzado por demostrar cuál es el verdadero alcance de la acción, y que el vocablo 'reducción' no debe ser interpretado con estrictez gramatical, sino que tiene un sentido técnico equivalente al de 'modificación' de la prestación, que borre la desproporción sea porque disminuye lo que hay en exceso (cobrando menos, o restituyendo lo que se había pagado de más), sea porque se estipula un suplemento y se paga la diferencia. Analizada la cuestión de 'reducción' que consagra el artículo 656 a la luz del significado técnico que se le acuerda en el Derecho Comparado, y concordada con lo que dispone el artículo 954 para los actos lesivos, que son 'modificados' o 'reajustados', parece claro que el juez tendría facultades para revisar las cláusulas penales, siempre que presenten un desequilibrio excesivo —sea en más, sea en menos— y que se reúnan también en el caso concreto los elementos subjetivos del acto lesivo, es decir la inferioridad de una parte y la explotación o aprovechamiento de la otra." (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, op. cit., págs. 133-134).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

punto de vista de Espín Cánovas [82] en el sentido de que: "Cualquier solución legislativa debe estar presidida por un criterio para la moderación y para la elevación de la pena. No parece justo que el acreedor pueda exigir el plus de los daños y al deudor se le niegue la moderación de la pena, o viceversa."

En los mismos términos se pronuncia Osterling[83]: "si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor."

Por tal razón, resulta más adecuada la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 1152 del Código francés, —texto introducido por la Ley Nº 75-597 de 9 de julio de 1975—, que autoriza al juez a moderar o aumentar la pena convenida, si ella es manifiestamente excesiva o irrisoria, reputándose no escrita toda estipulación contraria.[84]

Cabría objetar, en uno y otro caso, el hecho de proclamar en forma expresa y como regla el principio de la inmutabilidad. En verdad ello carece de sentido, pues la sola circunstancia de admitir la reducción y, en el caso del Código Civil francés, también el aumento de la pena, determinan consagrar en la práctica su relatividad.

Resulta observable igualmente que el juez pueda declarar de oficio la reducción de la pena, como lo establece el Código paraguayo en su artículo 459 (cuyo antecedente inmediato es el artículo 1227 del Código Civil del Perú de 1936). Es el interés del deudor el que está en juego y sólo a iniciativa suya debe admitirse la intervención del juez para la reducción de la pena.

Opina Kemelmajer de Carlucci [85] que: "La sentencia judicial que reduce la cláusula por excesiva sin petición de parte supone aceptar como notorios hechos que deben ser probados; priva a las partes de la oportunidad de defenderse ofreciendo prueba en contrario; en suma, vulnera el derecho de defensa en juicio al privar al acreedor del derecho de aportar pruebas sobre la no existencia del exceso o del aprovechamiento."

En el mismo sentido, señala Osterling:[86] ¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan solo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitablemente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer. Hay que reconocer que en algunos pocos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez que actúe con criterio de conciencia a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que reconocer que en la

---

Por último, en el supuesto de la pena que resultara irrisoria por causas sobrevinientes, consideramos que cabría pretender su reajuste a través de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación. Confróntese MOISSET DE ESPANÉS, *Reactualización de las cláusulas penales*. En: **Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,** Universidad Nacional de Córdoba, año XLV, Nº 1 y 5, enero-diciembre, 1981, págs. 93-95.
Un análisis crítico sobre los alcances del artículo 656 del Código argentino puede encontrarse en: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis y AGÜERO, Rubén *op. cit.*, págs. 2047-2051.

82. Cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, págs. 139-140.

83. OSTERLING P., F., *op. cit.*, pág. 23.

84. Sobre la reforma del artículo 1152 del Código Civil francés, señala JORDANO FRAGA *(La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, págs. 344-345):
"Como consecuencia de esta reforma se establece como garantía general el carácter inderogable de la intervención judicial correctora-equitativa, respondiendo así a las dudas creadas en doctrina y jurisprudencia acerca del carácter imperativo o no de la norma que la autorizaba. Además, con gran novedad, se establece el carácter bidireccional de la intervención judicial, dirigida sea hacia cláusulas abusivas por excesivamente onerosas, sea por insuficientemente indemnizatorias. (...) Ahora, como consecuencia de esta reforma (art. 1152-2º, del C. Civ. fr.), la intervención judicial se conecta directamente al carácter abusivo (en un sentido o en otro) de la pena convencional, con independencia del tipo de incumplimiento que determine la responsabilidad del deudor y, por ende, la aplicación de la pena (aunque, claro, será la entidad del incumplimiento el parámetro fundamental de modificación, en su caso, de su importe). (...) Al admitirse también la modificación de las cláusulas penales irrisorias se ha dado respuesta a la práctica de la contratación (fundamentalmente en masa) que, bajo apariencia de penas convencionales, contenía genuinas limitaciones abusivas, dirigidas a defraudar las leyes prohibitivas que imponen límites a la exoneración o limitación de la responsabilidad. En el modo de dar respuesta a estos abusos se ha visto un 'dirigismo contractual' que coloca al juez ante la 'obligación judicial' de restablecer el equilibrio contractual abusivamente roto ..."

85. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, págs. 127-128.

86. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 20-21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mayoría de los casos las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena, se arriesga a cometer una arbitrariedad."

Las razones expuestas, de indudable peso, justifican plenamente que la modificación de la pena opere solo a instancia de parte.

Sin perjuicio de lo expresado en párrafos precedentes, frente al sistema de la inmutabilidad absoluta, la solución de los Códigos mencionados, especialmente la contenida en el Código francés, constituye un indudable avance, con el propósito de evitar los abusos que son inherentes al criterio de inflexibilidad absoluta.

A este respecto es oportuno transcribir la opinión de Castán Tobeñas[87] quien sostiene lo siguiente: "Hay que confesar que en muchos puntos concede la ley civil un excesivo respeto a las convenciones privadas, en detrimento de la equidad y de las exigencias morales. Nótese que... al amparo de la libertad de contratación y aun de disposiciones concretas del Código, inspiradas en teorías abstractas o tradicionales, caben innumerables abusos y verdaderas injusticias... Las facultades amplias concedidas a los tribunales en materia de préstamos, u operaciones usurarias merecerían ser generalizadas a toda clase de convenciones, para disponer de un medio de reducir obligaciones excesivas o declarar ineficaces cláusulas draconianas, y cortar, en una palabra, los abusos que pueden cometerse a la sombra de la contratación."

4.3. Mutabilidad total.

El sistema de la mutabilidad total es cuestionado severamente pues se considera que el hecho de autorizarse el aumento o reducción de la pena, a solicitud del acreedor o deudor, respectivamente, "parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba. Si la cláusula penal,... se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto. Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal— por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor de ese pacto. Pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía."[88]

Es exacto que la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, pero no puede desconocerse al mismo tiempo que las partes contratantes no se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita afirmar categóricamente que contratan con la misma libertad. La tradicional idea de que existe una paridad jurídica de los contratantes, no puede sostenerse más en nuestros días. Baste referir la difusión que tienen hoy en día los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que usualmente se encuentran en manos de entes monopólicos.

Como afirma De la Puente y Lavalle,[89] "la libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron."

Por ello, el juez debe ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad.

A este respecto, hacemos nuestro lo que expresa Gounot:[90] "En materia de contratos no hay más que un principio absoluto: la justicia. La libertad no es más que un medio hacia lo justo; ella se apoya sobre una presunción de justicia."

Como ha señalado el ilustre jurista español Ramón Serrano Suñer:[91] "La Justicia, exigencia de la razón y la moral, es el tema más importante de

87. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral.* Tomo III, Madrid, 1958, pág. 352.

88. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 20.

89. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios del contrato privado.* Tomo I. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1983, págs. 61-62.

90. Cit. por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *op. cit.*, pág. 63.

91. SERRANO SUÑER, Ramón, *Dictámenes y Recursos de Casación Civil,* Tomo I, EDERSA, Madrid, 1985, pág. XVII.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

toda sociedad organizada. Tanto en el Estado liberal, como en el Estado socialista o en el totalitario, hablar de la libertad sin justicia es mentir."

En consecuencia, antes que hacer primar la pureza conceptual de una institución que, como resultado de una aplicación inflexible en el marco del sistema de la inmutabilidad absoluta, puede conducir a que se consumen abusos, debe tomarse partido por la justicia y la solidaridad y optar por la solución de la mutabilidad total de la cláusula penal, admitiendo, por consiguiente, tanto su aumento como su disminución a pedido de parte. En este orden de ideas, la carga de la prueba recaerá sobre quien solicite el reajuste: el acreedor, para lograr el incremento, o el deudor, para obtener la reducción.

A este respecto, participamos de la opinión de Gorla[92], cuando señala que: "La sanción en su determinación y en su aplicación, da lugar. . . a un problema de proporción o de justicia; incluso puede decirse que la justicia constituye la esencia misma de la sanción. De forma que cuando ésta, de manera indirecta o directa, se halla establecido convencionalmente, habrá que tener en cuenta el hecho de que ha sido establecida o aceptada por la libre voluntad de las partes, especialmente del promitente; pero sin llevar esta consideración hasta tal punto que halla que respetar totalmente una sanción convencional que, por su carácter excesivo o por la enorme desproporción en el momento de la aplicación, choque con las más elementales exigencias de la justicia; en función de las mismas consideraciones se justifica plenamente la procedencia del aumento de la pena cuando fuese diminuta.

Debe observarse que la reducción o el aumento ha de proceder sólo en la medida de que exista una ostensible diferencia entre la pena y los daños irrogados. No ha de bastar entonces la mera diferencia. Nótese a este respecto que, los Códigos que contemplan la reducción o el aumento de la pena o ambos suelen exigir para ello la existencia de un "monto desproporcionado" (Código argentino, artículo 656, segundo párrafo), que la pena sea "manifiestamente excesiva o diminuta" (Código francés, artículo 1152, segundo párrafo), "manifiestamente excesiva" (Código paraguayo, artículo 459), "extraordinariamente alta" (Código alemán, artículo 343, primer párrafo).

En el caso del Código de las Obligaciones suizo, se impone al juez la obligación de reducir la pena "según su prudente criterio."[93]

Sobre el uso de tal atribución, "recuerda Lafaille que tanto la jurisprudencia alemana como la suiza es parca en el uso de la facultad de reducir las penas a fin de no dejar librada absolutamente a la voluntad de los jueces la eficacia de las cláusulas convencionales. (...) La justificación lógica de lo dicho es palmaria: si las facultades judiciales fueran amplísimas, las penas habrían perdido su razón de ser, y de nada valdría pactarlas; es preferible para las partes someterse a la fijación judicial de los daños y perjuicios y tomar las precauciones necesarias en cuanto a los medios de prueba para acreditarlos..." [94]

Por su parte Staudinger [95] comenta: "El criterio de si una pena pronunciada es desproporcionadamente elevada, queda a juicio discrecional del Juez. En el ejercicio del derecho de reducción de la pena, el Juez debe considerar todas las circunstancias que le parezcan de importancia, especialmente el interés del acreedor en relación con las circunstancias relativas al tiempo (el tiempo del acuerdo, aquel en que se incurre en la pena, el de la realización de la pena, el de la sentencia), el grado del daño posible y del real, la situación económica de los contratantes y el grado de culpa por parte del deudor."

---

92. GORLA, Gino, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el médoto comparativo y casuístico*. Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho español, por José Ferrandis Vilella. Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, págs. 299-300.

93. Según se ha expresado anteriormente —supra 4.2— es severamente cuestionable que la modificación de la pena se imponga como obligación al juez en el Código de las Obligaciones suizo —artículo 163, parágrafo 3—.

94. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pág. 109.

95. Cit. por León BARANDIARÁN, *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones)*. Tomo II. Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939, pág. 139.
En opinión de: ENNECCERUS: "Si la pena es o no exeivamente elevada, es cuestión a resolver por arbitrio judicial. Para juzgarla se ha de tener en cuenta todo interés legítimo del acreedor y no solo su interés patrimonial. En tanto en cuanto la pena exceda de este interés, se ha de ponderar también la gravedad de la culpa del deudor (en el supuesto de que exista) y la ventaja que le produce el incumplimiento o el cumplimiento no pertinente, como asimismo su situación patrimonial." (ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de Obligaciones*, tomo segundo, volumen I, undécima revisión por LEHMANN, Heinrich, Traducción de la 35ª edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Blás y ALGUER José, segunda edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, págs. 191-192).
En el mismo sentido: VON TUHR, *op. cit.*, pág. 242.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

¿Y qué ocurriría si solicitada la reducción por el deudor se acreditara que el acreedor no sufrió daño alguno?

En los casos en que el acreedor no hubiera sufrido daño alguno se justifica que el juez suprima la pena. También en este caso, como es obvio, la prueba será de cargo del deudor.

Al respecto, señala Ossorio [96] que: "Si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios, sólo será aplicable cuando existan éstos. De otra manera, la cláusula penal implicaría una lotería a favor del acreedor... los perjuicios tienen que ser reales. De otro modo, ¿por qué satisfacer el resarcimiento de unos perjuicios que no existen? Valga un ejemplo. Una persona se obliga a proporcionar a otra un automóvil determinado día para emprender un viaje o abonarle una suma si no se lo proporciona. Pero da la casualidad de que ese mismo día el presunto viajero ha caído enfermo en cama y no se puede mover. ¿Con qué razón alegará perjuicio y cobrará la cantidad, si la falta del coche no le ha podido ocasionar perturbación alguna?"

El punto de vista de Ossorio es exacto. Con esa perspectiva el Código Civil egipcio[97] establece lo siguiente en su artículo 224:

> "Los daños y perjuicios convencionales no son debidos si el deudor demuestra que el acreedor no ha sufrido ningún perjuicio."

Ahora bien, es usual que la cláusula penal consista en una suma de dinero. Algunas legislaciones (como por ejemplo la alemana —artículo 339—) circunscriben la pena a una cantidad de dinero. Sin embargo, también puede pactarse a título de tal, una prestación de dar distinta de la dineraria, o una de hacer o no hacer. En dichos casos y de tener tales prestaciones el carácter de indivisibles, ¿cómo operaría la reducción o el aumento?

Osterling,[98] refiriéndose al supuesto de reducción, sugiere que el juez "tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa."

La solución propuesta no parece adecuada. En el caso de reducción de la pena, consideramos que tratándose de prestaciones indivisibles, lo procedente sería que el acreedor reembolsara al deudor el valor del exceso al que no tiene derecho. De este modo se guardaría fidelidad a la cláusula penal pactada. A su turno, tratándose del aumento, corresponderá que el deudor satisfaga en dinero el mayor monto a que tiene derecho el acreedor, por encima del valor de la prestación en que consiste la cláusula penal.

4.4. Mutabilidad parcial.

Comentando el artículo 343 del Código alemán, Staudinger [99] señala: "El B.G.B. ha concedido, distinguiéndose del Derecho Común, en el artículo 343, una facultad especial al Juez, la de rebajar la pena; pero, desde luego, en la confianza de que no se haga un empleo impropio o abusivo de dicha facultad, de suerte que no haya que temer que el precepto pueda servir de estímulo a la deslealtad comercial. El objeto principal del precepto es impedir un abuso de la llamada libertad contractual, con miras de explotar usurariamente a la parte económicamente más débil..."

No obstante ser loables los propósitos indicados, el sistema de la mutabilidad parcial es severamente cuestionable, desde que sólo admite la reducción de la pena y no su aumento.

Como expresa Osterling,[100] el sistema "parece tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, tutela especial. Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, 'sobre todo en países nuevos y cosmopolitas, donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia'. El legislador parece haber olvidado que es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea la parte más débil en la relación jurídica. El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio."

---

96. OSSORIO, Ángel, *op. cit.*, pág. 352. La parte final del artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de Ossorio establece: "Si no hay daños y perjuicios (la pena) no será exigible."
97. Cit. por GORLA Gino, *op. cit.*, pág. 294.
98. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 23.
99. Cit. por León BARANDIARÁN, *op. cit.*, pág. 137.
100. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 22.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los conceptos reproducidos son correctos y evidencian que la fórmula de la mutabilidad parcial es inequitativa. El trato debe ser igual tanto para el deudor como para el acreedor.

4.5. Límite legal.

El sistema del límite legal implica que se fije un tope máximo a la cláusual penal, el cual no puede superarse, y que corresponde al valor de la prestación principal o incluso uno inferior.

"En función de este límite y aun cuando en principio no debe admitirse la intervención judicial respecto de la determinación del quantum de la pena, los jueces pueden intervenir en éste, reduciendo las penas que están por encima del límite dado y, en ciertos casos, apreciando cuál sea ese límite."[101]

El establecimiento de topes máximos legales para la cláusula penal no resulta aconsejable, pues de ese modo la pena pierde su carácter de compulsoriedad, dado que no incita al deudor a cumplir, y también se ve frustrada su función indemnizatoria, dado que no necesariamente cubrirá los daños y perjuicios que efectivamente haya sufrido el acreedor en exceso del valor de la prestación principal, si este fuera el límite legalmente establecido.

Como aprecia con exactitud Mosset Iturraspe,[102] refiriéndose a la función punitoria o compulsoria de la cláusula penal: "Es claro que para cumplir cabalmente esta función, para ser en verdad 'cláusula penal' su monto debe superar en mucho el valor de la prestación cumplida."

Comentando el artículo 1843 del Código Civil de México D.F., que opta precisamente por el sistema del límite legal, expresa Borja Soriano:[103] "Puede decirse que aquí se considera la pena como el cumplimiento por equivalencia de la obligación misma, sustituyendo a la indemnización compensatoria y en este concepto, lógico es que no se pueda exigir por la vía indirecta más que lo exigible por la directa."

Tal consideración es, sin embargo, equivocada por cuanto la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor puede ser largamente superior al valor de la prestación cuyo cumplimiento busca asegurar la cláusula penal.

El sistema del límite, en los términos recogidos por los Códigos Civiles costarricense y mexicano, y en el Código de Comercio colombiano, desalienta el uso de la cláusula penal, pues al no admitirse el incremento de su cuantía, el acreedor obviará estipularla y optará por la valuación judicial de los daños y perjuicios. En todo caso, hará uso de ella sólo cuando estime anticipadamente que los daños y perjuicios que puede sufrir como consecuencia del incumplimiento total del deudor no serán superiores al valor de la prestación principal. Tal estimación, empero, siempre será insegura, pues puede haberse dejado de considerar algún daño, incluso de carácter previsible.

Quienes propugnan la tesis del límite legal, aceptan la relatividad del sistema desde que reconocen que la regla debe reconocer excepciones. Así por ejemplo, "cuando el deudor pretendiera burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable."[104] Y se agrega: "Por lo demás, el acreedor deberá tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo del deudor, a pedir la revisión de la pena, sea ésta simbólica o no."[105]

Como es de verse, aun en el sistema del límite legal, no es posible sustraerse a la eventualidad de que se promueva una acción judicial en la que se discutan los alcances de la cláusula penal.

Cabe agregar otra objeción al sistema del límite legal, que se suscita cuando no es preciso el valor de la prestación principal cuyo cumplimiento se busca asegurar con la pena, y por ello no resulta sencillo definir con certeza y confiabilidad si ésta se encuentra o no encuandrada dentro del límite legal, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en contratos con prestación a cargo de una sola parte (donación, suministro gratuito, por ejemplo), en contratos con prestaciones recíprocas en que una de ellas no tiene por objeto una suma de dinero (permuta, por ejemplo) o en obligaciones con prestaciones de valor indeterminado o inapreciable (situación a la que se refiere el segundo párrafo del artículo 1544 del Código chileno, entre otros).

---

101. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 238.

102. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pág. 78.

103. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Edit. Porrúa, México, pág. 105.

104. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 25.

105. OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, pág. 26.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los problemas se acrecientan si aún tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas en que una de las prestaciones tiene por objeto una cantidad de dinero (compraventa, locación de servicios, obra, por ejemplo), la cláusula penal está constituida por una prestación de dar un bien cierto o por una de hacer o no hacer.

Producido el incumplimiento total, ¿puede descartarse acaso que en esos supuestos el deudor no podrá cuestionar la pena alegando que es excesiva dada la fragilidad de los cálculos efectuados para su fijación? Difinitivamente ello no será posible, siendo entonces inevitable someterse al arbitrio judicial, que es lo que teóricamente se deseaba evitar. Como consecuencia de ello, puede incluso llegar a comprobarse que la pena es diminuta, no obstante lo cual no procederá su aumento.

En este orden de ideas, resultan fundadas las objeciones que formula Continentino[106], al comentar el artículo 920 del Código Brasileño: "Resulta de este dispositivo que para ser aplicable la pena, se hace indispensable estimar previamente su valor, a fin de determinar si ella sobrepasa la obligación principal. Tal evaluación, sin una base cierta, resultante de cálculos a base de una precariedad notoria, cuya solución puede ser inevitablemente arbitraria, además de suprimir una de las ventajas de la pena, cual es la fijación previa extrajudicial de la indemnización, dificulta en vez de simplificar el proceso de liquidación de las pérdidas y daños".

No convenimos por ello con lo que afirma Osterling[107]: "Y no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Y, por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras —contraprestación y cláusula penal— preestablecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinará con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas".

Si la contraprestación consiste en la entrega de una suma de dinero —lo que no constituye necesariamente la regla—, del mismo modo que la pena, efectivamente no existirán mayores problemas. Pero basta que una u otra consista en una prestación de dar bienes ciertos o en una de hacer o de no hacer, entre otros casos, para que surjan las dificultades, que son reales y no supuestas. Y si bien, con la intervención de peritos, podrán ser definidos los valores correspondientes, ello importará, las más de las veces, la intervención judicial.

Participamos por todas estas consideraciones de la opinión de Ossorio,[108] al comentar el artículo 3003 del Proyecto Toro del Código Civil boliviano, que es incluso más restrictivo que los Códigos mexicano y costarricense en el supuesto del incumplimiento total, pues limita la cláusula penal a la mitad del valor estimado de la obligación principal: "El sentido humano de la propuesta es muy loable, pero determinar a priori la cuantía de la multa, puede cambiar por completo el trato y convertirle en una obligación potestativa del deudor... Mucho mejor es dejar que los interesados pacten libremente lo que gusten y atribuir al juez la potestad de moderar lo excesivo" (o acrecentar lo diminuto, a solicitud de parte —agregamos nosotros—).

4.6. Sistema mixto.

En este caso se presenta la combinación de varios de los sistemas evaluados con anterioridad.

Así, por ejemplo, en el caso de los Códigos ecuatoriano (art. 1587), chileno (art.1544), colombiano (art. 1601) y salvadoreño (art. 1415), se contemplan los sistemas del límite legal y de la mutabilidad parcial. Ocurre lo mismo en el caso del Código portugués (artículos. 812 párrafo 1, 935 y 1146 párrafos 2 y 3).

El Código brasileño (arts. 920 y 927) adhiere a los sistemas de la inmutabilidad y del límite legal.

Los proyectos brasileños de 1975 (arts. 411 y 412) y 1984 (arts. 412 y 413), por su parte, combinan los sistemas del límite legal y de la mutabilidad relativa.

Sin perjuicio de hacer extensivos al sistema mixto en sus diversas modalidades los comentarios formulados anteriormente al ocuparnos de cada sistema en particular, deseamos referirnos a algunos Códigos que siguen el sistema mixto, en razón de los debates que han originado los artículos que se ocupan del tema en estudio.

---

106. Cit. por LEÓN BARANDIARÁN, José, *op. cit.*, pág. 139.

107 OSTERLING P., Felipe, *op. cit.*, págs. 24-25.

108. OSSORIO, Ángel, *op. cit.*, pág. 355.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Código brasileño señala en sus artículos 920 y 927 lo siguiente:

> Artículo 920: El valor de la conminación impuesta por la cláusula penal no puede exceder el de la obligación principal.
>
> Artículo 927: Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> El deudor no puede eximirse de cumplirla , a pretexto de ser excesiva.

Sobre estas dos reglas se comenta que es difícil precisar sus alcances, pues aparecen como contradictorias al establecer, de un lado, la tesis de la inmutabilidad (art. 927, segundo párrafo) y, del otro, la del límite legal (art. 920).

"Ambas disposiciones configuran una evidente incoherencia, puesto que ellas, al menos aparentemente, han sancionado, cada una por su lado, dos doctrinas opuestas e inconciliables. En efecto, si el deudor, como determina el art. 927, no puede eximirse de cumplir la pena so pretexto de ser excesiva, debe concluirse —si sirve para algo la lógica— que la pena podrá tener cualquier valor, aun por encima del valor de la obligación principal."[109]

Creemos, sin embargo, que es posible lograr una conciliación entre ambas normas: el segundo párrafo del artículo 927 debe entenderse aplicable en tanto la medida de la cláusula penal no exceda de la cuantía de la prestación principal.[110] Si la cláusula penal excede el límite, su monto debe atemperarse por el juez.[111]

Resulta de interés observar que, en los proyectos de nuevo Código Civil brasileño de 1975 y 1984, se ha suprimido el segundo párrafo del artículo 927 citado. Sin embargo, ambos textos, además de mantener el artículo 920, contemplan la reducción de la pena cuando fuera manifiestamente excesiva y, por otra parte, admiten la indemnización del daño ulterior.

Se parte entonces del supuesto de que el acreedor puede imponer una pena exagerada, si bien dentro del límite fijado por la ley, en cuyo caso el juez está facultado para reducirla.

Debe hacerse notar, empero, que, desde el momento en que el acreedor puede obtener un mayor monto indemnizatorio —en la medida de que haya pactado el resarcimiento del daño ulterior— carece de sentido establecer un tope para la cláusula penal.

El caso del Código chileno, que ha servido de antecedente a los Códigos salvadoreño, ecuatoriano y colombiano, es singular, pues fija un límite a la cláusula penal que excede el valor de la prestación principal. Es preciso indicar, sin embargo, que el texto del artículo 1544, en el que se contempla esa solución, ha originado serias dudas debido a su redacción.

El artículo 1544 en cuestión establece lo siguiente:

> "Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.
>
> La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.
>
> En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.
>
> En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."

De acuerdo con el texto transcripto, el artículo se refiere a tres situaciones:

— La de los contratos conmutativos (compraventa, por ejemplo).
— La del mutuo.
— La de los contratos que generan obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

---

109. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 241.

110. "La contradicción aparentemente inexplicable que acabamos de señalar tiene un origen perfectamente claro desde el punto de vista histórico. CLOVIS BEVILACQUA, autor del primitivo Proyecto de Código, consecuente con su propio sistema, no incluyó en el articulado de esta sección ninguna disposición que estableciera que el valor de conminación de la pena no puede exceder el valor de la obligación principal y, por el contrario, sentó el principio opuesto diciendo que 'el deudor no puede eximirse de cumplir la pena bajo (sic) el fundamento de que es excesiva'. Pero la Comisión Revisora del Proyecto de BEVILACQUA, presidida por el Ministro de Justicia, incluyó inconsultamente dentro del articulado y bajo el número 1067, este artículo: 'El valor de la cláusula penal no debe exceder el valor de la obligación principal, o de los daños y perjuicios emergentes de la inejecución'. De estas dos disposiciones y luego de un proceso que no corresponde aclarar acá, salieron los actuales arts. 920 y 927 del Código Civil brasileño" (PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, págs. 241-242).

111. Sobre las diversas posiciones que ha suscitado la aparente contradicción entre los artículos 920 y 927, segundo párrafo, del Código Civil brasileño, cfse. PEIRANO FACIO, Jorge, *op. cit.*, pág. 242.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Acerca de la primera, Alessandri [112] indica que: "Todo lo que exceda del duplo, el deudor tiene derecho a pedir al juez que lo rebaje, y aunque el acreedor exija la pena o exija la obligación principal, en ningún caso podrá recibir más del duplo de la obligación principal. La frase 'incluyéndose ésta en él', es decir, incluyéndose la obligación principal en el duplo, ha dado origen a ciertas dificultades. Algunos creen que lo que este artículo permite que se estipule, es que el acreedor tenga derecho a exigir además de la obligación principal una cantidad a título de pena igual al doble de la obligación principal, es decir, puede el acreedor exigir a título de pena, tres veces la obligación principal. Esta interpretación no cuadra dentro de los términos del artículo 1544... porque este artículo dice que se podrá pedir que se rebaje de la pena todo lo que exceda al duplo de la obligación principal, incluyéndose ésta en él, es decir, incluyéndose la obligación principal en el duplo. ¿Qué quiere decir esta reducción? que la pena debe formarse por la obligación principal y por otra cantidad... que equivalga al duplo de la obligación principal, o sea, el acreedor sólo tiene derecho a una cantidad en total al doble de la obligación principal, pero no a la obligación principal multiplicada por tres... "

En el mismo sentido, Fueyo Laneri[113] expresa: ". . .el acreedor recibe en total, lo principal multiplicado por dos, pero no por tres."

En consecuencia, la pena no debe exceder del doble de la obligación principal. Esta parece ser efectivamente la interpretación correcta, "a pesar de la redacción sibilina del inciso 1) del artículo que comentamos (especialmente en su última parte que dice '... incluyéndose ésta en él')."[114]

Sin perjuicio de lo expresado, se mantienen las objeciones formuladas anteriormente al sistema del límite legal, pues si bien se conserva la función compulsoria de la pena para el caso de incumplimiento total, no necesariamente el duplo del valor de la prestación principal asegura al acreedor una indemnización integral por los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado realmente. Puede darse igualmente el caso de que requiriéndose el cumplimiento de la pena, ésta se encuentre dentro del límite del duplo y, sin embargo, resulte excesiva en relación con los daños y perjuicios efectivamente ocasionados al acreedor. El Código chileno no ha previsto la reducción de la pena en tal hipótesis, lo que resulta severamente cuestionable.

Respecto del segundo párrafo del artículo 1544, la cláusula penal para el caso del mutuo deberá establecerse en función del límite legal de la tasa de interés. El artículo 2206 del Código chileno expresa que si no lo limitara la ley y excediera "en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención", será reducido por el juez a dicho interés corriente.

Finalmente, en cuanto al tercer párrafo, como explica Alessandri,[115] "no ha podido la ley fijar un máximo hasta el cual pueda llegar la pena, y de ahí que haya dejado entregado a la prudencia del juez rebajar la pena, cuando según las circunstancias parezca enorme... Pongamos un ejemplo en el que tiene aplicación el inciso final del artículo 1544: Un empresario contrata a un actor para que dé representaciones en un teatro determinado, con prohibición de representar en otro, y en caso de violar la prohibición incurrirá en una multa de cien pesos, y el actor ganará según el contrato mil pesos mensuales. Aquí el juez rebajará la pena... "

Meza Barros [116] menciona que "se ha fallado que era excesiva la pena estipulada entre un abogado y su cliente, en que éste se obligaba a pagarle la mitad de su cuota hereditaria en caso de revocar el poder que tenía conferido el primero."

El problema se suscita en el supuesto de que la pena resulte irrisoria, pues el Código chileno no ha franqueado al juez, en tal caso la posibilidad de aumentar la pena.

Como puede apreciarse, la solución mixta recogida por el Código chileno, no escapa a las objeciones que con anterioridad formuláramos a los sistemas del límite legal y de la mutabilidad parcial.

---

112. Cit. por CÚNEO MACCHIAVELLO, Andrés, *Curso de Obligaciones*, Santiago, 1970, pág. 368.

113. FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil de las Obligaciones*, volumen I, Santiago de Chile, 1958, pág. 360.
En opinión de MEZA BARROS, ". . .la pena será excesiva si excede del duplo de la obligación principal, incluyéndose esta obligación en dicho duplo. En suma, la pena y la obligación principal, en conjunto, no pueden exceder del doble de la segunda." (MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Sexta edición, editorial jurídica de Chile, Santiago, 1979, pág. 317).

114. PEIRANO, F., J., *op. cit.*, pág. 239.

115. Cit. por CÚNEO MACCHIAVELLO, Andrés, *op. cit.*, pág. 369.

116. MEZA BARROS, Ramón, *op. cit.*, pág. 318.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4.7. Resarcibilidad del daño ulterior.

Existen legislaciones en las que la cláusula penal constituye importe mínimo del daño. En esa hipótesis, "el efecto limitativo de la cláusula penal no opera; y el perjudicado por el incumplimiento puede (previa prueba) obtener el total resarcimiento."[117]

De allí que al pacto que se estipula con ese objeto, se le conozca también con la denominación de pacto de resarcimiento integral.

De este modo, el acreedor puede obtener un monto indemnizatorio acorde con los daños y perjuicios que efectivamente se le han irrogado.[118]

Como es evidente, la indemnización del daño ulterior no descarta la intervención judicial. El acreedor estará obligado a probar el monto de los daños y perjuicios que excedan el valor de la cláusula penal pactada. Por consiguiente, de acreditarse los mayores daños, la penalidad se computará como parte de la indemnización total.

Esta figura constituye un remedio a la ausencia de norma que establezca la posibilidad de que el juez aumente la pena a solicitud del acreedor. Como tal aparece, entre otros Códigos en el italiano (art. 1382), portugués (arts. 811, párrafo 2, y 935) y alemán (art. 340), así como en el Código de Comercio argentino (art. 189) y en el Código de las Obligaciones suizo (arts. 106 y 161, parágrafo 2).

Debe hacerse notar que en los Códigos alemán, suizo, argentino (Código de Comercio) y sirio, la resarcibilidad del daño ulterior procede sin que tenga que haberse pactado ello en forma previa, solución que aparece como la más adecuada a fin de asegurar al acreedor que los daños y perjuicios que le hayan sido irrogados sean resarcidos completamente.

Es observable, sin embargo, el hecho de que el Código de las Obligaciones suizo obligue al acreedor, para que pueda obtener un mayor resarcimiento, que prueba la culpa del deudor. No se aprecia una justificación suficiente para ello.

Expresa Von Tuhr[119], al comentar dicho Código, lo siguiente: "Generalmente, la pena convencional se calculará con la amplitud necesaria para que rebase o a lo menos cubra los daños originados al acreedor. Pero si, a pesar de ello, los daños probados exceden de la cuantía de la pena convencional, el acreedor podrá, según el artículo 161, ap. 2, exigir que se le cubra la cuantía del daño (del mismo modo que según el artículo 106 puede reclamar la indemnización del daño en aquello en que exceda la cuantía de lo intereses moratorios), mas para ello, desviándose de los principios generales que rigen la infracción de los contratos, deberá probar que existe una culpa del deudor. Esta regla probatoria no corresponde a la finalidad de la pena convencional, que tiende a favorecer la posición del acreedor y no debiera dificultar la consecución de la indemnización íntegra que le corresponde".

A diferencia de los Códigos citados, el pacto anticipado admitiendo la procedencia de un reclamo de mayores daños y perjuicios, sí se exige en el caso de los otros Códigos y Proyectos de Códigos mencionados en el punto 3.7. anterior.

El hecho de aceptarse legislativamente la indemnización del daño ulterior, excluye cualquier cuestionamiento respecto de la posibilidad de que se atribuya al juez en forma directa la facultad de aumentar la pena cuando fuere diminuta.

4.8. Conclusión.

De la evaluación efectuada de los diversos sistemas existentes en torno a la mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal, y por las razones expuestas oportunamente, debemos expresar que nos inclinamos por el sistema de la mutabilidad absoluta.

Tal solución no constituye un atentado contra la seguridad del comercio jurídico. Por el contrario, busca equilibrar, con criterio de justicia, los intereses del acreedor y del deudor[120].

---

117. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 446.

118. "En la doctrina italiana... se destaca que no era previsto en el Código de 1865; se apunta que obedece a la imposibilidad en que muchas veces se encuentran las partes de prever la entidad del daño que puede originarse en el incumplimiento. Relazione Nº 95." (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pág. 79). Confróntese SEGRÉ, TULLIO, *op. cit.*, págs. 299-311.

119. VON TUHR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Tomo 2. Primera edición. Madrid, Editorial Reus, S.A., 1934, pág. 241.

120. Es sugerente lo que proponen Leiva Fernández y Agüero (*op. cit.*, págs. 2054-2058), en el sentido de atribuir mérito ejecutivo al instrumento que contiene una cláusula penal. En opinión de los autores citados (*op. cit.*, pág. 2055): "De esta manera el acreedor obtiene ventajas decisivas para lograr el cobro inmediato de su crédito. Esa ventaja temporal es una de las dos motivaciones que determinaron al acreedor a pactar la cláusula. Esa ventaja temporal también se obtiene demandando mediante la vía ejecutiva. La otra motivación que ayuda al acreedor a determinarse en favor de pactar la pena es la falta de necesidad de probar la causa determinan-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es preciso poner de relieve el hecho de que son pocos los Códigos que mantienen la tesis de la inmutabilidad absoluta de la pena, posición en que se encuentra en franca retirada. Como lo hace notar Kemelmajer de Carlucci,[121] "ha caído uno de los más firmes baluartes en materia de inmutabilidad absoluta", con la modificación de los artículos 1152 y 1231 del Código Civil francés por la Ley Nº 75-597 de 9 de julio de 1975.

Es notorio que la mayoría de Códigos se inclina por la mutabilidad de la pena o por sistemas mixtos que incluyen la posibilidad de reducirla.

Sin perjuicio de lo expresado, no podemos dejar de preguntarnos si no tiene razón Paludi[122] cuando señala "si, en realidad, no nos encontramos ante una figura jurídica que ha perdido vigencia y que respondía más a los fines de un derecho más acorde con otras épocas que a los de un derecho más actualizado. (. . .) Una concepción individualista y con fuerte preponderancia del principio de la 'autonomía de la voluntad', es lógico que nutra el contenido de las reglas jurídicas que gobiernan una sociedad de neto corte individualista. Pero esa concepción plasmada en normas jurídicas no va a servir de igual forma para regir una sociedad basada en otras formas de vida que protegen mucho más los intereses colectivos que los individuales ya que, poco a poco, se verá superada por esas pautas sociales que marcan un rumbo diferente del sistema jurídico. (. . .) De tal manera entonces las figuras jurídicas que fueron inspiradas en órdenes sociales diferentes y que respondían a necesidades de otras épocas, van a verse desubicadas con la realidad social nueva y van a necesitar, en algunos casos, un reacondicionamiento, una reforma que les permita seguir siendo útiles a los fines perseguidos por una sociedad que se mueve con pautas diferentes; y en otros, no alcanzará ese reacondicionamiento y deberán ser eliminadas porque de lo contrario caerán en el 'desuetudo'. (. . .) Esto es lo que ocurre con la cláusula penal y su inmutabilidad. Al quitársele este último efecto, y tratar de reacondicionarla o adaptarla a una sociedad con valores diferentes, pierde toda su eficacia y carece de sentido jurídico su utilización".

5. LA MUTABILIDAD E INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA

5.1. El Código Civil de 1852.

El Código Civil de 1852, inspirándose en el Código Napoleón, sancionó como regla la inmutabilidad absoluta de la pena.

El artículo 1301 establecía los alcances de la cláusula penal en los términos siguientes:

> "Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora, o falta de cumplimiento."

Como puede apreciarse, el Código contemplaba que la cláusula penal consistiera sólo en una suma de dinero.

El artículo 1275 establecía por su parte:

> "Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado."

En consecuencia, la cláusula penal era inmodificable, sin importar que su monto fuera insuficiente o excesivo.

5.2. El Proyecto de Código Civil de 1890.

El 2 de mayo de 1891, el doctor Juan Luna, presidente de la Comisión Revisora de los Códigos en Materia Civil, presentó al Ministro de Estado en el

---

te de su demanda. Esa irrelevancia en la producción de la prueba de la causa también se obtiene actuando dentro del marco del proceso ejecutivo ya que el título ejecutivo tiene la causa en sí mismo. Dicho de otra manera, se prueba a sí mismo."
La propuesta es del mayor interés y digna de tomarse en consideración. Significa una reorientación de la función compulsoria de la cláusula penal que entendemos, obviamente, sin perjuicio de que pueda reducirse la pena cuando fuese excesiva o aumentarse cuando fuere diminuta.

121. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *op. cit.*, pág. 146.

122. PALUDI, Osvaldo C., *op. cit.*, pág. 584.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Despacho de Justicia, Culto, Instrucción y Beneficencia, el Proyecto de Código Civil elaborado por dicha Comisión. Ésta era integrada, además, por los doctores Simón Gregorio Paredes, José Jorje Loayza, Manuel Santos Pasapera y Francisco Mariano Fernández.[123]

Este texto, tan poco divulgado, regulaba extensamente y en forma orgánica las obligaciones con cláusula penal entre los artículos 1562 y 1580.

El artículo 1562 definía la cláusula penal de la siguiente manera:

> "Cuando, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación se impone al obligado, por vía de pena, una carga o multa para el caso de no realizar, o de sólo retardar aquel cumplimiento, se dice que hay en la obligación cláusula penal."

La cláusula penal debía "consistir necesariamente en el pago de cantidad de dinero, o en otra prestación cualquiera que, conforme a este Código, pueda ser objeto de obligación" (artículo 1563).

Se superaba de este modo la limitación de los artículos 1275 y 1301 del Código de 1852, que establecían que la cláusula penal debía estar constituida por una suma de dinero en forma exclusiva.

Pero la variación más relevante se presentaba en los artículos 1568, 1569 y 1572. El artículo 1568 señala:

> "Cuando la obligación tiene por objeto entregar cantidad determinada y la pena consiste en otra cantidad también determinada, no puede ésta exceder del duplo de aquélla."

Se establecía así un límite legal a la cláusula penal, tomando como fuente de inspiración el artículo 1544, primer párrafo, del Código chileno.

El artículo 1569, tomando como antecedente el artículo 1544, segundo y cuarto párrafos, del mismo Código, indicaba:

> "Si la obligación es de valor indeterminado, y excesiva la pena estipulada, puede el deudor, caso de incurrir en ella, pedir al Juez que la reduzca prudencialmente."

Por último, el artículo 1572 contemplaba la posibilidad de que el acreedor pudiera obtener un mayor monto indemnizatorio, si la cláusula penal resultaba insuficiente, previendo así la indemnización del daño ulterior:

> "En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario."

En consecuencia, el Proyecto de 1890 optaba por establecer un tope máximo a la cláusula penal en ciertos casos (artículo 1568); admitía la posibilidad de reducirla en otros (artículo 1569); y, finalmente, preveía la resarcibilidad del daño ulterior (artículo 1572).

5.3. La Comisión Reformadora de 1922. El Código de 1936.

Por Decreto Supremo de 26 de agosto de 1922, se crea la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. El doctor Manuel Augusto Olaechea fue el autor de la ponencia relativa al Derecho de Obligaciones. El Anteproyecto de la Sección Segunda del Libro Quinto, dedicada a las obligaciones y sus modalidades, fue presentado a la Comisión en la 129 sesión celebrada el 28 de octubre de 1925.[124]

El Anteproyecto contemplaba en primer término, la modificación equitativa de la pena "cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor" (artículo 179).

El artículo 181 agregaba:

> "Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva."

El texto del artículo había sido tomado del artículo 927 del Código Civil brasileño, si bien el doctor Olaechea también citaba como antecedente el artículo 690 del Código argentino, siendo la referencia correcta el artículo 656 de ese cuerpo legal.

Finalmente, el artículo 186 establecía:

> "El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal".

El artículo 920 del Código brasileño constituía la fuente inmediata del artículo transcripto. El doctor Olaechea, comentando el precepto indicaba:

> "Este artículo tiende a conservar el espíritu de la Ley Nº 2760 contra el agio y la usura, ley que restringe la libertad de las partes por razones de carácter social."[125]

En la fundamentación del articulado sobre las obligaciones con cláusula penal, el doctor Olaechea explicaba lo siguiente:

> "Se discute acerca del excesivo rigorismo de la cláusula penal, cuando la desproporción existente entre el valor eco-

123. Proyecto de Código Civil para la República del Perú. Lima, Imprenta de J. Francisco Solís, 1890.

124. Actas de sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano. Quinto fascículo, segunda edición. Lima, 1928, págs. 118 a 151.

125. Actas, pág. 141.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nómico de la prestación y la pena pactada es resaltante; y también sobre el derecho del acreedor para solicitar la agravación de la penalidad estipulada, cuando interviene a su favor una razón análoga pero inversa. Sobre el particular se observan varias tendencias legislativas. El sistema francés sancionado por el Código Napoleón, reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231 del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esa ley no contradice, y antes bien confirma, el principio general definido por el artículo 1226, pues dicho artículo se refiere a la hipótesis de cumplimiento parcial de la obligación por el deudor, cuando la deficiente ejecución del compromiso aporte alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el alemán (artículo 343) y el suizo de las obligaciones (artículo 161), facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código del Brasil (artículo 920) estatuye simplemente que el valor económico de la pena no puede nunca sobrepasar al de la obligación principal.

El anteproyecto adopta la fórmula brasileña, que es ecléctica. Esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes. Yo estimo que la solución suizo-alemana, que rechazo, sería de una peligrosidad alarmante en un medio jurídico-social tan imperfecto y mediocre como el nuestro."[126]

Los artículos 181 y 186 del anteproyecto fueron aprobados por la Comisión Reformadora. En el texto del segundo anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil, los preceptos aparecen, con numeración distinta, como artículos 172 y 177, respectivamente.[127]

El 7 de marzo de 1936 es presentado el Proyecto de Código Civil por los miembros sobrevivientes de la Comisión Reformadora, doctores Alfredo Solf y Muro, Manuel Augusto Olaechea y Pedro M. Oliveira.[128]

El Proyecto reproduce los preceptos citados en los artículos 1214 y 1217, en los términos siguientes:

"Artículo 1214. Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio. El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva."

"Artículo 1217. El valor de la pena impuesta, no puede exceder al de la obligación principal."

Por Ley Nº 8305 de 2 de junio de 1936 se autoriza al Poder Ejecutivo para promulgar el Proyecto de Código Civil referido, "introduciendo las reformas que estime convenientes, de acuerdo con la Comisión que designe el Congreso Constituyente... "

La Comisión Revisora nombrada en ejecución de la Ley Nº 8305 introdujo modificaciones a ambos artículos a propuesta del doctor Francisco R. Lanatta, en la sesión del 6 de agosto de 1936.

Como resultado de tales modificaciones, los textos, que pasaron a la versión definitiva del Código Civil con el mismo contenido y numeración, quedaron redactados así:

"Artículo 1224. Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio."

"Artículo 1227. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

Cabe hacer notar que, conforme al tenor del artículo 1227, el juez estaba obligado a reducir equitativamente la pena cuando fuera manifiestamente excesiva. No quedaba entonces a su arbitrio decidir su reducción o no cuando fuese ostensiblemente excesiva. La ley le imponía la obligación de hacerlo así.

En relación con el artículo 1227, el doctor Olaechea se limitó sólo a indicar lo siguiente en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil:

"Se suele controvertir sobre el rigorismo de la cláusula penal cuando la desproporción entre el valor económico de la obligación y la pena pactada es resaltante, y sobre la facultad inversa del acreedor para pedir la agravación de la pena cuando interviene en su favor una razón análoga. Sobre el particular se observan varias tendencias. El sistema consagrado por el Código francés reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231 del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esta ley no contradice el principio general, pues se refiere a la hipótesis del cumplimiento parcial, cuando la deficiente ejecución aportó alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el alemán y el suizo, facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código del Brasil estatuye que el valor económico de la pena no debe exceder nunca al de la obligación principal. El Proyecto establece que el juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."[129]

126. Actas, págs. 139-140.

127. Comisión Reformadora del Código Civil. Segundo anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú. Imprenta Minerva. Lima, 1926, págs. 27-28.

128. Proyecto de Código Civil. Lima, Librería e Imprenta Gil, S.A., 1936.

129. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil. Gil S.A. Editores. Lima, s.f., págs. 21-22.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Comentando los alcances del artículo 1227 del Código de 1936, expresaba León Barandiarán:

> "En realidad con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien. Pero no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una de existencia precaria y de fortuita eficacia." [130]

Para concluir con la referencia al Código de 1936, debe agregarse que dicho cuerpo legal reiteraba la solución de la reducción de oficio de la pena en su artículo 1426:

> "En la venta a crédito es válido el pacto por el cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea totalmente pagado, aunque la cosa hubiere sido entregada al comprador. Si el precio debiera ser pagado en cuotas sucesivas, los contratantes estipularán la parte de precio recibida que el vendedor puede hacer suya como indemnización de perjuicios en caso de rescindirse la venta por no haberse pagado totalmente el precio. Empero, corresponde al juez, según las circunstancias, reducir la amplitud de la indemnización estipulada.
>
> Este artículo es aplicable a todos los contratos en que se entrega una cosa bajo pacto de adquirir la propiedad después de pagadas todas las cuotas estipuladas."

5.4. La reforma del Código Civil de 1936. El Código Civil de 1984.

Por Decreto Supremo Nº 95 de 1 de marzo de 1965, siendo ministro de justicia el doctor Carlos Fernández Sessarego, "se establece una Comisión que se encargará del estudio y revisión del Código Civil, con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes."

En el seno de dicha Comisión, el doctor Jorge Vega García fue encargado de preparar la ponencia relativa al Derecho de Obligaciones.[131]

En la ponencia indicada se establecía lo siguiente:

> "Artículo 73. La cláusula por la que se convenga que, en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, uno de los contratantes quedará obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.
>
> La pena se debe independientemente del daño."

El precepto propuesto determinaba los efectos de la cláusula penal, la que podía consistir en cualquier tipo de prestación y preveía la indemnización del daño ulterior.

> "Artículo 77. El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamete excesiva, o en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor.
>
> El acreedor no tendrá derecho a un resarcimiento más elevado, aunque pruebe que el convenido es insuficiente, salvo que establezca la culpa del deudor."

El primer párrafo del artículo reproducía el artículo 1227 del Código de 1936, con el agregado de la frase final —"aceptado por el acreedor"— que aclara el sentido del precepto en cuanto se refiere al cumplimiento irregular o parcial.

El segundo párrafo del artículo 77, que permite al acreedor que se aumente la cuantía de la cláusula penal, se inspira en el segundo párrafo del artículo 161 del Código de las Obligaciones suizo y merece las mismas objeciones que dicho precepto.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 73 que se refiere a la resarcibilidad del daño ulterior, el segundo párrafo del artículo 77 debía entenderse aplicable sólo de haberse pactado tal circunstancia. De lo contrario, no habría constituido ventaja alguna prever la indemnización del daño ulterior.

Fallecido el doctor Vega García, el doctor Felipe Osterling Parodi asume el encargo de preparar el anteproyecto de articulado relativo al Derecho de Obligaciones.

---

130. LEÓN BARANDIARÁN, José, *op. cit.*, pág. 136.
Es interesante mencionar que este autor admitía la procedencia del pacto de indemnización del daño ulterior, no obstante que el código no se refería a ello en forma expresa "... las partes pueden también convenir explícitamente que el acreedor se reserve el derecho de reclamar una indemnización suplementaria, si la pena no satisface el perjuicio sufrido y tal convenio tendrá eficacia" (pág. 139). Participamos de esta opinión. No existiendo prohibición, nada impedía efectivamente pactar la resarcibilidad del daño ulterior en el marco del Código Civil de 1936.
Cornejo, por su parte, expresaba lo siguiente acerca del artículo 1227 del Código de 1936: "Desde el punto de vista social, la nueva fórmula es equitativa, porque elimina el peligro de la usura, pero convierte a la magistratura en legisladora e inviste al juez de una facultad que no podrá ejercitar debidamente ya que la apreciación de los daños y perjuicios, tiene mucho de subjetivo y sólo los interesados podrían hacerla con acierto. La cláusula penal suprime la prueba sobre el monto del perjuicio: no queda, pues, para determinarlo sino el arbitrio del juez" (CORNEJO, Ángel Gustavo, *Código Civil, Exposición sistemática y comentario*. Tomo I, 1939, pág. 194).

131. De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto del doctor Jorge Vega García. En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1980, págs. 135-166.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En una primera versión, que corresponde a diciembre de 1977,[132] encontramos acerca del tema los siguientes preceptos:

"Artículo 81. La cláusula por la que se conviene que en caso de incumplimiento uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación, y a la devolución de la contraprestación, salvo que se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios."

El artículo se inspiraba en el segundo párrafo del artículo 340 del Código Civil alemán y en la primera parte del artículo 1382 del Código Civil italiano.

"Artículo 86. El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al interés máximo permitido por la ley."

En la exposición de motivos del anteproyecto se comenta lo siguiente sobre este artículo:

"... el proyecto se ha inclinado por el sistema propuesto por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 — luego modificado por la Comisión Revisora— que, siguiendo la doctrina del artículo 920 del Código del Brasil, establecía que la cláusula penal no podía ser modificada por el juez, por considerarla excesiva o diminuta, pero que su valor no podía, en ningún caso,exceder al de la obligación principal. Es esta misma doctrina brasileña la acogida, entre otras legislaciones, por el artículo 1843 del Código mejicano y por el artículo 1601 del Código colombiano.

La Comisión se ha inclinado por una fórmula similar a la consignada en el proyecto de Código Civil, que dio origen al Código vigente, debido a que la inmutabilidad de la pena, limitada en su valor, concilia la autonomía de la voluntad con los principios de equidad y de justicia que deben presidir toda convención.

Esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior, deberá, desde luego, ser probado.

La Comisión reconoce que en esta materia es difícil encontrar soluciones cabalmente idóneas. Por ello utiliza una fórmula intermedia, cuyo único fin es restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad. La limitación propuesta preserva la existencia de una institución destinada a fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales, constituyendo, simultáneamente, un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor."[133]

No obstante la explicación que antecede, debe hacerse notar que el artículo 866 transcripto se aparta del texto del artículo 920 del Código del Brasil y también, por tanto del texto del Proyecto de la Comisión Reformadora del Código de 1852, pues no limita la cuantía de la cláusula penal al valor de la prestación incumplida, sino a la mitad de dicho valor, agregándose que si la cláusula penal se ha estipulado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede exceder a la cuarta parte del valor de la prestación.

Obsérvese la similitud entre el primer párrafo del artículo 86 propuesto y el artículo 3003 del Proyecto Toro de Código Civil boliviano, así como entre el segundo párrafo del artículo 86 y la segunda parte del artículo 712 del Código Civil de Costa Rica.

"Artículo 87. El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor, o cuando ella exceda los límites señalados por el artículo 86."

Como consecuencia de este precepto, salvo en los casos contemplados en él, el juez no se encontraba facultado para reducir la pena.

En un segundo anteproyecto de agosto de 1979[134] aparecen los siguientes preceptos:

"Artículo 196. El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores."

Según puede apreciarse, el texto reproduce con ligeras variantes el artículo 81 del anteproyecto anterior.

"Artículo 201. El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto del interés máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo."

Además de reproducir el artículo 86 del anteproyecto de 1977 con algunas modificaciones, se agrega un párrafo, el cuarto, por el cual se sanciona con

---

132. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Ponencias de Obligaciones y Contratos (Parte general), diciembre de 1977, págs. 20-21.

133. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Ponencias de obligaciones y contratos (Parte General), diciembre de 1977, págs. 100-101.

134. De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto del doctor Felipe Osterling Parodi. En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Tomo II, págs. 167 a 201.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nulidad el exceso pactado sobre los límites previstos en el artículo.

"Artículo 202. El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor."

Como es de verse, se suprime la facultad de reducción de la pena que contemplaba el artículo 87 del anteproyecto de 1977, cuando aquélla excediese los límites del artículo 86, como lógica consecuencia de resultar nulo cualquier exceso acordado con respecto a tales límites.

En el Proyecto de Código Civil de julio de 1980[135] los preceptos comentados aparecen como artículos 1359, 1364 y 1365, respectivamente con la siguiente redacción:

"Artículo 1359. El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores."

"Artículo 1364. El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto del interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo."

"Artículo 1365. El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor."

Mediante Ley Nº 23403 de 13 de mayo de 1982, el Poder Ejecutivo es facultado para promulgar mediante decreto legislativo el Código Civil cuyo proyecto había preparado la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 creada por el Decreto Supremo Nº 95 de 1 de marzo de 1965. "Para este efecto, una Comisión Revisora que se conforma con 3 Senadores designados por el Senado, 3 Diputados designados por la Cámara de Diputados y 3 Abogados designados por el Ministerio de Justicia, introducirá las reformas que considere pertinentes, con audiencia de la Comisión que elaboró el proyecto." (Artículo 1 de la Ley Nº 23403).

La Comisión Revisora dio a publicidad en febrero de 1984 un Proyecto de Código Civil.[136] En relación con el tema en estudio introdujo sustanciales modificaciones.

Así, en primer término, el artículo 1308 del indicado proyecto expresaba:

"El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere."

Como puede observarse, la posibilidad de obtener una indemnización suplementaria, pactando la resarcibilidad del daño ulterior, era eliminada del texto.

Por otra parte, el artículo 1313 establecía lo siguiente:

"El juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

El texto se inspiraba en el artículo 1227 del Código Civil de 1936.

Sin embargo, difería de éste en cuanto no imponía al juez la obligación de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, sino que simplemente le facultaba para ello. Empero, el texto no aclaraba si tal facultad podía ejercerla el juez por propia iniciativa o sólo a solicitud del deudor.

La versión final del Proyecto, que una vez aprobado se convirtió en Código, contiene las siguientes reglas:

"Artículo 1341. El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores."

---

135. Proyecto de Código Civil. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Lima, 1980. Edición oficial.

136. Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora. Separatas del Diario Oficial El Peruano, 15 a 21 de febrero de 1984. Con anterioridad a la publicación del Proyecto referido, mediante memorando de 22 de diciembre de 1983, el doctor Felipe Osterling Parodi, en compañía del autor de estas líneas, sugirieron a la Comisión Revisora, como redacción para el primer párrafo del artículo 1364 del Proyecto de Código Civil de julio de 1980: "El monto de la cláusula penal no puede ser superior al valor de la prestación incumplida". Como puede apreciarse, el texto tenía como fuente de inspiración el artículo 920 del Código Civil del Brasil. Posteriormente, mediante memorando de 3 de enero de 1984, comentando el artículo 1365 de una versión del Proyecto de Código Civil no divulgada públicamente, que corresponde al artículo 1313 del Proyecto de febrero de 1984, señalábamos lo siguiente: "Así como se ha considerado oportuno otorgar al juez la facultad de que reduzca la pena por ser manifiestamente excesiva, es justo que igualmente pueda aumentarla equitativamente cuando fuese manifiestamente diminuta."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El artículo transcripto reproduce el artículo 1359 del Proyecto de 1980 y contempla la posibilidad de pactar la indemnización del daño ulterior.

> "Artículo 1346. El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida."

El precepto tiene su antecedente en el artículo 1313 del Proyecto de la Comisión Revisora de febrero de 1984. Se advierte, sin embargo, un agregado: que la reducción de la cláusula penal debe efectuarse a solicitud del deudor. Obviamente, la carga de la prueba recaerá sobre él, lo que supone que el deudor deberá acreditar efectivamente que la pena es excesiva.

Cabe objetar, sin embargo, que se brinde un mismo tratamiento a los casos en que la cláusula penal es manifiestamente excesiva y aquellos otros en que la obligación principal hubiese sido cumplida parcial o irregularmente, con anuencia del acreedor. En estos últimos, la reducción debe proceder siempre y no se justifica que deba mediar solicitud del deudor para su reducción. Por ello, hubiera sido deseable que los dos supuestos que contempla el artículo hubieran sido tratados por separado a fin de evitar dudas sobre los alcances de la regla.

Habría sido aconsejable igualmente, incluir en el artículo 1346 una indicación semejante a la que contienen los textos vigentes de los artículos 1231 del Código francés y 812, párrafo 1 del Código Portugués que descartan la validez de toda estipulación que excluya la posibilidad de que el deudor pueda pedir la reducción de la pena.

Empero, no obstante no indicarlo así el texto del artículo 1346, consideramos que toda renuncia antelada sería nula. Como expresa Mosset Iturraspe: "... estando de por medio un orden público de protección, es inadmisible la renuncia por anticipado, expresada por lo común en el mismo contrato que incorpora la cláusula ..."[137]

137. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *op. cit.*, pág. 112. En idéntico sentido se pronuncia Von Tuhr (*op. cit.*, págs. 242-243): "El derecho de reducción de la pena convencional tiende a proteger la personalidad del deudor y, por tanto, como Derecho imperativo que es; (artículo 19, y ap. 2º) no puede excluirse de antemano por renuncia del deudor, del mismo modo que no puede renunciarse válidamente a hacer valer los vicios de la voluntad. . ." Cfse. igualmente: Alterini, A.A., *op. cit.*, págs. 999-1000.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ALIMENTOS PARA MENORES DE EDAD EN PUERTO RICO: LAS GUÍAS MANDATORIAS, BASADAS EN CRITERIOS NUMÉRICOS, PARA LA DETERMINACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS*

DR. PEDRO F. SILVA-RUIZ**

SUMARIO

Pág.

I. Introducción. 46

II. Alimentos. 47
4. Fundamento de la obligación alimenticia. 47
5. Bases legales: Código Civil, jurisprudencia y doctrina. 48
6. Concepto. 49
7. Determinación de la cuantía de los alimentos: el Código Civil. 50

III. Ley Especial de Sustento de Menores. 51
8. Consideraciones generales. 51
9. Antecedentes. 52
10. Determinación y modificación de la pensión alimenticia. 52

IV. Las guías, basadas en criterios numéricos, para determinar o fijar y modificar pensiones alimenticias para menores de edad. 55
11. Las guías discrecionales. 55
12. Análisis crítico de las guías (discrecionales). 57
13. Las guías mandatorias. 59

V. Conclusiones. 60

* *Trabajo preparado para el Seminario Conmemorativo del Centenario del Código Civil de Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico, octubre de 1989.*

** *Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta actividad conmemora el centenario del venerable Código Civil de Puerto Rico. El Código Civil español de 1889 fue hecho extensivo a la Isla de Puerto Rico por Real Decreto del 31 de julio de 1889. Comenzó a regir el 1 de enero de 1890,[1] y se ha mantenido vigente, con innumerables enmiendas, hasta nuestros días. [2]

El tema que estudiaremos, conforme se enunciará más adelante, ilustra a cabalidad la vigencia y sabiduría del centenario código. El concepto, la definición y alcance de los alimentos, recogidos en el Código Civil, rigen aún hoy día, en unión a una reciente ley especial —de Sustento de Menores— que, atendiendo las realidades y necesidades sentidas en estos momentos, creó procedimientos y mecanismos, rápidos y económicos, para garantizar el pago de las pensiones alimenticias debidas a nuestros menores de edad. Así se conjugan y complementan dos cuerpos legales, uno de carácter general —el Código Civil—, con uno especial —la Ley de Sustento de Menores—, para beneficio de nuestros menores de edad. El Código Civil sigue, pues, siendo pilar fundamental de nuestro Ordenamiento y herencia jurídica, a través de la cual participamos de la milenaria cultura occidental, europea y española particularmente, sin que ello signifique menosprecio por otras corrientes, jurídicas también, enriquecedoras de nuestro medio. Innecesario es, además, en atención al tema que estudiamos, que examinemos cuáles instituciones o normas y disposiciones jurídicas, cuya regulación aparece comprendida en el Código Civil, merezcan modificación o sustitución por estar ya superadas por el transcurso del tiempo.

2. En un documento,[3] preparado para la Conferencia del Gobernador de Puerto Rico sobre La Familia, se informa que el "(T)reinta por ciento de la población de Puerto Rico en el año 1985 estaba en las edades de 0 a 14 años (Junta de Planificación, 1986). El grupo de edad preescolar (0-4) constituía el 10 por ciento de nuestra población, mientras que aquéllos entre los 5 a 14 años de edad constituían un 20 por ciento."[4] Más adelante se señala que "(D)e acuerdo con el Censo Poblacional, aunque el ingreso anual mediano de la familia puertorriqueña durante el año 1980 ascendió a $5,900; 20 por ciento de las familias tenían un ingreso anual de menos de $2,000 y más de la mitad (58%) vivía en condiciones de pobreza. Esta proporción, es muy similar a la de 1970 cuando 60 por ciento de las familias puertorriqueñas vivían en condiciones de pobreza."[5]

---

1. *Torres vs. Rubianes*, 20 DPR 337, 345 (1914): "... en virtud de Real Decreto de 31 de julio de 1889 'el Código Civil' había de comenzar a regir en esta Isla a los 20 días de terminarse su publicación en la *Gaceta* de la Isla, y como la publicación no concluyó hasta el 12 de diciembre de 1889 ...". Además, MUÑOZ MORALES, Luis *El Código Civil de Puerto Rico: breve reseña histórica*, en la Revista Jurídica UPR, vol. 1, núm. 2, pág. 75, particularmente la pág. 76 (abril 1932).

2. Está vigente la edición de 1930 del Código Civil de Puerto Rico, según enmendado. Véase, además, RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel *Breve Historia de los Códigos Puertorriqueños*, en la Revista Jurídica UPR, vol, 19, núm. 3, págs. 233-272, particularmente las págs. 256-7 (enero-febrero 1950) y Muñoz Morales, citado, pág. 77.

3. ***La Familia Puertorriqueña (Consideraciones en torno a una política pública)*, Universidad de Puerto Rico, noviembre de 1987, 32 páginas.**

4. ***Ibídem*, pág. 19.**

5. *Ibídem.* En el Informe *Características Generales Sociales y Económicas - Puerto Rico,* Censo de Población, 1980 (Departamento de Comercio de los Estados Unidos, Negociado, del Censo, PC80-1-C53B, PR), el Apéndice B- "Definiciones y Explicaciones de las Características de los Temas", pág. B-21, se señala: "Los umbrales de pobreza se revisan todos los años para reflejar los cambios en el costo de vida según el Índice de Precios al Consumidor. En 1979, el umbral de pobreza promedio para una familia de cuatro personas era $7,412."
Para los Estados Unidos, véase: *Federal Register*, vol. 53, Nº 29, Friday, February 12, 1988, pág. 4213-14, para las varias definiciones y datos económicos sobre el umbral de pobreza ("poverty threshold"). Puerto Rico no está incluido.
En el periódico *El Mundo*, San Juan, P.R., edición correspondiente al lunes, 14 de marzo de 1988, pág. 7, Luis Cabán, en la noticia "En la miseria un tercio de la población", informaba: "Un estudio realizado por la Comisión de Asuntos del Consumidor del Senado, ... revela que más de una tercera parte de la población puertorriqueña, o sea, 1,489,492 personas, viven en extrema pobreza." Añadía: "El 62% de las familias en Puerto Rico vivían bajo el umbral de pobreza".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Puede, pues, afirmarse que un buen número de personas, de ese considerable segmento de nuestra población integrado por menores de edad,[6] dependen de otras para su sustento y subsistencia.

De otra parte, nuestra isla "tiene una de las más altas tasas mundiales de divorcios. Los datos del año 1984 revelan que por cada 100 matrimonios que se celebran anualmente se decretan 46 divorcios (Vázquez Calzada, 1987)."[7] Esta realidad ha llevado a que una agencia estatal afirme que "(U)n número considerable de los niños nacidos en la década de 1980, terminará creciendo al lado de un solo padre, específicamente, al lado de la madre."[8]

Al decretarse un divorcio, el tribunal proveerá de una pensión alimenticia para los hijos menores de edad. [9] Es correcta la apreciación de que "los problemas relativos a los alimentos surgen cuando se disuelve el matrimonio, por lo que el cuerpo de la litigación ocurre dentro de los procesos de divorcio."[10]

3. El tema de este ensayo gira en torno a la determinación y modificación de la pensión alimenticia para menores de edad. La atención particular se centra en las guías, basadas en criterios numéricos y descriptivos, que permitan el cómputo de la cuantía de la obligación alimenticia.

Conviene, sin embargo, antes del examen de dichas guías, estudiar los fundamentos de la obligación de alimentos a menores de edad y sus bases legales.

II. ALIMENTOS

4. Fundamento.

Una autora mexicana, en un libro recientemente publicado, afirma que "la obligación alimentaria existe por un derecho natural, a percibir alimentos, que simplemente ha sido formalizado por el legislador convirtiéndola en derecho positivo y vigente y, por otro lado, creando en el ánimo del obligado el deber de proporcionarlos independientemente de su voluntad de cumplir. La obligación alimentaria es pues un deber moral, pero es también un deber jurídico ..."[11]

Esta misma línea de pensamiento aparece recogida en la jurisprudencia puertorriqueña. Así, se ha podido decir que "(E)l deber de alimentos se funda en principios universalmente reconocidos de solidaridad humana generados por el derecho natural

---

6. La mayor edad comienza a los 21 años. Artículo 247 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 971.
La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, enmendada en 1970, dispone que "Será elector toda persona que haya cumplido 18 años de edad...". Para una opinión sobre la incongruencia de este mandato constitucional y la norma del Código Civil, véase Pedro F. Silva-Ruiz, *Perspectivas futuras en el desarrollo del Derecho de Familia en Puerto Rico* (ponencia presentada en el Curso de Perfeccionamiento para Jueces de Menores y de Familia), 43 Rev. Colegio Abogados Puerto Rico 460, 465 (1982).

7. Supra nota 3, pág. 12.

8. Junta de Planificación de Puerto Rico, *Boletín Social,* setiembre de 1984, páginas 66-67, según citado en el *Informe de la Comisión de Sustento de Menores,* presentado al Gobernador de Puerto Rico, Departamento de Servicios Sociales, setiembre de 1985, página ii. La cita del texto, además, significa: "Los padres presentes o ausentes son figura esencial para la formación de la personalidad de un niño. Se confronta el problema de que muchos padres por resentimientos al ex cónyuge destruyen la imagen del otro padre para defender la propia".

9. Artículo 107 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 383. Es de rigor advertir que el anterior segundo párrafo que leía: "Al dictar la sentencia de divorcio el juez proveerá lo que fuera pertinente con respecto a los alimentos de los hijos menores de edad", fue derogado en 1976. A pesar de ello, es obligación del tribunal, en una sentencia de divorcio, proveer alimentos para los menores de edad. En *Colón vs. Ramos,* 116 DPE 258, a la pág. 259 (1985) se señala: "Originalmente, el Art. 107 del Código Civil disponía, en lo pertinente, que '(A)l dictar la sentencia de divorcio el juez *proveerá lo que fuere pertinente con respecto a los alimentos de los hijos menores de edad*'. (Énfasis suplido). 31 LPRA sec. 383. Fue enmendado en el 1976. Inexplicablemente, se excluyó ese lenguaje de la nueva redacción. ¿Significa que en divorcios en rebeldía no pueden disponerse remedios en cuanto al deber de alimentación entre cónyuges o hijos menores? La respuesta es negativa".

10. Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial, *Apuntes sobre Procedimientos Judiciales en torno a la Familia,* diciembre de 1984, pág. 185.

11. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena y NOROÑA, *La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral,* co-edición de la Editorial Porrúa y la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1989, pág. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la vida e imperativos de los vínculos familiares."[12] Igualmente ha afirmado que "la prestación alimenticia (está fundada) en la solidaridad familiar y en el derecho a la vida del alimentista."[13]

Por los fundamentos indicados es que la misma jurisprudencia ha también significado " que los casos relacionados con alimentos de menores están revestidos del más alto interés público."[14]

5. Bases legales.

La obligación primaria de proveer alimentos a menores de edad recae sobre sus progenitores.[15] Las bases de esa obligación aparecen recogidas en el Código Civil.

La primera fuente "es parte del contenido jurídico del ejercicio de la patria potestad y emana del artículo 153 del Código Civil, 31 LPRA sec. 601..."[16]

La precedentemente citada disposición legislada reza:

Sec. 601. Facultades y deberes de los padres.

El padre y la madre tienen, respecto de los hijos no emancipados:

(1) El deber de alimentos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

(2) ...

La segunda base legislada de la obligación alimenticia emana del artículo 143 del Código Civil, que ordena:

Sec. 562. Quiénes están obligados a suministrarse alimentos.

Están obligados recíprocamente a darse alimentos, en toda la extensión que señala la sección precedente:

(1) Los cónyuges.

(2) Los ascendientes y descendientes.

(3) El adoptante y el adoptado y sus descendientes.[17]

En *Viera vs. Morell,* el Tribunal Supremo explica, con meridiana claridad, la diferencia entre ambas fuentes de la obligación alimenticia. Sobre la obligación alimenticia que surge del citado artículo 153, esto es, del ejercicio de la patria potestad, dice:

> se parte del supuesto de que el alimentista menor de edad está bajo la custodia del padre que ejerce sobre él la patria potestad, o de ambos si están casados entre sí. Como señala Beltrán de Heredia, no se trata estrictamente de una obligación alimenticia independiente o autónoma, sino que está incorporada al conjunto más amplio de deberes y derechos que representa la patria potestad, entre los cuales se encuentra el deber de convivir con los hijos, alimentarlos en su mesa, educarlos, guiarlos y representarlos. Este deber de alimentación, Insito a la patria potestad, no depende de un estado de necesidad del hijo, pues éste incluso podría tener bienes suficientes para su sostenimiento y aun tener derecho a ser alimentado por sus padres con patria potestad, sino que se basa en el hecho mismo de la generación.[18]

Por el contrario, la obligación alimenticia que descansa en el artículo 143:

> se refiere al caso del padre o de la madre de hijos no emancipados que no viven en su compañía y sobre los cuales no tiene la patria potestad, y a hijos y otros parientes, no importa su edad, que tengan necesidad de

---

12. *Martínez vs. Rivera,* 85 JTS 15 (6 marzo 1985), pág. 3869, 116 DPR 164 (1985); *Milán Rodríguez vs. Muñoz,* 110 DPR 610, 612-612 (1981) (81 JS5). La expatrimonialidad del fundamento del derecho al sostenimiento para la vida misma, no implica negar la patrimonialidad de la prestación en que el deber de alimentos se traduce.

13. *Mundo vs. Cervoni,* 115 DPR 422, 426 (1984).

14. *Ex Parte Negrón Rivera,* 87 JTS 114 (9 diciembre 1987), página 5303 JTS, y casos allí citados; *López vs. Rodríguez,* 88 JTS 40 (15 abril 1988), página 5694 JTS.

15. El artículo 118 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 466, ordena: "Sec. 466. Derechos de los hijos legítimos. Los hijos legítimos tienen derecho: (1) A llevar los apellidos del padre y de la madre. (2) A recibir alimentos. (3) A la herencia legítima". Debe de advertirse que, en Derecho puertorriqueño, tan solo hay hijos, sin clasificaciones entre ellos. Lo que ocurre es que la letra del Código aún no ha sido modificada para ajustarla a pronunciamientos judiciales que descansan en el mandato constitucional que prohíbe el discrimen por razón de nacimiento.

16. *Viera vs. Morell,* 115 DPR 4, 11 (1983) (citas omitidas). El artículo 153 del Código Civil de Puerto Rico procede del anterior artículo 155 del Código Civil de España, hoy artículo 154 (reformado en 1981).

17. Un párrafo adicional, luego del inciso tercero, reza: "Los hermanos se deben recíprocamente aunque solo sean uterinos, consanguíneos o adoptivos los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico o moral, o por cualquier otra causa que no sea imputable al alimentista, no puede éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio." Artículo 143 del Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 562, conforme enmendado en 1979. El artículo 143 del Código Civil de Puerto Rico procede del anterior artículo 143 en el Código Civil de España, hoy artículo 144 (reformado en 1981).

18. 115 DPR 4, 12-13 (1983) (citas omitidas).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

alimentos, y siempre que el alimentante cuente con recursos para proveerlos. A diferencia de la obligación bajo el ejercicio de la patria potestad, el deber de proveer alimentos bajo el artículo del Código que regula los alimentos entre parientes —142 al 151 (31 LPRA sec. 561 a 570)— se basa en el estado de necesidad del hijo y depende de la condición económica del padre alimentante. Se distingue, además, en que la obligación es exigible cuando se demuestra la necesidad de alimentos del hijo y son reclamados judicialmente. Art. 147 (31 LPRA 566)."[19]

Legislación especial, recientemente aprobada,[20] remite al Código Civil para las disposiciones sobre alimentos, pues ordena que "(L)os padres e hijos, los cónyuges, los ex cónyuges y los parientes están obligados recíprocamente a ayudarse y sostenerse económicamente, según dispuesto en el Código Civil y en la jurisprudencia aplicable. Los padres de un menor de veintiún años son responsables de su manutención y el Tribunal podrá ordenarles pagar una suma justa y razonable por concepto de pensión alimenticia en la medida en que cada cual posea los medios suficientes o tenga la capacidad de ganar u obtener tales medios..."[21]

6. Concepto.

El Código Civil define los alimentos. Así, comprende "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, cuando es menor de edad." [22]

Beltrán de Heredia, con precisión sintética, nos enseña que "(P)or alimentos, en el campo jurídico, se entiende, no sólo la manutención de boca, sino todo lo que es necesario para satisfacer las necesidades de la vida..."[23]

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, refiriéndose al concepto de alimentos que recoge el Código Civil, ha expresado que "cubre todas las necesida-

---

19. *Ibidem*, pág. 13.
BELTRÁN de HEREDIA, Pablo y Onis, en su trabajo *La obligación Legal de Alimentos entre Parientes*, monografía de Derecho, tomo III, núm. 3, publicado por la Universidad de Salamanca, España, 1958, señala:
(i) Aludiendo a las obligaciones que emanan del núm. 1 artículo 155 del Código Civil que impone a los padres (que ejerzan la patria potestad) con respecto a hijos no emancipados el deber de alimentarlos, educarlos e instruirlos (colocado en aquella parte del Libro I sobre la patria potestad) y del artículo 143 (colocado en el Libro I en los alimentos entre parientes), dice: "son distintas las fuentes de ambas obligaciones alimenticias. La obligación de los padres de alimentar a sus hijos no emancipados tiene su fuente en el hecho de la generación y se configuran jurídicamente como un efecto personal de la patria potestad. Y ello con independencia de un estado de necesidad en el hijo..." (pág. 16).
(ii) "... el verdadero fundamento de la obligación de los padres de alimentar e instruir a sus hijos no emancipados teniéndolos en su compañía, está en el hecho de la generación como un efecto personal de la patria potestad." (Pág. 31).
(iii) "En realidad y en derecho estricto con la obligación alimenticia se tutela un interés privado, individual, que tiene su fundamento en el *derecho a la vida* configurado como un "derecho de la personalidad". ... "Entre estos derechos de la personalidad se encuentra el derecho a la vida y se encuentra en un lugar preeminente ya que... sin él no cabe la existencia ni el disfrute de los demás bienes. Y este derecho a la vida (es) el verdadero y único fundamento de la obligación alimenticia." (Pág. 33).

20. Ley Especial de Sustento de Menores, Ley núm. 5 del 30 de diciembre de 1986, LPRA 501 *et. seq.* (Supl.), enmendada por la Ley núm. 16 de 24 de abril de 1987 y por la Ley núm. 47 de 5 de agosto de 1989. Véase, SILVA-RUIZ, Pedro F., *Puerto Rico: Improving Child Support Obligations*, 26 The Journal of Family Law 169-170 (1987-88).

21. Artículo 4 de la Ley Especial de Sustento de Menores, 8 LPRA 503 (Supl.). Adviértase la última parte: la obligación no se satisface tan solo con los medios económicos que se posean, sino que, también, en la eventualidad de un desempleo intencionado (del alimentante) para no disponer de dichos medios de ingreso imputado de conformidad con la capacidad para devengar ingreso.

22. Artículo 142 del Código Civil, 31 LPRA 561. Procedencia: artículo 142 del Código Civil de España, que luego de las reformas al Libro I retuvo el mismo número.
El último párrafo del referido artículo 142 del Código Civil español, reformado en 1981, reza: "Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."
En ocasión del Curso de Perfeccionamiento para Jueces de Menores y de Familia, celebrado en San Juan, Puerto Rico, en junio de 1981, me referí al caso de *Pabón Tirado vs. Velázquez Tirado*, del Tribunal Superior, Sala de Carolina, donde la demandante "... solicita una pensión alimenticia para el concebido... La demandante reclama, además, los gastos prenatales y postnatales que conlleva su embarazo y alumbramiento más una pensión alimenticia provisional por un período razonable, mientras no pueda generar ingresos por sí misma, una vez ocurra el parto". El demandado voluntariamente reconoció ser el padre del hijo concebido por la demandante. El tribunal ordenó una cantidad de dinero para cubrir los gastos prenatales, medicinas y otros gastos incurridos por la demandante durante la gestación. Véase, SILVA-RUIZ, Pedro F. *Perspectivas Futuras en el Desarrollo del Derecho de Familia en Puerto Rico* (trabajo presentado en el Curso de Perfeccionamiento para Jueces de Menores y de Familia), citado, a las págs. 469-70 (1982).

23. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo III - volumen 2 (artículos 142 a 180), comentados por Pablo Beltrán de Heredia y Onis, et. al., Editorial Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, España, segunda edición revisada, 1982, pág. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

des básicas de un ser humano, tanto físicas como intelectuales. En el aspecto de educación e instrucción la duración de la obligación se ha limitado a la minoridad del alimentista, pero los tratadistas están de acuerdo en que los términos del Código no pueden entenderse en sentido tan absoluto y restringido de modo que si éste se ha iniciado en un oficio o carrera durante la minoridad, tiene derecho a exigir que el alimentante le provea los medios para terminarlo, aún después de haber llegado a la mayoridad." [24] Y, a renglón seguido, también señala que "(E)l concepto de alimentos cubre también los honorarios de abogado de los menores en una acción para reclamar alimentos, sin que sea necesario que el demandado actúe con temeridad al defenderse de la reclamación." [25]

7. Determinación de la cuantía de los alimentos: el Código Civil.

El artículo 146 del Código Civil dispone que "(L)a cuantía de los alimentos será proporcionada a los recursos del que los da y a las necesidades del que los recibe, y se reducirán o aumentarán en proporción a los recursos del primero y a las necesidades del segundo."[26]

Invocando la anterior disposición, el Tribunal Supremo ha dicho que "(E)ste principio de proporcionalidad (proporción entre el estado de necesidad del alimentista y la posibilidad económica del alimentante) responde a que la definición de alimentos del Art. 142 toma en consideración la posición social de la familia. Como consecuencia de este requisito de proporcionalidad la cuantía de los alimentos será aumentada o reducida a medida que aumenten o disminuyan ambos factores. Art. 146 (31 LPRA sec. 565); *Falcón vs. Cruz,* 67 DPR 530 (1947). El estado de necesidad no implica absoluta indigencia, sino que basta que lo sea con sus condiciones personales y sociales. La determinación de la posibilidad económica del alimentante se hará tomando en consideración los medios de que disponga luego de atender su propio sostenimiento..."[27] Esta doctrina ha sido consistentemente reiterada.[28]

Cuando la cuantía de la pensión alimenticia ha sido establecida mediante convenio o estipulación en un procedimiento de divorcio, su alteración o modificación "procederá solamente cuando exista un cambio sustancial en las circunstancias que dieron lugar u originaron el mismo. No basta cualquier cambio en las circunstancias, éste tiene que ser uno sustancial."[29]

Interesa destacar, en este momento, los siguientes criterios que, entre otros, la jurisprudencia ha establecido como válidos en la determinación de la cuantía de los alimentos:

1. "el estilo de vida que lleva el alimentante, su capacidad para generar ingresos, la naturaleza y cantidad de propiedades con que cuenta, la naturaleza de su empleo o profesión y sus otras fuentes de ingreso."[30]

2. "(T)anto contribuye a alimentar los hijos el padre que suministra con regularidad determinada suma de dinero, como la madre que con su labor y energía realiza el propósito y destino de la pensión

---

24. *Viera vs. Morell,* citado a la pág. 14. (Citas omitidas). Sobre el efecto tributario por dependiente universitario a los fines de contribución sobre ingresos, véase *Gotay vs. Secretario de Hacienda,* 88 JTS 149 (5 diciembre 1988) donde el Tribunal Supremo significa que la reforma contributiva "mantuvo el propósito de reconocer a los estudiantes universitarios como dependientes. Esto, además de promover una mayor preparación académica y profesional en nuestra ciudadanía, le da virtualidad a la obligación legal de los padres de proveer los medios económicos necesarios para la educación de sus hijos. *Key Nieves vs. Oyola Nieves,* 116 DPR 261 (1985)" (página 6481 de 1988 JTS).

25. *Ibídem.*

26. 31 LPRA 565. Procedencia: los anteriores artículos 146 y 147 del Código Civil de España que, luego de la redacción de 1981, corresponden a los mismos números.

27. *Viera vs. Morell,* supra, págs. 14-15.

28. *Ex Parte Negrón Rivera,* supra; a la pág. 5304 JTS se dice: "... los dictámenes sobre pensión alimenticia siempre están sujetos a cambio, según varíen las circunstancias de los alimentistas o del alimentante".

29. *Ex Parte Negrón Rivera,* supra; a la pág. 5305 JTS (citas omitidas). En este mismo caso, alude a jurisprudencia anterior y dice: "En *Ex Parte Valencia,*116 DPR 909 (1986), haciéndonos eco de estos principios resolvimos que una modificación del convenio relativo a la pensión alimenticia de hijos menores procede sólo, si a la luz de la *nueva prueba* presentada por el peticionario, se demuestra que éste ha sufrido cambios que afecten su capacidad para proveer alimentos. En casos de pensiones alimenticias de menores, tanto el tribunal, como los abogados, deben indicarle a las partes que una vez aceptadas las estipulaciones por el tribunal, las mismas solo se modificarán cuando se le demuestre al tribunal que verdaderamente ha ocurrido un cambio sustancial que afecte la capacidad del alimentante para proveer los alimentos o las necesidades de los alimentistas".

30. *López vs. Rodríguez,* 88 JTS 40 (15 abril 1988), pág. 5696 JTS.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

al preparar y servir la comida a sus hijos, al mantener la casa limpia y ordenada, al llevarlos a la escuela para su educación, y al médico si se enferman..."[31] Dicho de otra manera, la ex esposa y madre tiene derecho a que se le reconozca, como su aportación, o parte de ésta, al sustento de sus hijos, el trabajo que realiza en el hogar, así como el cuido y vigilancia de dicha progenie.[32]

¿Cómo valorar la aportación no monetaria al determinar (calcular el monto) cantidad que cada progenitor —padre y madre— contribuirá a la pensión alimenticia de sus hijos? El Secretariado de la Conferencia Judicial de Puerto Rico ha indicado que "(E)l problema de la decisión (refiriéndose a *Mundo vs. Cervoni*) es que no da indicaciones sobre la forma de valorar esa aportación. Cabe señalar que las sugerencias que se han ofrecido para casos de daños y perjuicios podrían ser de utilidad al respecto. Véase J. Yale, "The Valuation of Household Services in Wrongful Death Actions", *34 University of Toronto* 283 (1984)."[33]

III. LEY ESPECIAL DE SUSTENTO DE MENORES

8. Consideraciones generales.

Interesa, en primer lugar, destacar dos situaciones incontrovertidas. La primera de ellas es "la lentitud en el procesamiento judicial de casos de pensiones alimenticias. Es alarmante."[34]

La segunda situación aparece descrita, con toda elocuencia, en la Ley Especial de Sustento de Menores. Es la siguiente:

> El abandono de las obligaciones para con sus hijos, por parte de uno o ambos padres, es consecuencia del continuo deterioro de los valores sociales que culmina en la desintegración de la unidad familiar. Las estadísticas demuestran que la tasa de divorcios se ha duplicado a partir de 1960, quedando por ello una gran cantidad de niños con sólo un padre en el hogar. En la década pasada aumentaron en un 97 por ciento los hogares encabezados y sostenidos por solo uno de los padres, de los cuales 90 por ciento eran mujeres.
>
> Entre los años de 1970 al 1979 el nacimiento de hijos fuera del matrimonio aumentó en un 50 por ciento y se estima que un 40 por ciento de los matrimonios contraídos durante 1980 terminarán en divorcio.
>
> La familia encabezada y sostenida por un solo padre, casi siempre la mujer, se ha convertido en un factor nuevo, alarmante y particularmente significativo en las estadísticas nacionales de elevada pobreza...
>
> ...las estadísticas del Programa de Asistencia Económica demuestran que más del 60 por ciento de los padres ausentes no cumplen con sus obligaciones de proveer regularmente el sustento a sus hijos... Cuando el Estado se hace responsable de alimentar a los menores, es notable la dejadez de los parientes legalmente responsables en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones de sustento.[35]

---

31. *Mundo vs. Cervoni,* 84 JTS 41 (15 mayo 1984), pág. 3595 JTS; 115 DPR 422 (1984). Es de rigor advertir que para que la madre pueda reclamar su trabajo, como contribución al sostenimiento de los hijos, ella ha de realizar el trabajo hogareño y no puede pagar a otras personas por esa tarea.

32. En igual sentido, la doctrina española opina que "(L)a determinación de la contribución de los progenitores a la prestación de los alimentos a la prole deberá conmensurarse para ser determinada en función de los medios de ambos y las necesidades de los hijos (cfr. art. 146 Cc.), estableciéndose la contribución de cada uno de ellos —dentro de la que parece justo que se compute el trabajo de dedicación a los hijos, en su caso (arg. art. 103, 3a., *in fine,* Cc.)— en proposición (sic; ¿proporción?) a sus respectivos haberes (cfr. art. 145, Cc.)" Lacruz Berdejo, et. al., *El nuevo régimen de la familia. I Matrimonio y divorcio,* Civitas, Madrid, España, 1982, pág. 355.

33. Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial, *Apuntes sobre procedimientos judiciales en torno a la familia,* citado, pág. 189.

34. *Martínez vs. Rivera,* 85 JTS 15 (6 de marzo de 1985, pág. 3869 JTS). En los *Apuntes sobre procedimientos judiciales en torno a la familia,* citado, pág. 28, se señala que durante el año fiscal 1983-84 se presentaron 31,844 casos de relaciones de familia (cifras preliminares). Se estima que "(S)i los incidentes post sentencia fueran el doble de los casos presentados como se estima por los jueces entrevistados, estaríamos hablando de un total de 63,688 incidentes." En nota al pie de página se informa que "la totalidad de casos civiles presentados en el Tribunal Superior, incluyendo los casos de relaciones de familia sumaron 89,405".
La Ley Especial de Sustento de Menores ha creado procedimientos rápidos y económicos para garantizar el pago de las pensiones alimenticias a menores de edad, particularmente los niños abandonados. Entre otros, véase, Eddie Ríos Benítez, *La retención de ingresos bajo la Ley de Sustento de Menores: una reseña y varios comentarios,* Revista de Derecho Puertorriqueño, año 27, núm. 102, febrero-junio 1988, págs. 255-306 y estudio citado más adelante de otro autor (a).

35. Exposición de Motivos de la Ley Especial de Sustento de Menores, Ley núm. 5 de 30 de diciembre de 1986, 8LPRA 501 (Supl.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

9. Antecedentes.

El Título IV-D de la Ley de Seguridad (Seguro) Social Federal de 1935, conocido como el "Child Support and Establishment of Paternity",[36] fue enmendado en 1984.[37] Las enmiendas aprobadas en 1984 tienen como propósito fortalecer y agilizar los sistemas de determinación, recaudación y distribución de las pensiones alimenticias de niños, particularmente los abandonados por uno o ambos progenitores, así como recobrar los fondos públicos utilizados para alimentar a los menores de edad. [38]

Con el propósito de que Puerto Rico participe de los fondos federales asignados mediante el referido Título IV-D, el 30 de diciembre de 1986 se aprobó la Ley Especial de Sustento de Menores. [39]

10. Determinación y modificación de la pensión alimenticia.

Es de particular atención y examen en este ensayo la singular disposición de la referida legislación especial que hace mandatoria la utilización de unas guías que, basadas sobre criterios objetivos y numéricos (cuantificables), permitan el cómputo de la cuantía a la cual asciende la pensión alimenticia para menores de edad. Nos referimos al artículo 19 de la Ley Especial de Sustento de Menores. [40]

Una breve cronología histórica de la anteriormente referida disposición legal es conveniente para su cabal comprensión.

La sección 18 de la legislación federal conocida como "Child Enforcement Amendments of 1984" [41] enmendó la sec. 467 del Título IV-D de la Ley de Seguridad Social Federal para que rece:

> Sec. 467 (a) Cada Estado, como condición para la aprobación de su Plan Estatal, establecerá guías para la adjudicación-concesión de pensiones alimenticias para menores (child support award amounts) en ese Estado. Las guías podrán ser establecidas por ley o acción judicial o administrativa.
>
> (b) Las guías establecidas en virtud de la subsección (a) deberán estar disponibles a todos los jueces y otros funcionarios facultados para determinar pensiones alimenticias en el Estado, pero no serán vinculantes para dichos jueces u otros funcionarios.
>
> (c)... y cada Estado suministrará al Secretario copia de sus guías. [42]

Esta particular disposición entró en vigor el 1 de octubre de 1987. Las guías estarían disponibles el 1 de enero de 1988.

La Ley núm. 5 de 30 de diciembre de 1986 —conocida como Ley Especial de Sustento de Menores (de Puerto Rico)— en su artículo 19 dispuso varios de los factores a considerarse en la determinación y modificación de pensiones alimenticias. Reza así:

> Artículo 19. Determinación y modificación de la pensión alimenticia.
>
> La pensión alimenticia se determinará luego de considerar todos los factores pertinentes, incluyendo: (1) los recursos económicos de los padres y del menor; (2) la salud física y emocional del menor, y sus necesidades y aptitudes educacionales o vocacionales; (3) el nivel de vida que hubiera disfrutado el menor si la familia hubiera permanecido intacta; (4) las consecuencias contributivas para las partes, cuando ello sea práctico y pertinente, y (5) las contribuciones no monetarias de cada padre para el cuidado y bienestar del menor.
>
> Para la determinación de los recursos económicos del obligado a pagar una pensión alimenticia, se tomará en consideración, en adición al ingreso neto ordinario, el capital o patrimonio total del alimentante.
>
> La modificación de los acuerdos o de las sentencias, resoluciones u órdenes sobre pensiones alimenticias procederá solamente en los casos en que ocurran cambios significativos o imprevistos en las circunstancias de alguna de las partes o cuando se desconociera de la parte pertinente, aunque no por culpa de la parte perjudicada por tal desconocimiento, al momento de adoptar el acuerdo o de dictarse la sentencia, resolución u orden. [43]

---

36. P.L. 93-647 del 4 de enero de 1975, Parte B, enmienda la Ley de Seguridad Social Federal, y le adiciona un Título IV-D, 88 Stat. 2351 y siguientes. Véase 42 USC 651 *et. seq.* Para una nota sucinta sobre el desarrollo histórico de la Ley de Seguridad Social Federal, 42 USC 1305.

37. P.L. 98-378 del 16 de agosto de 1984, conocida como "Child Support Enforcement Amendments of 1984", 98 Stat. 1305 y siguientes. Véase 42 USC 651 *et. seq.*

38. Michael E. Baker, *Update on Title IV-D*, American Journal of Family Law, vol. 1, Nº 3, Fall 1987, págs. 393-397.

39. 8LPRA 501 (Supl.) La ley es de aplicación en todos los casos de pensión alimenticia para menores de edad, independientemente de que esté envuelto o no el Programa de Sustento de Menores, u otros programas de asistencia social, del Departamento de Servicios Sociales del Gobierno de Puerto Rico, u otra agencia gubernamental.

40. 8LPRA 518 (Supl.) , enmendado el 5 de agosto de 1989.

41. P.L. 98-378 de 16 de agosto de 1984, 98 Stat. 1305, 1321.

42. 42 USC 667 (Supl.).

43. Leyes y Resoluciones de Puerto Rico, Décima Asamblea Legislativa, Segunda Sesión Ordinaria, 1986, págs. 769-770; 8LPRA 518 (Supl.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Un año más tarde, la Ley núm. 16 de 24 de abril de 1987 enmendó varios de los artículos de la referida Ley Especial de Sustento de Menores, entre ellos el 19, pero sin alterar los factores a considerarse en la determinación y modificación de pensiones alimenticias. Lee así:

> Artículo 19. Determinación y modificación de la pensión alimenticia.
>
> Los pagos por concepto de pensiones alimenticias y de aumentos en las mismas serán efectivos desde la fecha en que se radicó la petición de alimentos. Bajo ninguna circunstancia el Tribunal reducirá la pensión alimenticia sin que el alimentante haya radicado una petición a tales efectos, previa notificación al alimentista o acreedor. La reducción de la pensión alimenticia será efectiva desde la fecha en que el Tribunal decida sobre la petición de reducción. Todo pago o plazo vencido bajo una orden de pensión alimenticia emitida a través del procedimiento expedito o a través del procedimiento judicial ordinario, constituye desde la fecha de su vencimiento una sentencia para todos los efectos de ley y por consiguiente, tendrá toda la fuerza, efectos y atributos de una sentencia judicial, incluyendo la capacidad de ser puesta en vigor, acreedora a que se le otorgue entera fe y crédito en Puerto Rico y en cualquier Estado y no estará sujeta a reducción retroactiva en Puerto Rico ni en ningún Estado, excepto que en circunstancias extraordinarias el Tribunal podrá hacer efectiva la reducción a la fecha de la notificación de la petición de reducción al alimentista o acreedor. No se permitirá la reducción retroactiva del monto de la deuda por concepto de las pensiones alimenticias devengadas y no pagadas.
>
> La modificación de los acuerdos o de las sentencias, resoluciones u órdenes sobre pensiones alimenticias procederá solamente en los casos en que ocurran cambios significativos o imprevistos en las circunstancias de alguna de las partes o cuando se desconociera información pertinente, aunque no por culpa de la parte perjudicada por tal desconocimiento, al momento de adoptar el acuerdo o de dictarse la sentencia, resolución u orden. Bajo ninguna circunstancia se modificará una pensión alimenticia dentro del procedimiento para objetar la retención en el origen de ingresos del alimentante, conforme dispone el artículo 24, incisos 3 (b) y (4) de esta ley. [44]

El 13 de octubre de 1988 se aprueba la Ley Pública 100-485, conocida como el "Family Support Act of 1988". [45] La misma enmienda la sec. 467 del Título IV-D de la Ley de Seguridad Social Federal para que rece:

> Sec. 467 (a) Cada Estado, como condición a la aprobación de su Plan Estatal, establecerá guías para la adjudicación (concesión de pensiones alimenticias para menores de edad) en ese Estado. Las guías podrán ser establecidas por ley o acción judicial o administrativa *y deberán revisarse por lo menos una vez cada cuatro años para asegurar que su aplicación resulte en la determinación de pensiones alimenticias apropiadas* (lo subrayado fue adicionado).
>
> (b) Disponibilidad de las guías; su naturaleza vinculante.
>
> (1) Las guías establecidas en virtud de la subsección (a) de esta sección deberán estar disponibles a todos los jueces y otros funcionarios con facultad para determinar pensiones alimenticias para menores en ese Estado (adviértase que se eliminó la frase: "pero no serán vinculantes para dichos jueces u otros funcionarios").
>
> (2) En todo procedimiento, judicial o administrativo, para la adjudicación de pensión alimenticia para menores, habrá una presunción controvertible de que la cantidad de la pensión que resulte de la aplicación de dichas guías es correcta. Una determinación escrita o determinación específica en el expediente de que la aplicación de las guías resultaría injusta o inapropiada en el caso particular será suficiente para controvertir la presunción en ese caso. (Todo este inciso fue adicionado). [46]

La misma ley ordenó que esta sección entrara en vigencia un año después de aprobada la misma. Como la misma fue sancionada el 13 de octubre de 1988, esta sección comenzará a regir el 13 de octubre de 1989.

Con el propósito de cumplir con dicha legislación federal, el 28 de abril de 1989 se presentó ante la Asamblea Legislativa de Puerto Rico un proyecto de administración, [47] que finalmente se convierte en la Ley núm. 47 de 5 de agosto de 1989.

Esta Ley enmienda nuevamente el artículo 19 de la Ley Especial de Sustento de Menores. Dicho artículo, según enmendado, ordena:

Artículo 19. Determinación y Modificación de la Pensión Alimenticia.

1. El Departamento de Servicios Sociales, en coordinación y consulta con el Director Administrativo de la Oficina de la Administración de Tribunales y con el Secretario de Justicia, preparará y adoptará guías para determinar y modificar las pensiones alimenticias para menores de edad. Estas guías se

---

44. Los primeros dos párrafos de la ley original, de 1986, no fueron alterados. Se añadió a dicho artículo 19 un extenso tercer párrafo y el tercer párrafo de la ley original fue enmendado y quedó como cuarto párrafo del artículo 19, según enmendado.
Leyes y Resoluciones de Puerto Rico, Décima Asamblea Legislativa, Tercera Sesión Ordinaria, 1987, págs. 43-44; 8 LPRA 518 (Supl.).

45. 102 Stat. 2343.

46. 42 USC 667 (Supl.).

47. P. de la C. 641 y P. del S. 498 (presentados en ambas cámaras legislativas el 28 de abril de 1989).
El 30 de mayo de 1989, en comunicación dirigida a los Jueces del Tribunal de Primera Instancia (De Distrito y Superiores), Jueces Municipales y Oficiales Jurídicos, el Lic. Arturo Cintrón García , Asesor Jurídico del Instituto de Estudios Judiciales, advertía sobre la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aprobarán de conformidad con las disposiciones de la Ley núm. 170 de 12 de agosto de 1988. Las guías deberán estar basadas en criterios numéricos y descriptivos que permitan el cómputo de la cuantía de la obligación alimenticia. Las mismas serán revisadas cuando menos cada cuatro años a partir de la fecha de su aprobación para asegurar que las pensiones alimenticias resultantes de su aplicación sean justas y adecuadas. El Departamento de Servicios Sociales asumirá y responderá de los gastos en que se incurran en la preparación, adopción e impresión de las guías.

A partir del 13 de octubre de 1989, en todo caso en que se solicite la fijación o modificación de una pensión alimenticia, será mandatorio que el tribunal determine el monto de la misma utilizando para ello las guías adoptadas a tenor con lo dispuesto en el párrafo anterior.

Se presumirá que la pensión alimenticia resultante de la aplicación de las guías es justa y adecuada. Dicha presunción podrá ser controvertida por cualquiera de las partes utilizando los criterios establecidos por el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Si, a base de la evidencia presentada para rebatir la presunción, el tribunal determinara que la aplicación de las guías resultaría en una pensión alimenticia injusta o inadecuada, así lo hará constar en la resolución o sentencia que emita y determinará la pensión alimenticia luego de considerar, entre otros, los siguientes factores: (1) los recursos económicos de los padres y del menor; (2) la salud física y emocional del menor, y sus necesidades y aptitudes educacionales o vocacionales; (3) el nivel de vida que hubiera disfrutado el menor si la familia hubiera permanecido intacta; (4) las consecuencias contributivas para las partes, cuando ello sea práctico y pertinente; y (5) las contribuciones no monetarias de cada padre para el cuidado y bienestar del menor.

Sección 2. Esta Ley entrará en vigor inmediatamente después de su aprobación a los efectos de que se adopten las guías señaladas en el artículo 1 de esta Ley, pero su aplicación en todo caso de fijación y modificación de una pensión alimenticia será mandatoria a partir del 13 de octubre del 1989.

Por su particular importancia e impacto, conviene resumir, brevemente, y aunque pudiera parecer repetitivo, las disposiciones consagradas en el trascendental artículo 19 de la Ley Especial de Sustento de Menores, conforme enmendado en 1989. Dicho artículo: (1) hace mandatorio el uso y la aplicación de guías, basadas en criterios objetivos y numéricos (cuantificables), para la determinación y modificación del monto de las pensiones alimenticias; (2) establece la presunción controvertible de que la cantidad establecida como pensión alimenticia, al utilizarse las guías para su determinación, es justa y será, por tanto, concedida; (3) dispone que esa presunción puede ser controvertida por evidencia presentada con ese propósito ante el tribunal, lo que hará constar expresamente en la resolución dictada imponiendo determinada pensión, para lo cual considerará, entre otros, los factores que se mencionan en la ley y (4) las guías serán revisadas por lo menos cada cuatro años para garantizar que su aplicación propicie pensiones alimenticias adecuadas.

En la ponencia escrita, ante la Comisión de Desarrollo Social y Cultural del Senado de Puerto Rico, recomendando la aprobación del proyecto de ley [48] —que más tarde se convirtiera en la Ley núm. 47 de 5 de agosto de 1989— la Secretaría del Departamento de Servicios Sociales significaba:

> Los criterios establecidos en las disposiciones de ley... (vigentes hasta el momento) son ciertamente subjetivos, por lo cual podemos señalar que la metodología usada por los tribunales de Puerto Rico para determinar la cuantía de la pensión alimenticia está basada en la discreción judicial. Estudiosos del asunto opinan que dicha subjetividad da margen para que ocurran inconsistencias entre las salas de un tribunal y otro e inequidad para las partes envueltas.
>
> En Puerto Rico, la inexistencia de guías o criterios económicos mandatorios para la fijación de pensiones alimenticias para menores propicia, entre otros, lo siguiente: (a) desigualdad en las pensiones alimenticias fijadas a alimentantes que se encuentran en igual situación económica; (b) carencia de una base económica confiable que sirva de guía al juzgador y carencia de uniformidad en las decisiones que, sobre este asunto,

---

enmienda a la Ley de Sustento de Menores para cumplir con la "Family Support Act of 1988" (P.L. 100-485 de 13 de octubre de 1988). Conveniente es señalar que con fecha 23 de mayo de 1989, el Lic. Rafael Torres Torres, Director del Instituto de Estudios Judiciales, en comunicación dirigida a los Jueces de Relaciones de Familia (Jueces Superiores), Jueces del Tribunal de Distrito, Jueces Municipales y Examinadores de Pensiones Alimenticias, advertía sobre las facultades de los jueces para fijar pensiones alimenticias. Concluyó que es a los Jueces Superiores (Jueces de Relaciones de Familia) a quienes corresponde fijar pensiones alimenticias para menores de edad, luego de analizar aparentes conflictos con otras disposiciones de ley.

48. P. del S. 498.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

emiten los Tribunales de Puerto Rico; (c) falta de orientación a los alimentistas sobre la cantidad que razonablemente deberán esperar recibir por concepto de pensión alimenticia, así como a los alimentantes sobre la cantidad que razonablemente deberán esperar pagar. [49]

El Director Administrativo de los Tribunales, en sus comentarios al proyecto de ley, aludiendo al carácter mandatorio de las guías para los tribunales en la determinación de la cuantía de pensión alimenticia, significaba que "(E)l cumplimiento con este requisito puede representar una lesión a la discreción judicial, provocada por la necesidad de cumplir con los requisitos federales para el recibo de fondos para sufragar el Programa de Sustento de Menores y el Programa de Ayuda a Familias con Niños Dependientes que administra el Departamento de Servicios Sociales".[50]

A mi juicio, la exigencia de aplicación de unas normas en la determinación, por los tribunales, de la pensión alimenticia no lesiona la discreción judicial. Por el contrario, la robustece al reducir la utilización y recurrencia a criterios subjetivos en dichas adjudicaciones.

IV. LAS GUÍAS, BASADAS EN CRITERIOS NUMÉRICOS, PARA LA DETERMINACIÓN Y FIJACIÓN O MODIFICACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS PARA MENORES DE EDAD EN PUERTO RICO

11. Las guías discrecionales.

En consideración a la legislación federal conocida como "Child Support Enforcement Amendments of 1984", que enmendó la sec. 467 del Título IV-D de la Ley de Seguridad Social Federal, Puerto Rico preparó un *Modelo de guías para determinar pensiones*

---

49. ZAYAS, Carmen Sonia, Ponencia, en las vistas públicas del Senado de Puerto Rico en torno al P. del S. 498, a las páginas 4, 5, de un escrito de 11 páginas.
En la ponencia del Secretario de Justicia, de fecha 24 de mayo de 1989, y en torno al P. del S. 498, se recomienda: "Aunque de la ley (aludiendo al 'Family Support Act of 1988') surge que es necesario disponer mediante acción legislativa el uso y aplicación mandatorio de las guías, no dispone que las guías deben incluirse en la legislación que se adopte. Estas guías pueden adoptarse administrativamente. Resulta conveniente que se adopten administrativamente ya que a tenor con la ley federal deberán revisarse cada cuatro años." "La legislación federal también requiere que se establezca la presunción controvertible de que la pensión resultante de la aplicación de las guías es justa y adecuada. Esta presunción podrá rebatirse si surge de las conclusiones de hechos basados en el record que la pensión resultante de las guías es inapropiada o injusta, a tenor con los criterios establecidos por el Estado." (Pág. 3, de una ponencia, en forma de carta, que tiene un total de 4 páginas).

50. Carta del señor René Arrillaga Beléndez, de fecha 22 de mayo de 1989, dos (2) páginas, comentando el P. del S. 498, a la pág. 2.
Véase, además, carta dirigida, con fecha 14 de julio de 1989, al Asesor del Gobernador para Asuntos Legislativos, por el Director Administrativo de los Tribunales, interino (señor Rivera Sánchez), comentando el P. de la C. 641 (equivalente al P. del S. 498), 2 páginas. Entre otros, señala que el último párrafo de la sec. 1 —de la hoy Ley 47 de 5 de agosto de 1989— "indica que se presumirá que la pensión alimenticia resultante de la aplicación de las guías es justa y adecuada y que la misma podrá ser controvertida por cualquiera de las partes utilizando los criterios establecidos por el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La medida propuesta no precisa quién establecerá los criterios ni cuáles son, lo cual, entendemos, creará dificultades en la aplicación de las guías. De entenderse que los criterios que deben guiar al juzgador para determinar que la presunción fue controvertida, son los que las disposiciones de ley y la jurisprudencia han establecido como criterios a considerar al calcular una pensión alimenticia, los mismos se enumeran en el artículo 19 que se pretende enmendar. Estos son los factores a considerar para determinar pensión alimenticia, una vez el juzgador decide no aplicar las guías." (1ª página).
Además comenta la disposición, en el mismo último párrafo de dicha sec. 1 de la Ley 47 de 5 de agosto de 1989, sobre la presunción que se crea y la manera de rebatir dicha presunción, recordando la legislación federal pertinente, 42 USC 667 (b) (2). Señala al efecto: "La Regla 301 de las Reglas Federales de Evidencia establecen que en los casos civiles la parte afectada por una presunción sólo tiene que presentar evidencia en apoyo de la no existencia del hecho presumido para rebatir la presunción, pero el peso de la prueba no se cambia y permanece en la parte que originalmente la tenía. En Puerto Rico la Regla 14 de las Reglas de Evidencia, 32 LPRA, Ap. IV, R. 14, en cuanto al efecto de las presunciones a los casos civiles impone una carga más onerosa que la que impone la referida Regla 301 a la parte que presenta prueba para rebatir la presunción e indica que 'Si se presenta evidencia en apoyo de la determinación de la no existencia de tal hecho, la parte que interesa rebatir la presunción debe persuadir al juzgador de que es más probable la no existencia que la existencia del hecho presumido.' Sería conveniente que la medida exprese el efecto que tendrá la presunción en el trámite del caso." (2da página de dos).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

alimenticias en Puerto Rico. [51] El mismo fue remitido a todos los jueces y examinadores de pensiones alimenticias el 31 de diciembre de 1987,[52] con la recomendación de que "estas guías sean utilizadas en todos aquellos casos en que se solicite el establecimiento o modificación de las pensiones alimenticias. *Estas guías no tienen carácter obligatorio* y en forma alguna intentan menoscabar la discreción judicial que les ha sido conferida".[53]

Es conveniente significar que la ley federal tan solo ordenó preparar unas guías, cuantificables y objetivas, de aplicación uniforme, para la determinación y modificación de la cantidad a satisfacerse en carácter de pensión alimenticia. Quedó a la discreción de cada jurisdicción estatal, así como de Puerto Rico y otros territorios, desarrollar el particular enfoque económico y modelo para establecer la fórmula a utilizarse en la fijación de la cuantía a satisfacerse como pensión alimenticia.

A la promulgación del *Modelo* aludido en el párrafo anterior la precedieron dos estudios. El primero de ellos, *Modelo para fijar pensiones alimenticias en Puerto Rico: Informe Final.* [54] El segundo documento es el *Informe del Comité de estudio para*

---

51. Documento del Tribunal General de Justicia, Oficina de Administración de los Tribunales, diciembre 1987, 11 páginas numeradas, más Tabla(s) y Guía(s) para Asignación de Manutención Mensual (24 págs.) y varios formularios.

52. Circular núm. 8, año fiscal 1987-88, 31 de diciembre de 1987, del Director Administrativo de los Tribunales, dirigida a todos los jueces y examinadores de pensiones alimenticias, acompañándoles el "Modelo de Guías para determinar pensiones alimenticias en Puerto Rico". La Circular tiene 2 págs. y el documento Anejo es el descrito en la nota precedente.

53. *Ibídem,* pág. 2 de la Circular (subrayado nuestro).

54. Preparado por la señora Edmé Ruiz Torres, diciembre 1987, 72 páginas, más varios apéndices, mediante contrato con la Oficina de Administración de los Tribunales.
Este documento consiste de seis partes.
La Primera Parte se denomina "Marco de Referencia". Se afirma que "(E)n 1970, el 59,6% de las familias vivía bajo el nivel de pobreza que estaba fijado en $4,412 para una familia de cuatro miembros. En 1980, diez años más tarde, el 58% de las familias en Puerto Rico todavía vivían bajo el nivel de pobreza que se fijó en $7,412 para una familia de cuatro miembros. Si la composición de esa familia era de dos niños menores de 18 años y dos adultos, el nivel de pobreza se fijó en $7,356" (pág. 1). También se indica la alta incidencia de divorcios. "A partir de 1978 ocurre un dramático aumento en los divorcios registrándose un (1) divorcio por cada dos (2) matrimonios, situación que continúa hasta el 1984" (pág. 7). Esto conlleva, en unión a otros factores, un aumento en la incidencia de menores de edad, que viven con un solo progenitor; muchas veces, la madre. Significativo, además, es que en el ingreso personal de los empleados hay un alto por ciento de transferencias federales.
La Segunda Parte consiste de la metodología para "el desarrollo de unas guías para ser utilizadas en la fijación de pensiones alimenticias en Puerto Rico" (pág. 10). "Cada juez desarrolla su propio método, el cual aplica consistentemente en su jurisdicción. Sin embargo, el método seguido por un juez en particular no guarda relación con la forma en que otro juez descarga su responsabilidad en asuntos y situaciones similares. Aunque existen criterios que se toman en consideración en todas las salas (del Tribunal Superior, Relaciones de Familia, que enumera en el Apéndice C), el método aplicado por un juez no necesariamente toma en consideración las variables que otro juez estime conveniente considerar." (Pág. 11) concluye que "(L)a metodología para determinar la cuantía de la pensión alimenticia basada en la discreción judicial da margen para que ocurran inconsistencias entre las salas de un tribunal a otro. Las decisiones en cuanto a pensiones alimenticias se refiere, responden mayormente al criterio personal del juez que preside la sala en donde se desarrolla la vista". (Pág. 11).
En la copilación de la data, la analista señala que algunas fuentes de información están atrasadas. Pudo poner al día alguna data, pero no otra. La Tercera Parte del documento significa que "(E)n Estados Unidos existen tres modelos conceptuales que se han utilizado en el desarrollo de fórmulas para ser utilizadas como guías en la fijación de pensiones alimenticias. Estos modelos son los siguientes: 1. *Distribución del costo o costo compartido.* Este modelo consiste de la identificación y el cálculo de las necesidades mínimas de los niños, basadas en los estimados de gastos actuales de una vivienda. La cantidad así obtenida se divide entre ambos padres de acuerdo con la proporción que representa el ingreso de cada cual del ingreso combinado de ambos. 2. *Ingresos compartidos.* En este enfoque se adjudica una proporción del ingreso del padre alimentante para el sustento del niño o niños alimentistas. La proporción varía de acuerdo con el número de niños, con la edad y/o con el nivel de ingresos del padre. Este enfoque utiliza el ingreso bruto con el nivel de ingresos del padre. Este enfoque utiliza el ingreso bruto o el ingreso neto del padre. 3. *Igualdad del ingreso.* Bajo este enfoque, la carga económica que resulta de la disolución del vínculo matrimonial, se distribuye equitativamente entre ambos padres. Para equiparar el nivel de vida en los dos hogares se atribuye un ingreso a cada padre en cada hogar basándose en el número de personas en el hogar."
"Existen también combinaciones de los tres enfoques. El primer modelo no se ha implantado en ningún Estado. El segundo modelo ha sido utilizado en las fórmulas de Washington..., Wisconsin..., Minnesota... y en Illinois... Una combinación del primero y segundo modelo se encuentra en la fórmula de Delaware (Delaware Melson Formula). El tercer modelo no ha sido utilizado en ningún Estado..." (págs. 28-19).
Se concluye que "(N)inguna de las fórmulas existentes en Estados Unidos aplicaba a Puerto Rico, toda vez que existía la limitación de datos necesarios para su aplicación." (Pág. 29).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la adopción de guías para establecer pensiones alimenticias en Puerto Rico, [55] que consiste en una evaluación del primer documento, su aprobación, y recomendación de que se adopte el modelo propuesto.

12. Análisis crítico de las guías (discrecionales).

El *Modelo de Guías para determinar pensiones alimenticias en Puerto Rico,* [56] adoptado por la Oficina de Administración de los Tribunales, "consiste de una ecuación algebraica simple, como sigue:

"Y = A + X (B + D + E); donde:

"Y = pensión alimenticia pagadera por el alimentante;

"A = sostén u obligación básica al menor según determinado por un procedimiento y una tabla que se explicará más adelante;

"X = proporción del ingreso neto disponible del padre alimentante al ingreso neto disponible combinado de ambos padres;

"B = gasto de cuidado de los niños en que incurra el padre custodio para poder devengar un ingreso;

"C = gastos en educación = matrícula y mensualidad del colegio;

"D = la mitad de la renta de la vivienda donde residen los niños;

"E = otros gastos extraordinarios necesarios y razonables no contemplados en las categorías anteriores."[57]

En atención a esa ecuación, un estudioso concluye que "la pensión alimenticia pagadera por el alimentante consiste de dos elementos: (1) (U)na cantidad para cubrir los gastos básicos mínimos del menor la cual se determina por una tabla general de valores; y (2) (U)na aportación para gastos adicionales cuya cuantía se establece a base de la proporción del ingreso del padre alimentante al ingreso total combinado de ambos padres". [58]

Un análisis crítico del *Modelo de Guías* referido concluye que el mismo "no cumple los propósitos

---

Procede el documento a explicar el "Modelo de Puerto Rico" para fijar pensiones alimenticias, pág. 29 y ss. "Se seleccionó el ingreso neto disponible como el ingreso base a considerar para aplicar la proporción que se requiere para contribuir a la manutención de un niño, debido a que es el ingreso que más fielmente representa la habilidad económica del padre para sufragar los gastos del alimentista..." (Pág. 30).

"La fórmula de Puerto Rico explícitamente no toma en consideración el ingreso del padre custodio para determinar la pensión alimenticia. Sin embargo, se parte de la premisa de que el niño alimentista requiere la misma proporción del ingreso neto de cada uno de sus padres para su sostenimiento. La responsabilidad alimenticia de ambos padres se calcula por separado." (Pág. 32).

Para un estudio exhaustivo sobre los factores a considerarse y la metodología a desarrollarse en la preparación de las guías, incorporando criterios numéricos, para la determinación de pensiones alimenticias para menores de edad, véase *Development of Guidelines for Child Support Orders: Advisory Panel Recommendations and Final Report,* U.S. Department of Health and Human Services, Office of Child Support Enforcement, sept. 1987, integrado por tres partes y preparado bajo contrato con la agencia federal por los autores. Además, véase Robert G. Williams, *Child Support Guidelines: Economic Basis and Analysis of Alternative Approaches,* june 1987, pág. 27.

55. Comité nombrado por la Oficina de Administración de los Tribunales. El Informe es de diciembre de 1987, 28 págs. numeradas, más varios apéndices.

A las páginas 15-16, dice el Comité: "Luego de analizar el informe sometido por la Sra. Edmé Ruiz, el Comité aprobó su recomendación en cuanto al modelo para determinar pensiones alimenticias. Por tanto, *el Comité recomienda que en Puerto Rico se adopte dicho modelo, el cual combina el modelo conceptual de distribución de costo y el de compartir los ingresos.* El mismo considera los gastos de los menores establecidos como un promedio nacional de gastos mínimos determinado a base del número de menores dependientes y la edad de éstos. El modelo recomendado asigna un por ciento del ingreso neto del alimentante a ser destinado como pensión alimenticia para cubrir gastos mínimos del menor. A esta cantidad mínima se sumarán tres renglones de gastos que no fueron incluidos en la cantidad mínima que son los siguientes: a. Renta o mensualidad pagada por la vivienda; b. Gastos de educación privada; c. Pago de cuidado de niños. Estas tres partidas se considerarán separadamente en los casos en que se reclamen y evidencien, por las siguientes razones: 1. Son gastos que varían dependiendo de cada caso: nivel socioeconómico y posibilidades económicas de cada padre. El renglón de la vivienda varía en forma sustancial de un lugar a otro en Puerto Rico. 2. Son gastos cuya razonabilidad debe ser evaluada por el Tribunal en forma individual a la luz de las posibilidades de pago de cada padre. 3. Son gastos que deberán prorratearse entre ambos padres a base de la proporción que representa el ingreso de cada uno, de sus ingresos combinados". (Subrayado nuestro).

56. Ver anteriores dos notas. Igualmente ver la nota 51.

57. TORRES PERALTA, Sarah, *La Ley Especial de Sustento de Menores y el Derecho de Alimentos en Puerto Rico,* 49 Revista Colegio de Abogados de Puerto Rico 206 (1988), citando y reproduciendo *ad verbatim,* un análisis del *Modelo de Guías* preparado por el economista, Dr. Eliézer Curet Cuevas.

58. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para los cuales se diseñó debido a las siguientes deficiencias:

"1. No toma en consideración todos los criterios establecidos por ley para la fijación de pensiones alimenticias.

2. No siguió procedimientos adecuados para medir algunos de los criterios incluidos en el modelo ni provee guías adecuadas para su aplicación.

3. En términos generales, el efecto de las deficiencias del modelo es subestimar la pensión que le corresponde pagar al padre alimentante." [59]

Dicho *Modelo de Guías* no tomó en consideración alguno de los factores pertinentes que la ley [60] ordena en la determinación de una pensión alimenticia. Así, entre otros no se consideraron: (1) "el nivel de vida que hubiera disfrutado el menor si la familia hubiera permanecido intacta; (2) las consecuencias contributivas y (3) las contribuciones no monetarias de cada padre para el cuidado y bienestar del menor."[61]

No menos importante es que el *Modelo de Guías:*

> ... no toma en consideración el factor más importante para la fijación de las pensiones alimenticias: las diferencias en el nivel de ingresos de las familias. Este factor afecta los dos criterios básicos establecidos por ley: los recursos de los alimentantes y el nivel de las necesidades de los alimentistas...
>
> Pero más importante aún es que el modelo adopta unas tablas estadísticas que indican la proporción del ingreso neto disponible del padre alimentante que se asignará a la manutención de menores, con variaciones de dichas proporciones de acuerdo con el número y las edades de los menores. No obstante, el modelo mantiene estas proporciones fijas por nivel de ingresos. Hay aquí un supuesto implícito de que el sostén de los menores de edad de una familia de ingresos altos representa la misma proporción del ingreso de la familia que el sostén de los menores de una familia de ingresos bajos. No existe en el modelo base alguna para corroborar que esto sea así y nuestra observación de la realidad tiende a indicar lo contrario. Esto quiere decir que las guías fallan en considerar adecuadamente las necesidades del alimentista conforme a su posición social.
>
> En segundo lugar, hay que señalar que el modelo no dispone una forma adecuada para revisar las pensiones de manera que se pueda compensar por la erosión de su valor real ocasionada por la inflación. Esto no se puede resolver mediante revisiones cada cinco años. Es necesario proveer un mecanismo de revisión anual.
>
> ...las tablas (estadísticas que sirven de guías para asignarle al padre alimentante la parte de la pensión correspondiente a los gastos básicos mínimos) establecen incorrectamente una equidad entre el ingreso neto disponible del padre alimentante y el ingreso total de la familia...
>
> Finalmente, debemos señalar que el padre custodio contribuye una serie de servicios personales al cuido y atención de los menores que no requieren un desembolso de dinero, pero que tienen el valor del tiempo que el padre custodio les dedica. El modelo de guías no toma en consideración estas contribuciones..."[62]

Hay que insistir en el segundo señalamiento anterior, esto es, el mecanismo de revisión anual de las pensiones alimenticias para ajustarlas a su valor real debido a la erosión ocasionada por la inflación. En un estudio que publicara en 1982 significaba:

"Utilización de una 'cláusula de estabilización' o de revalorización o reajustabilidad del valor de la deuda dineraria ('escalation clause') en los decretos sobre alimentos para menores de edad."

"Una pensión alimenticia que continúe pagándose con igual cantidad de dinero desvalorizado y de menor poder adquisitivo, resulta en que el alimentante paga mucho menos de lo que debe. Es por ello que debido a la inflación, las fluctuaciones o variaciones en el costo de vida y en el poder adquisitivo del dinero, se plantea la necesidad de la actualización o reajustabilidad del valor de la deuda dineraria, como requisito del pago efectivo."

"La revalorización de las deudas de dinero puede lograrse por distintas vías, siendo los índices de precios al consumidor una de ellas."

"Pues bien, la resolución judicial que impone alimentos podría ordenar una revisión automática (¿anualmente?) de la cantidad de dinero a base del 'Índice de precios al consumidor para todas las familias en Puerto Rico por áreas y poder adquisitivo del dólar', preparado por el Departamento del Trabajo y Recursos Humanos de Puerto Rico. De conformidad con dicho índice, para el año de 1980, el poder adquisitivo del dólar del consumidor fluctuó entre cuarenta y seis (46) centavos para el mes de enero hasta cuarenta y cuatro (44) centavos para el mes de diciembre, siendo de cuarenta y siete (47) y

---

59. *Ibídem, pág. 211-12.*

60. Artículo 19 de la Ley Especial de Sustento de Menores, según enmendada, 8 LPRA 518 (Supl.), transcrita textualmente con anterioridad en este ensayo.

61. *Ibídem,* incisos 3,4 y 5 del artículo 19 conforme enmendado en 1989; Torres Peralta, citado, pág. 207.

62. TORRES PERALTA, citado, págs. 210-11.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuarenta y ocho (48) centavos para algunos meses. En 1981, durante los meses de enero y febrero, dicho poder adquisitivo fue de cuarenta y cuatro (44) centavos y en marzo y abril de cuarenta y tres (43) centavos: de lo que se desprende que desde enero de 1980 a enero de 1981, el poder adquisitivo disminuyó en dos (2) centavos por cada dólar."

"En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo de Iowa, el 17 de diciembre de 1980, en *In Re Stamp*, declaró que: 'that the cost-of-living adjustment provisions based on annual percentage changes in the Consumer Price Index may be included in child support decrees.' Y el Tribunal de Apelaciones del Estado de Indiana, en *Branstad vs. Branstad* resuelto el 5 de febrero de 1980, dictaminó que:

> *The provision* (refiriéndose a *'the automatic adjustment in the amount of monthly support payments based upon changes in the Consumer Price Index') in no way infringes upon the rights of either parent to petition the court for modification upon a showing of changed circumstances..."*[63]

Finalmente, para concluir el análisis del *Modelo de Guías,* estoy de acuerdo con Torres Peralta cuando dice que "incurre en una falla fundamental que es de importancia central en lo que se refiere al derecho alimenticio de los niños en Puerto Rico." La falla se refiere a que "al ingreso según definido en la Ley Especial de Sustento de Menores se le harán las siguientes deducciones para obtener el ingreso neto que se recomienda utilizar como base para determinar las pensiones alimenticias: ... e. Pensiones alimenticias previamente establecidas judicialmente, sobre la que el alimentante proveerá la evidencia pertinente." Concluye señalando que "(T)al enfoque en el Modelo de Guías es simple y sencillamente impermisible constitucionalmente. Ello significa, en efecto, que del ingreso del alimentante (con omisión además del factor de su capital), necesariamente se deducirán las pensiones alimenticias previamente fijadas para entonces determinar el ingreso neto del alimentante a base de cual se fijará la pensión alimenticia pendiente." Y con un sencillo ejemplo demuestra la improcedencia de dicha deducción. La autora que venimos citando sostiene que tal deducción "es insostenible constitucionalmente en nuestro Ordenamiento jurídico: 1. Favorece a los... hijos que llegaron primero al foro judicial, y discrimina contra los demás. 2. Opera contra el mandato de fijar pensiones alimenticias a base de criterios objetivos y en forma uniforme. 3. Aplica indebidamente el principio de primero en tiempo, (primero) en derecho, tan útil en otras ramas del Derecho, como por ejemplo, en el campo del Derecho registral. Se trata de (un) principio totalmente inaplicable en el área de los derechos alimenticios."[64]

13. Las guías mandatorias.

Como quedó dicho, la Ley núm. 47 de 5 de agosto de 1989, enmendó el artículo 19 de la Ley Especial de Sustento de Menores,[65] para disponer que, a partir del 13 de octubre de 1989, será mandatorio que el tribunal determine la cuantía de la obligación alimenticia siguiendo unas guías que estarán basadas en criterios descriptivos y numéricos.

Se encomendó al Departamento de Servicios Sociales preparar y promulgar dichas guías. El *Informe Final: Modelo para la fijación de pensiones alimenticias en Puerto Rico,*[66] de octubre de 1989, fue

---

63. SILVA -RUIZ, Pedro F., *Perspectivas futuras en el desarrollo del Derecho de Familia en Puerto Rico,* citado, págs. 467-8 (citas omitidas).
En el periódico *El Nuevo Día,* San Juan, P. R., edición correspondiente al lunes 28 de agosto de 1989, página 4, en la noticia "Erosionado el poder adquisitivo", se informaba que tomando como año base 1967, donde el poder adquisitivo de $1,00 = $1,00, en junio de 1988, dicho poder adquisitivo se había reducido a 38 centavos de dólar. Un año más tarde, esto es, en junio de 1989, ese poder adquisitivo era de un centavo menos, o sea, 37 centavos de dólar, tomando como año base el precedentemente indicado.

64. TORRES PERALTA, citado, págs. 213-14.

65. Véase la Parte III de este ensayo, el punto núm. 10.

66. El documento consta de 95 páginas numeradas, más apéndices, y fue preparado por la misma consultora que realizó el estudio, en 1987, que sirvió de base para la adopción de las guías discrecionales. Véase la anterior nota 54.
Dicho *Informe* consta de ocho partes. La consultora significa que hay ausencia de información estadística sobre asuntos sociales. Reitera, en más de una ocasión, la necesidad de que se inicie, de inmediato, la recopilación de la data que ayude, oportunamente, en la revisión de las guías (págs. 92-93).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sometido para ante la consideración de dicha agencia gubernamental.

Las guías que recomienda adoptar son una revisión de las preparadas en 1987 y de uso discrecional desde 1988 que, a partir del mes de 13 de octubre de 1989, [67] son de aplicación mandatoria en la determinación o fijación de pensiones alimenticias.

El Comité ad hoc nombrado para revisar el precedente indicado *Informe Final lo aprobó el 2 de noviembre de 1989, recomendando su adopción total.*

Finalmente, recientemente se adoptaron y promulgaron las *Guías para determinar y modificar pensiones alimenticias en Puerto Rico.*[68]

V. CONCLUSIONES

14. El fundamento, las bases legales y el concepto de alimentos, recogidos en el venerable y centenario Código Civil de Puerto Rico, y justamente interpretados por nuestra jurisprudencia, continúan sirviendo adecuadamente a nuestra sociedad, cara al Siglo XXI.

15. La Ley Especial de Sustento de Menores, descansando en el Código Civil en lo que es propio, a su vez aporta nuevas vías, mecanismos y procedimientos, en consideración a las nuevas realidades sociales, que agilizan la reclamación y el pago de la obligación alimenticia para menores de edad.

16. Las guías —basadas en criterios objetivos y numéricos (cuantificables)— para la determinación o fijación y modificación, judicial, de pensiones alimenticias para menores de edad constituye una especial y particularísima aportación al compromiso y política de nuestra sociedad de proveer los medios, necesarios e indispensables, para atender las necesidades de nuestra niñez, los hombres y las mujeres del futuro.

---

67. La Ley núm. 47 de 5 de agosto de 1989 ordenó que las guías comenzaran a regir el 13 de octubre de 1989, pero la promulgación de las mismas se retrasó.

68. Se acompaña el documento. El Artículo V-A "Tablas guías para la fijación de pensiones alimenticias" consiste de tres renglones: (a) ingreso mensual de cada padre; (b) número de niños en la familia para los cuales se está calculando la pensión y (c) edad de los niños alimentistas.
Se acompaña, además, el formulario OAT-435 (Rev. enero 1989 en atención a que el Apéndice I - Formulario (Hoja de Trabajo: Pensiones Alimenticias) de las Guías se refiere a él.

LA RELACIÓN EMPLEO PÚBLICO Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE*

LIC. RICARDO VARGAS HIDALGO**
LIC. ROLANDO VEGA ROBERT**

I. INTRODUCCIÓN

El tema que se examina, gira alrededor de la naturaleza jurídica de la relación empleo público, tanto en lo referente a la relación unilateral o autoritaria, como respecto a la teoría contractualista. Aunque es posible llegar a conclusiones en las que se encuentran más semejanzas que diferencias respecto al conjunto de derechos y deberes que se derivan para el servidor, de la relación empleado público, es lo cierto, que el interés público siempre estará presente en la protección del trabajador, sea que éste preste sus servicios a la Administración Pública o a la empresa privada.

Se ha estudiado la jurisprudencia costarricense, tanto administrativa como judicial limitándola a la teoría del Estado patrono único, la teoría de la relación estatutaria, y al reconocimiento de la antigüedad en el servicio público para efectos puramente laborales, tales como los aumentos anuales, prestaciones legales, vacaciones, aguinaldo y jubilaciones. Por último, se estudia la jurisprudencia dictada en el campo de los conflictos de competencia por razón de la materia, en especial la contencioso-administrativa y la de trabajo. Resta indicar que por nuestra condición de funcionarios judiciales, hemos procurado no exteriorizar criterios salvo desde una óptica jurídica tratando de hacer una ponencia totalmente objetiva y con un carácter puramente ilustrativo y didáctico.

II. LA RELACIÓN EMPLEO PÚBLICO A NIVEL DOCTRINARIO

Como un capítulo previo al análisis del tema de estudio propiamente referido al Derecho costarricense y en especial a su jurisprudencia, se ha considerado necesario hacer un desarrollo preliminar de la relación empleo público, nutrido con los aportes más significativos de la doctrina en torno a este controversial tema, cuya polémica data desde finales del siglo pasado, y por lo que se le considera uno de los clásicos del Derecho del Trabajo.

---

* *Ponencia presentada en el II Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San José, Costa Rica. Del 5 al 9 de marzo de 1990.*

** *Profesores de Derecho del Trabajo, Universidad de Costa Rica.*

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN EMPLEO PÚBLICO

1.1. Teoría de la relación unilateral, autoritaria o acontractual.

Esta corriente defendida principalmente por los estudiosos del Derecho Administrativo, concibe la relación del servidor público con la Administración, como una relación unilateral, expresada únicamente por la suprema manifestación de voluntad del Estado que es la única capaz de generar una relación de carácter jurídico.

Esa concepción de autoridad de lo "macro" o lo "genérico" (La Administración), sobre lo "micro" o "específico" (El servidor público o individuo), representa un desconocimiento por parte del propio aparato público a los derechos y garantías que frente a él debe gozar todo ciudadano.

Como elementos de apoyo a la teoría unilateral, además de la alegada supremacía de la Administración, se ha argumentado en forma conexa, que no puede existir una igualdad contractual puesto que las voluntades en juego, representan intereses jurídicos contrapuestos o diferentes entre sí: la voluntad pública frente a la voluntad privada, o dicho de otra forma, el interés público frente al interés particular.

En forma adicional, se ha argumentado por parte de los defensores de las tesis que sustentan esta teoría, que el contenido de la relación empleo público tiene una regulación legal particular o específica, y por consiguiente, distinta de la del Derecho del Trabajo. De ahí se deriva incluso que se le dé el nombre de relación estatutaria.

– El estatuto como instrumento legal, se constituye en el medio a través del cual la Administración materializa las condiciones concretas mediante las cuales regirá las relaciones con el servidor público. La norma estatutaria, tendrá un ámbito de aplicación específico o concreto, puesto que solamente podrá aplicarse a la relación jurídica que sirve de objeto para este estudio.

Los conceptos de supremacía, autoridad, heteronomía, soberanía, interés público, quedarán plasmados en forma automática en las disposiciones estatutarias con el fin de garantizar el impedimento de cualquier oportunidad al servidor público para que pueda cuestionar sus condiciones de trabajo a través de las instituciones creadas por el Derecho del Trabajo.

Esa clara delimitación de los ámbitos de aplicación de cada derecho, y más específicamente, el encuadramiento de la relación empleo público dentro de la normativa administrativista, tiene su fundamentación en que esa relación es concebida como un instrumento al servicio de la eficacia del apartado administrativo que persigue como fin último, dar satisfacción al interés público que está por sobre el interés de carácter particular o privado.

Con ese esbozo sucinto, queda expuesta en términos generales la posición de la doctrina administrativista sobre el tema.[1] Es innecesario profundizar en mayores detalles, puesto que a los efectos de los estudiosos del Derecho del Trabajo, interesa mayormente el tratamiento contrapuesto que se ha ventilado frente a dicha teoría unilateral de la relación empleo público.

1.2. Teoría de la relación contractualista.

La corriente doctrinaria que defiende esta teoría, está conformada primordialmente por los estudiosos del Derecho del Trabajo, aunque existen autores connotados de Derecho Administrativo que también la apoyan abiertamente.[2]

– La Teoría de la Relación Contractual, se contrapone a la Teoría Unilateral, porque parte del supuesto de que el elemento que le da plena validez a la relación, es el acuerdo de voluntades que debe existir entre el servidor público y la Administración. De ese acuerdo surge la conformación de un contrato

---

1. Para profundizar en el estudio del tema, se remite en particular a ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *"Los derechos sindicales de los funcionarios públicos"*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 27-43, quien hace un desarrollo muy claro desde la perspectiva de la doctrina española e italiana. Igualmente, puede verse GABINO FRAGA, *"Derecho Administrativo"*, Ed. Porrúa, 1987; y en Costa Rica principalmente véase MURILLO, Mauro, *"Terminología Organizativa"* (Derecho Público), Academia Nacional de Derecho Público, San José.

2. En la doctrina española más reciente, entre otros puede citarse a ORTEGA. En el pasado, JORNADA DE POZAS *"Derecho Administrativo"*, Madrid, 1924; GARCÍA OVIEDO, *"Derecho Administrativo"*, Madrid, 1948; ÁLVAREZ GENDIN, *"Manual de Derecho Administrativo"*, Zaragoza, 1941. En Italia, entre otros, GIANNINI, *"Diritto Administrativo I"*, Giuffré, Milano, 1970.

de prestación de servicios que no tiene diferencias en su naturaleza con el que se configura en toda relación laboral común.

Martínez Abascal, hace un análisis sumamente interesante y valioso para demostrar el factor de la "contractualización" de la relación empleo público, y para ello parte del hecho de que es una relación jurídica igual a las demás, y por consiguiente, está configurada por los tres elementos característicos según la doctrina civilista: sujetos, objeto y contenido.[3]

Siguiendo las ideas que expresa este autor, se considera necesario entrar al estudio de cada uno de los elementos configuradores de la relación, para llegar a deducir con ello, si efectivamente existen diferencias sustanciales entre el tratamiento que le dan las dos normativas en cuestión.

1. 2.1. En relación con los sujetos.

En atención a los sujetos, se deduce que la relación que configura el servidor público con la Administración, se caracteriza al igual que la del trabajador común, por los presupuestos de la remuneración, la ajenidad y la dependencia.

En cuanto a la *remuneración,* es un elemento de carácter fundamental que está presente en la relación empleo público, puesto que es deducible de toda lógica que el servidor no realiza su trabajo a título gratuito, sino que lo hace motivado por el salario que percibirá. La doctrina administrativista para contrarrestar esta argumentación, ha sostenido que cuando se hable de "servicios profesionales y retribuidos", debe entenderse en referencia a la profesionalidad del funcionario público como una de sus características inherentes que marca una diferencia con el trabajador sujeto a la relación jurídico-laboral. No obstante, Martínez[4] con un criterio que se comparte, estima que el factor profesionalidad, no comprende a todos los servidores públicos en forma delimitante, como para que permita contraponerlo al del trabajador común.

La *ajenidad* debe entenderse como la atribución inicial y directa de la titularidad de los frutos del trabajo a persona distinta de aquel que lo ejercita. Sin lugar a ningún tipo de cuestionamiento, en la relación empleo público, el servidor no hace suyos los frutos de su trabajo al no laborar por cuenta propia, sino que es la Administración la que percibe esos frutos en forma directa al igual que ocurre con el empresario o patrono. Bajo ese principio descansa el factor de la remuneración al cual se hizo referencia.

Con respecto a la *dependencia*, debe ser entendida como una consecuencia de la ajenidad, y si aquélla está presente en la relación empleo público, también lo estará por conexión directa en ésta, máxime que además concurren una serie de potestades que le son propias al empleador público. La posición de los administrativistas al respecto, está sustentada en el argumento de que la dependencia va aparejada al marco del deber de obediencia del servidor, el cual se deriva de la supremacía especial que caracteriza a la Administración y a la que ya se hizo referencia.

De lo anterior, puede concluirse que la distinción que hace la doctrina administrativista entre el servidor público y el trabajador común en atención a los sujetos, está sustentada únicamente por un criterio de carácter meramente formalista.

El criterio de que la relación empleo público debe calificarse en función únicamente del derecho que le resulta aplicable, no es una posición aceptable ni compartida, puesto que en lo sustancial como ha quedado demostrado con la exposición anterior, se trata de una relación igual atendiendo a los presupuestos laborales que la configuran, y por supuesto, a la realidad social que la ley de ninguna manera por más ley que sea, puede trasmutar.

1.2.2. En relación con el objeto.

Desde la óptica del Derecho Administrativo, la relación empleo público está concebida como el instrumento que dará satisfacción al fin del interés público que persigue la Administración en su gestión. Desde esa perspectiva, el objeto de la relación, es la consecución del interés público.

La visión laboralista respecto al objeto, es que el mismo está constituido por la prestación de servicios, retribuida del servidor público, sin que ello implique de ninguna manera, la negación del interés público que enforma y justifica las acciones de la Administración que pretenden darle plena satisfacción. Sobre este enfoque, Martínez Abascal,[5] amplía refiriéndose a dos planos jurídicos distintos pero

3. En particular, vid. MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio, *"El derecho de negociación colectiva en la función pública española"*, Tesis doctoral, Barcelona, 1987.

4. *Op. cit.*, pág. 71.

5. Ibid., pág. 87.

interrelacionados: el interno, que es la prestación de servicios retribuida; y el externo, que alude al interés público cuya finalidad específica es darle satisfacción.

Existe también el criterio coincidente a nivel doctrinario, de que el objeto de la relación empleo público "lo constituye la relación de servicios y por tanto, su comerciabilidad, esto es: la contratación de servicios profesionales a cambio de una remuneración económica que está perfectamente justificada."[6]

1.2.3. En relación con el contenido.

En el marco general de toda relación jurídica, el contenido de la misma responde a la situación de poder y de deber de los sujetos que la componen.

La posición administrativista se fundamenta en que el paralelismo entre la relación laboral y la relación empleo público, es de carácter estructural y no afecta la conformación de deberes y poderes. Se argumenta en ese sentido, que en el empleo público se generan una serie de singularidades derivadas primordialmente del hecho de que el servidor tiene sus derechos subjetivos perfectos y debitados en atención al interés público tutelado por la Administración, así como otros derechos adicionales como el derecho al cargo y a la estabilidad laboral.

Sin embargo, esta fundamentación no ha sido acogida por la corriente contractualista, ya que en lo esencial ésta pregona que la singularidad de la relación empleo público y su contenido, no es un rasgo exclusivo de la misma. Efectivamente, hay casos específicos en la relación jurídico-laboral, en que está presente ese rasgo de la singularidad, como lo sería el caso de las relaciones laborales de carácter especial.

Adicionalmente, se sostiene que entre el contenido de ambas relaciones, es posible encontrar más semejanzas que diferencias en lo que atañe al conjunto de derechos y deberes. Ello se deriva de la circunstancia de que el interés público no sólo estará presente en el caso de los servidores públicos, sino también en lo que se refiere a los trabajadores que no gozan de tal condición, pero que son personas que prestan servicios a la Administración Pública.

Por último, si bien es cierto que la relación empleo público y su contenido son producto de una determinación unilateral por parte de la Administración, igual situación ocurre con las relaciones jurídico-laborales en las cuales se presenta un caso análogo con la figura del contrato de adhesión que se presenta en la práctica. Esta adhesión se plasma desde el momento en que el empresario disfruta de una posibilidad real para establecer las condiciones del contrato de trabajo en forma totalmente heterónoma y autónoma.

1.2.4. Algunas consideraciones adicionales en favor del contractualismo.

Complementando las consideraciones expuestas en abono a la posición de la Teoría Contractualista, deviene oportuno realizar una serie de consideraciones adicionales que han sido producto de estudio y análisis a nivel doctrinario para sustentar mejor la posición de confrontación con la Teoría Administrativista.

Para defender el punto de la supremacía de la Administración frente al servidor, se ha creado la Teoría del Acto Bilateral[7] que pregona una igualdad real de las partes al momento de la formalización del contrato, aceptándose únicamente una primacía de la Administración en la ejecución contractual con lo cual desaparecería el acuerdo.

No obstante el avenimiento de la doctrina laboralista en cuanto a ese respecto de la primacía en la ejecución, hay autores[8] que estiman que la figura contractual no se deforma, pues no existe la exigencia de que en el cumplimiento de ciertas condiciones, deba prevalecer una igualdad. Ello tampoco ocurre en la relación laboral, puesto que el empresario goza de ciertas atribuciones frente al trabajador.

Por otra parte, es totalmente imposible desde el punto de vista legal, que se pueda constituir una relación de empleo público sin que la misma esté apoyada o sustentada en un mutuo consentimiento de las partes que la componen. Obviamente la potestad administrativa no sería un elemento suficiente para dar configuración a una relación, lo que consecuentemente genera un quebrantamiento de la Teoría Autoritaria.

Tan es así, que ese autoritarismo que postula la corriente administrativista, ha provocado que la

---

6. Vid. ORTEGA ÁLVAREZ. *Op. cit.*, pág. 34.
7. Esta teoría es sostenida por PETROZZIELO, *"Il rapporto di pubblico impiego"*, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1935, (citado por ORTEGA *op. cit.*, pág. 37).
8. En ese sentido, ORTEGA. *Op. cit.*, pág. 37.

concepción en la que se sustenta, haya sido considerada como "devaluada"[9] al no reconocer intereses contrapuestos entre la organización del Estado y su personal.

El aceptar la Teoría del Estado Autoritario, implica sin duda alguna una negación a los derechos y libertades individuales, lo cual además contrasta con la concepción de un Estado Democrático que surge en estos tiempos justamente con un pleno reconocimiento de los derechos y garantías de la persona frente al Estado al extremo de que se han creado instituciones para que velen por el respeto y el cumplimiento de ese principio. De no ser así, y sólo para citar un ejemplo, ¿en qué quedaría la libertad de trabajo que se estima como una condición inalienable a la personalidad del individuo?

Otro elemento fortalecedor de la Teoría Contractualista que tampoco admite mayor discusión, es el de la aceptación e institucionalización del conflicto de trabajo a nivel de la función pública.[10] Es incuestionable el hecho de que la acción sindical sea una relación social en nuestros tiempos por la penetración que ha logrado en la organización y acción de la Administración. Se ha ido generando una concepción diferente de poder público de acuerdo con la que sostienen los administrativistas. Los procedimientos de participación y negociación por parte de los servidores públicos, han ido alcanzando un desarrollo cuantitativo y cualitativo muy importante acorde con lo manifestado, llegándose a un punto en el cual los acuerdos bilaterales entre Administración y servidores públicos se han convertido en una realidad palpable en lo que respecta a la regulación de las condiciones de trabajo.

En relación con lo anterior, el simple hecho de que hoy día pueda hablarse de derechos sindicales de los servidores públicos frente a la Administración, "obedece sin duda a una superación de tradicionales concepciones autoritarias del Estado."[11]

Para concluir con esta parte del estudio, vale decir que no surgen razones de orden lógico y racional para mantener el carácter acontractual de la relación empleo público frente a la relación jurídico-laboral. En ese sentido, no pueden aceptarse como válidas las argumentaciones que tiendan a esa justificación basadas en razones de carácter político o de carácter jurídico formal referidas a la soberanía del Estado.

Se sostiene que ese tipo de argumentaciones, han sido alimentadas preponderantemente por razones de carácter ideológico-político que son las que han prevalecido para darle fortaleza al muro divisorio que ha existido por tantos años. Los intentos de encubrir la realidad social regulándola normativamente bajo la tesis finalista de la consecución del interés público, y el llamado principio de jerarquía de la Administración, no tienen la virtud de enervar una verdad real como lo es la de la "laborización"[12] de la relación empleo público.

Todo lo expuesto anteriormente, párece que paulatinamente irá siendo aceptado por la doctrina administrativista. Ello se deduce de los criterios expresados por uno de los más prominentes exponentes del Derecho Administrativo, García de Enterría, quien al referirse a esa conceptualización de la laborización que conlleva a la consagración final del servidor público como trabajador por cuenta ajena, expresa lo siguiente: "al final, las resistencias imaginables. . . parecen anclarse más en el apego a lo tradicional y a los temores a lo desconocido, que a objeciones lógicas claramente enumeradas y articulables."[13]

III. JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

Han sido objeto de estudio por parte de los más altos tribunales de trabajo costarricense, dos teorías que tienen directa relación con el tema en examen. Se trata de la *Teoría del Estado Patrono Único y la Teoría del Contrato Realidad.* Haremos un somero análisis de cada una de ellas a continuación:

---

9. Así BAYLOS GRAU, Antonio, *"Derecho de huelga y servicios esenciales"*, Tecnos, Madrid, 1988 (2a. ed.), pág. 43.

10. En ese sentido, véase a GHERA, Eduardo, *"Il pubblico impiego rapporto di lavoro e attivitá sindacale"*, Caccucci ed. Bari, 1975.

11. ORTEGA. *Op. cit.*, pág. 19.

12. La laborización en criterio de ORTEGA. *Op. cit.*, pág. 42, llegará como consecuencia del reconocimiento de la paridad de posiciones jurídicas entre la Administración y el empleado público, puesto que en una relación negocial, ambas voluntades son determinantes para constituirla al amparo de lo que rezan los principios constitucionales.

13. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo de *"Los derechos sindicales. . ."* de ORTEGA ÁLVAREZ, pág. 16.

1. Teoría del Estado Patrono Único.

El Estado es uno solo. En un régimen de derecho de corte democrático como es el costarricense entendemos como tal, —siguiendo la división clásica de Montesquieu— a los tres poderes de la República, junto con el Tribunal Supremo de Elecciones. En cuanto al Poder Ejecutivo, debe entenderse dentro de tal concepto al Poder Ejecutivo Central y al Descentralizado, incluyendo en el sector descentralizado, tanto a las instituciones autónomas, semiautónomas, desconcentradas como a las empresas del Estado.[14]

El proceso legislativo sobre el particular, se inició con la Ley General sobre la Administración Pública[15] que en sus artículos 1, 2, 3, 4, 11, 111 y 112, dispone en lo conducente "Que la Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos; que esa Ley regula la actividad del Estado y de los otros entes públicos; que la organización y actividad de los entes públicos es regulada por el derecho público como norma general, o por el derecho privado dependiendo de los requerimientos de su giro; que la actividad de los entes públicos está sujeta en su conjunto a los principios del servicio público; y que la Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico, y que por consiguiente, sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios que autorice la ley. Por su lado, los artículos 111 y 112 definen el concepto que es de servidor público, teniendo como tal a quien presta servicios a la Administración o a su nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, considerando equivalentes los términos funcionario público, servidor público, empleado público, encargado de servicio público y similares, y señalan que el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común. Se establece que el Derecho Administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos; que las relaciones de servicio con obreros, trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública de la Administración se regirán por el Derecho laboral o mercantil según el caso, conforme a lo señalado por el inciso 3) del artículo 111, que se refiere a los empleados de empresas o servicios económicos del Estado, que son las que comúnmente se denominan "empresas estatales."

No obstante las disposiciones mencionadas de la Ley General sobre la Administración Pública, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 4), inciso b), impide a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de los asuntos de trabajo, lo que constituye a su vez, una autorización para atribuirle la competencia sobre los asuntos laborales del sector público a la jurisdicción de trabajo.[16]

Posteriormente aquellas regulaciones fueron desarrolladas en varias normas de la *Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria,*[17] pero para el tema sólo interesa el artículo 2, que textualmente establece:

"Artículo 2. Para los efectos de la presente ley, se establece la siguiente clasificación institucional del Sector Público:

a) Sector financiero bancario.

Comprende el Banco Central de Costa Rica, los bancos estatales del Sistema Bancario Nacional y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

b) Sector financiero no bancario.

Comprende el Instituto Nacional de Seguros (INS), el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU), el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM), el Instituto Nacional de Fomento Cooperativo (INFOCOOP), la Comisión Nacional de Préstamo para Educación (CONAPE), la Junta de Protección Social de San José, el Departamento Central de Ahorro y Préstamo (DECAP), la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), la Asociación Bananera Nacional (ASBANA) y todas aquellas empresas e instituciones del Estado que, aunque por definición se clasifican como no financieras, realizan actividades típicamente financieras, como la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE).

c) Sector no financiero.

Comprende el Gobierno Central, las dependencias y entes adscritos a los ministerios, los fondos

14. Ver la sentencia número 58 de las 14,30 h del 30 de abril de 1986; número 58 de las 15,00 h del 10 de diciembre de 1980 y número 82 de las 9,10 h del 5 de julio de 1989, todas de la Sala Segunda de la Corte.

15. Ley número 6227 de 2 de mayo de 1978.

16. Ley número 3667 de 12 de marzo de 1966.

17. Ley número 6821 de 19 de octubre de 1982.

especiales y el patrimonio público cuyo control compete a la Contraloría General de la República, los organismos e instituciones de esta naturaleza, como Ferrocarriles de Costa Rica S.A. (FECOSA) y demás instituciones que se crearen en el futuro.

La Autoridad Presupuestaria determinará los lineamientos que deban seguir las juntas administrativas de los colegios de Enseñanza Media en materia presupuestaria."

Como complemento a las importantes leyes emitidas en nuestro país y comentadas en líneas antecedentes, se dictó la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público,[18] que vuelve sobre la unidad estatal en relación con la antigüedad laboral tanto para efecto de prestaciones como el régimen jubilatorio, en especial en los artículos 22, 24 y 25 que señalan:

"Artículo 22. Están obligados a jubilarse los servidores públicos cubiertos por la ley de presupuesto del gobierno de la República, que coticen para el Régimen de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social; que tengan más de sesenta y cinco años de edad y que hayan cubierto las cuotas reglamentarias para pensionarse."

"Artículo 24. Las instituciones y empresas públicas podrán jubilar a sus funcionarios cubiertos por el Régimen de Pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social, que tengan sesenta y cinco años de edad y que hayan cubierto las cuotas reglamentarias para pensionarse."

"Artículo 25. Los poderes del Estado, las instituciones y las empresas públicas podrán ofrecer el pago de sus prestaciones legales a los servidores que estimen convenientes, si éstos están de acuerdo y renuncian a sus cargos para dedicarse a actividades ajenas al sector público."

Es bueno reconocer que el punto que se examina no es nuevo ni mucho menos, ya que el Tribunal Superior de Trabajo de San José, desde el 3 de noviembre de 1958, en la sentencia número 1388, había sentado el principio de la unidad estatal como patrono, lo mismo que la Sala de Casación desde el 6 de agosto de 1975, en sentencia número 95. Incluso, la misma Contraloría General de la República, también había hecho clara referencia del Estado patrono único desde el 20 de febrero de 1968, en el P.N. 130-L68. En el mismo sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en distintas oportunidades ha aludido a la nueva concepción de una sola antigüedad para los servidores del Estado, independientemente de la entidad pública con que hubiesen laborado.[19] Sin embargo, los temas del reconocimiento de la antigüedad laboral para el Estado, la continuidad o discontinuidad, —ambas restringidas o abiertas—, son puntos que luego abordaremos en términos más amplios.

2. LA TEORÍA DE LA RELACIÓN ESTATUTARIA[20]

En nuestro país, dicha teoría se deriva del principio constitucional contenido en el artículo 191, que dice:

"Un Estatuto de Servicio Civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración."[21]

En el año 1953, se dictó el Estatuto de Servicio Civil,[22] cuyo artículo 1, prescribe:

"Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores."

La pretensión fue, desde aquel entonces, la de enlazar o vincular en una sola regulación jurídica, las relaciones de trabajo entre los servidores públicos y la Administración Pública, pues fue precisamente la nueva orientación que implantó la Constitución de 1949, fue la de desarrollar un Estado fuerte, intervencionista y con nuevas y variadas orientaciones hacia la descentralización pública. En 1957, siguien-

18. Ley número 6955 de 24 de febrero de 1984.

19. Sentencias números 92 de las 15,30 h del 5 de julio de 1989 y 162 de las 10,20 h del 5 de octubre de 1989, ambas de la Sala Segunda de la Corte.

20. Sentencia número 16 de las 9,50 h del 25 de enero de 1989 y número 18 de las 16,30 h del 24 de octubre de 1980.

21. Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.

22. Ley número 1581 de 30 de mayo de 1953.

do los mismos lineamientos de una reordenación de las relaciones entre el Estado y sus servidores, pero ahora orientadas hacia una administración única de salarios, se emite la Ley de Salarios de la Administración Pública.[23]

Existen varios proyectos de ley archivados que han pretendido dar cumplimiento pleno al mandato constitucional del numeral 191 ya transcrito, y de esa forma extender el principio de la relación estatutaria limitado por el régimen de servicio civil, al Poder Ejecutivo Central, a la Administración Pública total. En tal evento, se tendría una relación estatutaria integral en el Estado costarricense, desde el punto de vista, claro está, del tema que analizamos, con implicaciones de muy variada naturaleza pero, sobre todo respecto de la situación jurídica del trabajador del Estado y sus Instituciones.

Tanto la teoría del Estado Patrono Único, como la de La Relación Estatutaria, tienen entre sí una íntima Relación y caminan por los mismos senderos, sobre todo si se le da un tinte de Derecho Administrativo a las relaciones públicas de servicios, en lo que, luego avanzaremos más, ya que, es bien conocida la otra tendencia ius laboralista, cuyo matiz para atender y explicar las relaciones entre el Estado y sus Instituciones, es de orden puramente de Derecho Laboral.

Se examinan sentencias de los tribunales de trabajo de San José, toda vez que, su posición ha sido uniforme desde hace bastante tiempo en relación con las teorías supradichas, en especial el Tribunal Superior de Trabajo de San José en los fallos números 105 del 12 de enero de 1973, 234 del 22 de enero de 1974 y 1928 del 28 de noviembre de 1974. No pueden dejarse de lado, las posiciones asumidas por la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República, y desde luego, de la antigua Sala de Casación y de la actual Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Este órgano jurisdiccional en relación con la teoría de la relación estatutaria, ha expuesto en lo sustancial, que todo lo relativo a las relaciones de trabajo de los servidores públicos protegidos por el Estatuto de Servicio Civil, corresponde a la jurisdicción del Tribunal de Servicio Civil.[24]

Con las aclaraciones hechas en las líneas precedentes en el sentido de que nuestros Tribunales de Trabajo y el Tribunal de Servicio Civil, abrieron brechas de consideración desde hace bastante tiempo en el tratamiento del tema del reconocimiento de la antigüedad, se considera necesario continuar ahondando dentro del objeto de este estudio, sobre la antigüedad y la continuidad laboral en la relación empleo público y la posición que al respecto ha establecido nuestra jurisprudencia.

2.1. La Ley número 6835 de 22 de diciembre de 1982.

Estableció una nueva escala salarial para la Administración Pública, cuando dispuso en su artículo 2, que agregaba un inciso con la letra d) al artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, que dijo:

"Artículo 2. Se agrega un inciso d) al artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, número 2166 del 7 de octubre de 1957, que dirá:

d) A los servidores del Sector Público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para efectos de los aumentos anuales a que se refiere el artículo 5 anterior, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del Sector Público. Esta disposición no tiene carácter retroactivo."

Ordenaba entonces, que a los servidores del sector público, en propiedad o interinos, se les reconocerá, para los efectos de los aumentos anuales, el tiempo de servicios prestados en otras entidades del sector público. A partir del año 1983, las distintas entidades que componen el sector público, iniciaron mecanismos o sistemas para el reconocimiento de los años servidos en otras instituciones públicas, sobre todo por la vía de los reglamentos administrativos, denominados indistintamente de mérito, de antigüedad o de anualidades. Desde luego, que hubo un acomodamiento previo y podemos decir que aun al presente, existen en muchas entidades públicas no pocas dudas sobre este tema, por lo que, además de los tribunales, le ha tocado a la Procuraduría General de la República, orientar con sus pronunciamientos ahora vinculantes para el consultante,[24] los criterios a seguir. Por su relación e importancia, transcribimos en lo pertinente el pronunciamiento C-124-85 de 17 de junio de 1985, que dijo:

"De acuerdo con los términos en que usted formula su consulta, debemos entender que el criterio

23. Ley número 2166 de 9 de octubre de 1957.

24. En Costa Rica se le da una interpretación restrictiva al concepto de la relación de servicio público regulada por el Estatuto de Servicio Civil; aunque se sabe del tratamiento ampliativo de este concepto. Sentencia número 106 de las 9,50 h del 1 de noviembre de 1984. de la Sala Segunda de la Corte, que se fundamenta en el artículo 14 del Estatuto de Servicio Civil y el 63 de su Reglamento.

jurídico que se está solicitando, se circunscribe a la procedencia o no del reconocimiento del tiempo servido por los Profesionales en Ciencias Médicas en otros organismos del Sector Público para efectos únicamente de la fijación de los incentivos por antigüedad, en aquellos casos en que ha mediado el pago de las indemnizaciones laborales comúnmente llamadas 'prestaciones legales'".

"Cabe advertir que la única disposición que hace referencia expresa al reconocimiento del tiempo servido en otros organismos públicos, lo es el numeral 5 antes citado, en cuanto expresa, en lo que interesa que: 'El salario del médico estará constituido por el sueldo base, los aumentos, sobresueldos y planes vigentes a la fecha, más los incentivos que se crean por esta ley y que son los siguientes: un 5.5% por cada año de antigüedad en el servicio, *incluido el trabajo realizado en cualquier institución del Estado. . .*' (El subrayado es nuestro)."

En el dictamen C-194-83 de 17 de junio de 1983, la Procuraduría atendiendo a una consulta de la Dirección General de Servicio Civil, en la cual se preguntaba si para el reconocimiento de la antigüedad en lo relativo a aumentos anuales, debe existir continuidad, o pueden reconocerse aumentos anuales aun y cuando haya existido interrupción en el servicio al sector público, exteriorizó su criterio, en los siguientes términos: ". . .en lo tocante a esta tercera pregunta, me permito indicarle que para los efectos de los aumentos anuales debe reconocerse el tiempo servido al sector público, aun cuando haya habido interrupción en el servicio. Ello es así porque lo que se pretende retribuir con el aumento anual es la dedicación del servidor público al servicio de la administración y la experiencia obtenida en la misma, independientemente del carácter continuo o interrumpido de la relación de servicio." En éste y en el anterior dictamen, la Procuraduría concretamente se pronuncia en favor del reconocimiento de la antigüedad en el servicio para efectos de aumentos anuales, en aquellos casos en que el servidor haya laborado para distintos organismos públicos. Es interesante destacar que incluso la Procuraduría justifica tal reconocimiento aun cuando haya mediado el pago de prestaciones legales al servidor, que recibido dicho pago, pasa a trabajar para otra institución estatal. Debemos recordar que el reglamento a la Ley Nº 6835[25] sí vino a exigir requisitos para el reconocimiento de los aumentos anuales, entre ellos, el no pago de prestaciones legales al servidor por ninguna de las entidades anteriores con las que trabajó y el no haber sido despedido con justa causa, además de haber obtenido buenas calificaciones, aspecto que sí exigió la Ley General de Salarios en su artículo 5. Podemos adelantar que este diferendo ya fue resuelto por la Sala Segunda de la Corte[26] en el sentido de que por razones de la jerarquía de las leyes, los Tribunales deben de cumplir con la de mayor rango y deben abstenerse de aplicar la ley de inferior categoría que se oponga frontalmente a una superior; criterio este último, que por lo demás es un mandato legal, ya que, así lo ordena el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El reconocimiento de la antigüedad siguió siendo tema de estudio pero, ahora, en relación también con extremos auténticamente laborales, tales como las vacaciones, el décimo tercer mes y las prestaciones legales. Es el dictamen número C-236-85 del 30 de setiembre de 1985, el que con claridad meridiana enfoca este punto, así:

"Daremos inicio al presente estudio señalando que de acuerdo con abundante jurisprudencia de los tribunales de trabajo (la cual ha sido acogida por algunas leyes, así como por este Despacho en sus dictámenes), al Estado se le considera como un patrono único, de manera que para cualquiera que sea la institución que se presta el servicio, se labora para un mismo patrono que es aquél. Ahora bien, la jurisprudencia se ha inclinado por considerar que el reconocimiento de la antigüedad en el servicio dentro de ciertos supuestos, cuando se ha trabajado para varias dependencias públicas, sólo procede cuando se cumplan determinadas condiciones, entre las cuales se ha establecido la de que los servicios prestados lo hayan sido sin solución de continuidad. Sin embargo, posteriormente, en lo que respecta al reconocimiento de la antigüedad para efectos del disfrute de aumentos por ese concepto, esta Procuraduría, atendiendo a criterios que adelante expondremos, ha estimado que tal situación se justifica aun cuando haya habido interrupción en la prestación del servicio. Además se ha sostenido por este Despacho, aspecto que reviste interés para la contestación de su consulta, que sí procede el reconocimiento de la antigüedad, también dentro de ciertos supuestos, cuando los servicios se han prestado a varios organismos públicos, *con mayor razón procede reconocer aquélla cuando la prestación de*

25. Artículo 4) de la Ley número 6815 de 27 de setiembre de 1982, que es la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

26. Sentencia número 137 de las 14,40 h del 30 de agosto de 1989 (Sala Segunda de la Corte).

los servicios lo han sido para una misma institución. (Dictamen contenido en el oficio C-207-83 de 27 de junio de 1983)."

En este dictamen, nuevamente la Procuraduría se pronuncia por el reconocimiento de la antigüedad por la prestación de servicios en forma integrada para un Estado único y total, sino que lo hace aun cuando los servicios hayan sido prestados sin solución de continuidad, es decir, aun cuando haya habido interrupción de los servicios. Se incluye en este dictamen otro punto de especial trascendencia y es que también procede el reconocimiento, dentro de ciertos supuestos, cuando los servicios se han prestado a varios organismos públicos, y cuando la prestación de los mismos se haya realizado para la misma institución. La Sala Segunda de la Corte Suprema, en distintas y recientes sentencias, sostuvo igual criterio[27] sustentada en la Ley Nº6835, que vino a permitir el reconocimiento de la antigüedad en el servicio público prestado para distintos entes públicos, señalando que sí cabía aquel reconocimiento, lo propio era también hacerlo respecto de los servicios prestados para la misma institución, sean estos continuos o discontinuos.

La Procuraduría en el dictamen que se analiza, cita al doctor Guillermo Cabanellas para definir el vocablo antigüedad: ". . .La antigüedad laboral puede definirse como el conjunto de derechos y beneficios que el trabajador tiene en la medida de la prestación cronológica de sus servicios. . ." Este tratadista que estudia muy a fondo este tema, y agrega que tanto el retiro voluntario del trabajador, como su despido, no llevan a que pierda los beneficios que tenga en relación con su anterior antigüedad en caso de reingreso (Cabanellas, Guillermo, Contrato de Trabajo, Bibliografía Omeca, Buenos Aires, 1964, Volumen III, pág. 536). En este pronunciamiento la Procuraduría, sí afirma con énfasis que para que proceda el reconocimiento para efectos de prestaciones legales, no debe haber existido terminación de la relación laboral con despido justificado, es decir con causa, "toda vez que tal circunstancia trae como consecuencia, sin excepción alguna, la pérdida del tiempo acumulado con anterioridad que eventualmente pudo haber generado el pago de las indemnizaciones laborales correspondientes a los servicios prestados en esa ocasión." Recomienda, la Procuraduría que antes bien, las instituciones se abstengan de reenganchar a los servidores destituidos con justa causa, mientras, no transcurra un tiempo prudencial que justifique una supuesta enmienda del infractor, lo que parece contener el inciso d) del artículo 9 del Estatuto de Servicio Civil, que señala un plazo mínimo de tres años, entre la fecha del despido y el reingreso.

La Procuraduría, asimismo, analizó el reconocimiento de la antigüedad para efectos de aumentos anuales, vacaciones, preaviso, auxilio de cesantía y hasta jubilaciones, tanto respecto de servicios continuos como discontinuos y lo que es más importante, en relación con sus efectos hacia el pasado, o retroactivos, en el P.A. C-322-85 del 6 de diciembre de 1985.

Este último aspecto, es el que más interesa, sobre todo que, la retroactividad dice íntima relación con la prescripción, temas que abordaremos a continuación, aludiendo a la jurisprudencia más reciente, no sin antes exponer que la Procuraduría extendió los alcances de la Ley número 6835 a todo el sector público, entendiéndolo como comprensivo de la generalidad de los organismos públicos, entre los cuales, incluyó a los bancos estatales pues el consultante era el Banco Anglo. Pues bien, la misma reforma al artículo 12, a que se refiere el numeral cuatro de la Ley 6835, textualmente dispuso en su frase final: ". . .Esta disposición no tiene carácter retroactivo". La Procuraduría, siguiendo en ello lo resuelto por la antigua Sala de Casación y el Tribunal de Servicio Civil, en el dictamen de 2 de octubre de 1986, número C-241-86, se pronunció así: ". . .Es más, la antigua Sala de Casación ya resolvió el punto sometido en la consulta..., al expresar lo siguiente: "La excepción de prescripción opuesta por el representante patronal a la pretensión del actor para que se le reconozcan los aumentos anuales, sólo puede abarcar las cantidades de dinero que él dejó de percibir por dicho concepto, en el periodo que sirvió con anterioridad a los tres meses que procedieron a su reclamo administrativo, pues éste interrumpió la prescripción, pero no a los que le corresponden en los meses posteriores a su reclamo, pues siendo el aumento anual un derecho que se integra al sueldo por el solo efecto de cumplir el empleado con los supuestos establecidos en la Ley de Salarios de la Administración Pública conserva intacto su derecho a exigir que se le pague, de ahí en adelante, su salario completo" (Casación Nº 57 de las 17,00 h del 17 de agosto de 1977). Concluye la Procuraduría indicando que entonces, los servidores no pierden el derecho aunque no lo hubieren reclamado, en

27. Sentencia número 81 de las 9,00 h del 5 de julio de 1989 (Sala Segunda de la Corte).

sus efectos hacia el futuro, al reconocimiento de la antigüedad. Agrega, que el Tribunal de Servicio Civil en la sentencia de las 15,55 horas del 21 de agosto de 1986, resolvió el punto con acierto, cuando expuso: ". . .III. Fondo. Este Tribunal no comparte ni el criterio de la Dirección General de Servicio Civil ni el de la Procuraduría General de la República, el que ha servido de fundamento para rechazar las pretensiones del aquí actor. Las razones son las siguientes: Tal y como lo consignó el legislador en la exposición de motivos de la Ley 6835/82, artículo 12, inciso d), esa normativa se emitió para reparar una injusticia, dicho en las propias palabras del legislador, 'se pretende corregir una gran injusticia'. Si esa fue la pretensión, jamás podría haber prohijado un criterio que precisamente hace que la injusticia se mantenga. El sentido que tiene la oración de la ley que dispone 'Esta disposición no tiene carácter retroactivo' es la de no permitir que el trabajador a quien se le aplicara pretendiera el pago con efecto anterior a la ley; sentido idéntico aunque con una redacción más clara que tuvo la Ley 5977/76 cuando en su transitorio primero expresa 'pero sin derecho a demandar el pago de los aumentos anteriores al de la ubicación que aquí se cita.' Se observa de esta disposición normativa que precisamente el legislador quiso evitar afectar al presupuesto vigente con obligaciones de periodos liquidados y ese mismo sentido es el que tiene la norma invocada por el actor, porque de lo contrario se haría ilusoria la reparación o corrección de la injusticia que fue la causa que motivó su emisión. En consecuencia, contestes con lo expuesto, el reclamo tiene derecho a que se le reconozca toda la antigüedad que logre demostrar y a partir de este fallo."

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias números 16 de las 9,30 h del 6 de abril de 1988 y 162 de las 10,20 h del 5 de octubre de 1989, resolvió este punto, de la siguiente manera: ". . .Si se toma en cuenta el plazo de prescripción previsto en el artículo 607 del Código de Trabajo, como lo hicieron los tribunales de instancia, sí habría que acoger dicha excepción, pues en realidad el reclamo en forma retroactiva y para el futuro que hizo el actor ante la institución, se resolvió el 16 de mayo del citado año. Pero como se ha dicho, las anualidades son parte del sueldo de cualquier trabajador. La prescripción opuesta cabría solamente respecto de los meses que corrieron desde su ingreso a la institución accionada hasta tres meses anteriores a la presentación de la demanda por una conveniente seguridad jurídica establecida por jurisprudencia y de acuerdo con lo que prevé el artículo 607 citado. Entonces, esta prescripción no podría cubrir los últimos tres meses a dicha presentación, ni mucho menos el derecho a devengar las indicadas anualidades hacia el futuro en razón de que por la índole del mismo resulta imprescriptible." En la sentencia 162 del 89, se aclaró aún más el punto, cuando se dijo: ". . .Como la última frase del inciso d) del artículo 12 de la Ley de Salarios de la Administración Pública señala que: '. . .Esta disposición no tiene carácter retroactivo', se ha llegado a mal interpretar en el sentido de que la antigüedad en términos generales, no debe ser reconocida en forma pretérita, sino futura, lo que es un error. Este es otro matiz de la reforma en estudio, que fue objeto de discusión la que vino a ser aclarada con la resolución del Tribunal de Servicio Civil de las 15,55 h del 21 de agosto de 1986. . . En efecto, para lo correspondiente al reconocimiento de la antigüedad claro que la norma tiene efectos hacia el pasado pero, en relación con el pago del reconocimiento de la antigüedad para los efectos de los aumentos anuales, únicamente rige hacia el futuro, con lo que no afecta el presupuesto de la accionada que rige anualmente. . ." Nosotros decimos el reconocimiento de la antigüedad atañe al pasado pues, se nutre de servicios personales prestados en el pasado en otras instituciones o en la misma entidad, pero tiene efectos económicos únicamente en relación con el futuro, al mejorar el salario del correspondiente servidor, a partir de los tres meses anteriores a su reclamo administrativo, en aplicación del artículo 607 del Código de Trabajo y hacia el futuro, ubicando al servidor reclamante en el nivel de la escala salarial que rija en el ente, según precisamente el monto de su antigüedad.

3. JURISPRUDENCIA SOBRE LA COMPETENCIA RELATIVA A LA RELACIÓN EMPLEO PÚBLICO

El tema que se examina a la luz de la jurisprudencia nacional, nos hace caer en el punto de los conflictos de competencia entre la jurisdicción de trabajo y la jurisdicción contencioso administrativa. Con la advertencia de que la condición de Magistrado impide al ponente Vargas Hidalgo, la expresión

de criterios sobre casos concretos, sólo se comentarán sentencias firmes y por ende, perdieron el carácter de litigiosas; aparte de que, se trata de un estudio impersonal, objetivo y en algo, académico.

El tratadista Alberto Trueba Urbina, en la segunda edición de su libro *"Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo"*, tomo I, página 23, afirma: ". . .En las ficciones jurídicas del Estado moderno se quiebra la teoría de la personalidad única, así como la doble que tanta influencia tiene entre nosotros, pues de acuerdo con nuestra legislación y jurisprudencia el Estado actúa como persona de Derecho Público, cuando ejerce las funciones públicas que le confiere la Constitución Política y que comprenden a toda la comunidad; en tanto que si sólo ejerce derechos y obligaciones de carácter patrimonial, como cualquier particular, su personalidad se manifiesta como la de las personas de derecho privado. . . Pero nuestra Constitución de 1917, transformó el Estado moderno en político-social, imponiéndole la realización de nuevas funciones de carácter social encaminadas a la protección de grupos humanos económicamente débiles, de una clase social, la clase obrera, integrada por trabajadores y campesinos, . . ." Este autor en lo conducente hace el análisis anterior para referirse a la teoría de la triple personalidad del Estado. El tratadista que se cita, agrega en la página 41: ". . .Por otra parte, la propia Administración Pública quedó sujeta a una nueva relación jurídica con sus trabajadores; de donde resulta que entre ellas y éstos existen relaciones de carácter social es decir, específicamente laborales, . . . Así, la teoría del empleo ya no corresponde al derecho administrativo, como rama del Derecho público, sino al derecho del trabajo, como rama del derecho social, porque tanto la Ley Federal del Trabajo como la Ley Federal de los Trabajadores al servicio del Estado, constituyen las dos ramas o vertientes vigorosas que integran al derecho del trabajo de los obreros jornaleros, empleados públicos y privados, domésticos, artesanos, artistas, toreros, abogados, médicos, ingenieros y de todo aquel que presta sus servicios en el campo de la producción económica o en cualquier actividad laboral, . . ."

Trueba Urbina hace una clara manifestación de la teoría integral del Derecho del Trabajo, para conseguir un Derecho Laboral fuerte y expansivo que no limita sus alcances a las relaciones privadas obrero-patronales, sino que cubre también las relaciones públicas de servicio, cuando concibe la teoría del empleo, como una rama del Derecho del Trabajo, excluyendo al Derecho Administrativo de éste campo de acción de la Administración Pública.

En la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el criterio no ha sido uniforme y menos aún único. La Sala Primera de la Corte en las resoluciones 105 de las 16,00 h del 21 de setiembre de 1971 y 123 de las 16,15 h del 31 de octubre de 1975, ambas de mayoría, había resuelto que cuando se pide nulidad del acto administrativo y la reinstalación en el puesto, el asunto corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, porque sólo en ella es donde puede hacerse un pronunciamiento de esa naturaleza; sin embargo, con posterioridad e inclusive ya vigente la Ley General de la Administración Pública, dicha Sala, atribuyó el conocimiento de ciertos asuntos a la jurisdicción laboral, cuando dijo: "I. Ya esta Corte expresó que tomando en cuenta, entre otros factores, el de que la capacidad de trabajo es el único bien económico que poseen los trabajadores, tanto asalariados como independientes, la jurisdicción laboral contiene normas que simplifican el procedimiento en favor del trabajador, sin cargas y con procedimiento aun de oficio, lo que evita la intervención de abogados, todo con el fin de no hacer oneroso el litigio, contrario a lo que ocurre en la jurisdicción civil y en la contencioso administrativa, en las que hay normas complejas y cargas procesales costosas, tales como litigar con intervención obligada de abogados, con garantía de costas, etc. II. En los conflictos que surgen entre los servidores públicos y el Estado o la institución para la que trabajan, siempre está de por medio un acto administrativo, no obstante lo cual la ley o el estatuto respectivo atribuyen su conocimiento a la jurisdicción laboral, como ocurre entre otros, en los artículos. . . 395 del Código de Trabajo, y 4, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Nº 3667 de 12 de marzo de 1966, norma esta última que expresamente establece que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones de índole penal y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo. . . De manera que, si estuviere de por medio la validez o nulidad del acto administrativo relacionado con el conflicto de que se trata, es obvio que así puede declararlo la jurisdicción laboral, desde que a ella compete el conocimiento de tales asuntos." Fueron las resoluciones número 62 de las 16,30 horas del 18 de julio, 147 de las 14,00 h del 29 de agosto, 150 de las 15:30 horas del 5 de setiembre y 152 de las 15,00 h del 27 de setiembre, todas de 1979; la número 160 de las 16;30 horas del 26 de diciembre de 1984 y 163 de las 14;20 horas del 12 de noviembre de 1985, las que sostuvieron el anterior criterio. Aun cuando se pedía la reinstalación en el puesto se

inclinaron por asignar a la jurisdicción de trabajo los correspondientes juicios ordinarios de trabajo. Incluso en el voto salvado del Magistrado Cervantes a la reciente sentencia de la Sala Primera, número 241 de las 15,20 horas del 13 de diciembre de 1989, que luego examinaremos, en lo pertinente, se razonó: ". . .Cabe agregar ahora que, ya se trate de una relación laboral o de una relación estatutaria, lo que interesa es que el conflicto se plantea como motivo o con ocasión del trabajo, que lo fundamental en un caso como el presente es la causa de ese conflicto, constituida por la destitución y ante la dificultad de establecer criterios sobre cuándo un asunto corresponde a una u otra jurisdicción, lo más aconsejable es que sea la laboral, dada la naturaleza y características de ésta, que la hacen más beneficiosa al trabajador. . . Por otra parte y como también se dijo ya, la Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, expresamente excluye de esa jurisdicción las cuestiones que aunque relacionadas con actos de la administración pública correspondan a la jurisdicción de trabajo. . ." Se agrega en dicho voto salvado, que: ". . .Debe tenerse presente que la conservación de empleo es una cuestión de carácter netamente laboral. Esta observación no viene a menos en aquellos casos en que el empleador es el Estado o uno de los entes públicos menores. Por otra parte, el despido como acto jurídico que es, se encuentra sujeto al sistema jurídico globalmente considerado, el cual establece los requisitos que debe observar para su validez. Por ello, cuando contravienen normas imperativas o prohibitivas o carece de elementos esenciales o constitutivos, deviene nulo, sin que interese para tal efecto, el que el patrono sea un sujeto de derecho público o privado. . ."

Se concluye de los razonamientos del voto que se analiza, con lo que sigue: ". . .Las consideraciones expuestas han sido reiteradas por esta Sala en resoluciones anteriores y posteriores a las que se han citado, y a partir de la número 61 de las 15,30 horas del 8 de mayo de 1987, Considerando III, categóricamente agregó: 'Desde otro perfil, la discusión de si al actor. . . en lo tocante a su servicio, le es aplicable el Derecho Administrativo, es asunto que bien puede dilucidar la jurisdicción laboral, pues, en todo caso, en virtud del principio de la 'plenitud del ordenamiento jurídico', los jueces, de cualquier materia que sean, deben resolver los asuntos de que conocen y respecto de los cuales existan lagunas en la materia específica, acudiendo a la normativa y hasta los principios generales de las demás materias jurídicas. . . Por ello, los Jueces de Trabajo, pueden anular actos administrativos que hayan dado origen a relaciones de servicio, a aplicaciones de regímenes disciplinarios o a cualquier situación jurídica relacionada con un conflicto individual o colectivo, entre trabajadores y patronos, cuando el acto es ilegal, ya sea por reñir con normas laborales o administrativas."

Como se expuso arriba, el voto salvado antes citado se originó en la resolución de mayoría de la Sala Primera número 241 de 1989, que contrariamente a los razonamientos del Magistrado que salvó el voto para continuar con la jurisprudencia mayoritaria de esa Sala, sostuvo un criterio diferente. En otras palabras, viene la Sala Primera a finales del año 1989, a exponer que: ". . .En virtud de lo expuesto y en relación con el principio de la 'Plenitud Hermética del Ordenamiento Jurídico', lo indicado es aplicarlo en el sub júdice con respecto al Juez de lo Contencioso —si algo tiene que aplicar a lo laboral, que siempre será accesorio— y no a la inversa, pues de hacerse esto último, se introducen en el juicio de trabajo —como ya se ha dicho— modalidades, principios e institutos procesales, que pugnan con su naturaleza. Si el trabajador, acorde con su petitoria escoge la vía contenciosa, es porque sus pretensiones específicas se avienen mejor con las posibilidades que le brinda esta jurisdicción. . . Nótese como ya fue expresado, que el artículo 4 de la ley reguladora, al hacer la remisión a la vía laboral, señala que los casos que deban ser sometidos a dicha sede, serán aquellos que correspondan a la jurisdicción de trabajo; y de acuerdo con el artículo 395 del Código respectivo, tales casos serán los que surjan de conflictos o diferencias, entre patronos y trabajadores, derivados de la aplicación de ese Código, del contrato de trabajo y de hechos íntimamente relacionados con él. En este caso, la diferencia o conflicto entre patrono y trabajador no proviene de la aplicación de un instituto laboral —como sería el despido, el cual como tal se combata— sino administrativo, y al impugnarse el respectivo acto desde la óptica administrativa, el conflicto queda al margen de la jurisdicción laboral. Ya se dijo que correspondería a ésta, si se adujera, no la nulidad del acto (por vicios que se dilucidan con arreglo al Derecho Administrativo), sino la responsabilidad patronal proveniente de ese acto, generándose así el derecho del trabajador al pago de las indemnizaciones respectivas, cuyo reconocimiento se pida. Ha de observarse, en fin que, según la naturaleza determinada por los hechos aducidos y pretensiones esgrimidas en autos, el caso encaja dentro de la prescripción del artículo 86, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala la materia de conocimiento del Juez Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. . ."

En la controversia resuelta en esta oportunidad por la Sala Primera en la referida sentencia número 241 de 1989, el actor demandó para que en sentencia se anule un acto administrativo mediante el cual la gerencia general de una institución pública acordó prescindir de sus servicios por interés institucional y pérdida de confianza. Como consecuencia de esta petitoria pide el pago de salarios caídos y de los daños y perjuicios irrogados. De manera que en razón de la petitoria aludida y de los hechos en que descansa la controversia, la Sala resolvió el asunto declarándolo de conocimiento de los Tribunales Contencioso Administrativos.

Ahora bien, cuál ha sido el criterio jurisprudencial más reciente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Tradicionalmente la Sala Segunda sostuvo el criterio de que cuando se solicita por el demandante que en sentencia se anule, como pretensión principal, el despido como acto administrativo y como consecuencia de ello se solicita también la reinstalación, que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa.[28] En los demás casos, en que servidores públicos acuden a los tribunales para solicitar la aplicación del Código de Trabajo, sus leyes conexas o supletorias o para discutir asuntos derivados de la aplicación o interpretación de contratos individuales de trabajo, convenciones colectivas, sentencias colectivas y similares, ha considerado, que la competente es la jurisdicción de trabajo.[29] En el año 1989, la Sala Segunda, en varias resoluciones, además de ratificar la orientación jurisprudencial de asignar a la jurisdicción de trabajo los asuntos de esta naturaleza, conforme a lo expuesto en líneas antecedentes, incluso llegó a resolver atribuyendo la competencia a los tribunales de trabajo, casos en cuya petitoria, se solicitaba dejar sin efecto sanciones disciplinarias, incluyendo acuerdos administrativos de destitución de servidores públicos. Por lo general, la Sala Segunda ha conocido de este tema en los conflictos de competencia por razón de la materia, derivada de posiciones diferentes de tribunales menores. En el caso de Luis Ricardo Bogantes Villegas contra el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y a pesar de que en lo esencial, el interesado pedía que se declare que tanto la suspensión sin goce de salario, como la sanción económica que se le impuso son improcedentes y que por ello, se debe dejar sin efecto el contenido del oficio número 7679-DRH-88 de 21 de octubre de 1988, la Sala resolvió que el Juzgado Tercero de Trabajo de San José, sí es competente para conocer del juicio ordinario de trabajo incoado por ese servidor público contra aquella institución pública, fundamentándose en el artículo 395 del Código de Trabajo, y en el artículo 4, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Poco tiempo después pero, siempre en 1989, la Sala Segunda resuelve la competencia surgida en el juicio ordinario establecido ante el Juzgado Primero de Trabajo de esta ciudad, por Pablo Casafont Odor y otros contra el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, atribuyéndole la competencia a ese Juzgado laboral, sobre esta controversia. Los abogados y notarios de planta del INVU con una larga petitoria, piden en lo que interesa, se obligue a la institución a acatar un acuerdo administrativo de la Junta Interventora, de esa institución y que se deje sin efecto otro acuerdo de la Junta Directiva regular, que los suspendió de sus funciones notariales. Para resolver este punto la Sala en lo conducente dijo: ". . .Este asunto debe verse como un solo todo y no parcialmente, en cuanto a que, el problema se ha suscitado con motivo y con ocasión del trabajo profesional prestado al ente demandado por los actores, todos licenciados en derecho debidamente incorporados al colegio respectivo y autorizados para el ejercicio del notariado, aspectos ambos —abogacía y notariado— que ha ejercido para la institución simultánea y coetáneamente. Devengan un salario, así como honorarios de notario, distribuidos según el sistema interno que rige en el ente patronal. Esta Sala sostiene una vez más el criterio de que no puede ni debe distinguirse entre la labor profesional del abogado y del notario, cuando como en el presente caso, se despliega en el tiempo y en el espacio por las mismas personas sujetas a una relación pública de servicio; prestaciones que se realizan para un mismo patrono y por las cuales percibe salario y honorarios de abogado y de notario y ratifica la jurisprudencia existente, de que

28. Sentencias números 36 de las 16,30 h del 13 de mayo de 1981, 43 de las 14,10 h del 12 de mayo de 1983 y 79 de las 10,00 h del 1 de setiembre de 1986. En estas resoluciones se reclama por su orden, sobre la validez de un acuerdo de la Corte Plena, se pide reinstalación, y que se deje sin efecto una acción de personal. Todas de la Sala Segunda de la Corte.

29. Sentencia número 24 de las 16,00 del 12 de noviembre de 1980, en que la Sala Segunda decide que el asunto lo debe resolver la jurisdicción de trabajo, aun cuando la actora está protegida por el Régimen de Servicio Civil, pero reclama prestaciones legales, vacaciones y aguinaldo.

en el caso del abogado y notario empleado, vinculado con el patrono por una relación de trabajo, como es el caso de los actores, la vía pertinente para discutir la controversia originada en tal prestación de servicios es la de trabajo. . ." La Sala en esta oportunidad sustentó su fallo en los artículos: 1, 2, 4, 14, 16, 17, 18, 395 y 415 del Código de Trabajo, en relación con el número 70 de la Constitución Política y los numerales 1, 2, 3 y 49 del Reglamento de Honorarios de Abogado y Notario.[30]

La Corte Suprema de Justicia, en resolución de las 16,00 horas del 14 de julio de 1984, recaída en el juicio arbitral seguido entre el Poder Ejecutivo, el Banco Nacional, y el Sindicato de Empleados de ese Banco (SEBANA), actuando como árbitro a solicitud de las partes, resolvió según el compromiso de arbitraje, ese diferendo, así: ". . .Se ha sostenido que a partir de la vigencia de la Ley de Administración Pública, los servidores públicos quedaron sometidos al Derecho Administrativo y no al Código de Trabajo. Que la relación privada es contractual y se aplica el Código dicho y la relación pública es estatutaria, situación en que rige la correspondiente ley. Pero no parece que nuestro legislador al emitir dicha ley, hubiera tenido en mente una división tan profunda y trascendental, que deja en desprotección y sin legislación adecuada a muchos sectores de la Administración, máxime cuando el criterio de Administración es tan amplio que comprende no sólo al Estado sino a todos los entes públicos. (Artículo 1).

Por el contrario, lo correcto es entender que el legislador siempre tuvo en consideración la vigencia y aplicación del artículo 14 del Código de Trabajo, como Ley de orden público, que ordena sujetar a sus disposiciones, a todas las empresas, explotaciones o establecimientos de cualquier naturaleza, públicos o privados. . . Las autoridades costarricenses han permitido y suscrito durante muchos años convenciones colectivas de trabajo; esta tradición costarricense, está de acuerdo con la mejor doctrina, como aseguradora de la paz social, fruto de la negociación de las partes. De manera que esa costumbre, sirve como norma no escrita, para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito. (Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública) . . ." Es importante aclarar, que en esta ocasión, la Corte Suprema de Justicia investida como Tribunal de Arbitraje, por la Asamblea Legislativa, hizo otra serie de consideraciones, entre ellas, que las convenciones colectivas de trabajo tanto en el sector público como en el privado, se encuentran sometidas a la ley; que las cláusulas convencionales deben guardar conformidad con las disposiciones de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria y con las políticas económico sociales que el Estado puede establecer con base en ésta o en otras disposiciones legales; que no pueden las normas convencionales ser tampoco contrarias a la moral ni al orden público (artículo 28 de la Constitución Política), ni establecer discriminaciones respecto al salario o ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros o con respecto, a algún grupo de trabajadores (Artículo 68 de la Constitución Política).

La Corte Suprema de Justicia, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad, a las 13,30 horas del 14 de junio de 1984, sesión extraordinaria número 42, en que se pedía declarar inaplicables algunos artículos de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, resolvió en lo que interesa: ". . .La materia salarial de los servidores de un ente descentralizado, 'formular directrices' en ese campo, ¿será 'materia de gobierno', o 'materia de administración', según acaba de distinguirse?. . . De manera que lo relativo a la fijación de salarios como política general en el sector público, no puede decirse que es materia principal, exclusiva o predominantemente "administrativa", sino más bien "gobierno". . . Por supuesto que la ejecución de medidas concretas o individualizadas para cada servidor, que acarrea la puesta en práctica de las medidas de gobierno, es materia administrativa,. . ." La Corte finalmente, declaró constitucional la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, pero en realidad, para los efectos de este estudio, lo que interesa, es el criterio exteriorizado en el sentido de que la ejecución de medidas concretas para cada servidor público, es materia administrativa, aunque con ellas se pongan en práctica medidas de gobierno.

30. Sentencias números 64 de las 15,50 h del 31 de mayo de 1989 y 88 de las 9,40 h del 16 de agosto de 1989. La Sala Segunda, en ambas, se pronuncia asignándole la competencia a los tribunales de trabajo.

SÍNTESIS

Desde luego, y sin entrar a discutir el buen criterio sostenido y manifestado por la Procuraduría General de la República y en particular, por la Corte Suprema de Justicia, la Sala Primera, la Sala Segunda y el Tribunal Superior de Trabajo de San José, sí hemos tratado de presentar a los participantes de este Congreso el tema de la relación de empleo público, y los distintos enfoques de la jurisprudencia nacional.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA FACTURA COMERCIAL A LA LUZ DE LA REALIDAD MERCANTILISTA

LIC. RÓGER BRAVO ÁLVAREZ

El siguiente es un comentario que busca analizar algunas situaciones legales, prácticas y jurídicas en relación con la factura comercial, a efecto de brindar y analizar cierta información sobre la actualidad que se cierne en torno a esta figura jurídica de la factura, que valga adelantarlo, es muy incierta por la cantidad de situaciones que se han presentado ante los Tribunales de Justicia.

El Derecho Mercantil como fenómeno histórico no siempre ha regulado la misma realidad, ha dependido a través de su evolución de diversas circunstancias para irse moldeando como tal, sobre todo, como una rama específica, o especial, para regular determinada actividad ejercida por los hombres en el desenvolvimiento de sus quehaceres diarios.

Actualmente las actividades comerciales del siglo XX han hecho que el Derecho Mercantil se vaya transformando, vaya cambiando, o por decirlo en una frase, adaptándose a una nueva realidad, a una nueva forma de ser.

Todo esto lo que muestra, de primera oportunidad es que el Derecho Mercantil que conocimos diez, veinte y treinta años atrás, ya no es suficiente para regular el tráfico de bienes y servicios que diariamente protege el Ordenamiento jurídico mercantilista y, de segunda oportunidad es, que aun siendo suficiente en determinados casos, se ha convertido, desde esta perspectiva que se pretende analizar, en un Derecho contraproducente en la medida en que protege determinadas situaciones que perjudican a los mismos comerciantes, contra los usos, costumbres y realidad mercantilista que vive un país como Costa Rica en un momento y época determinada.

Es entonces, bajo estas dos direcciones que desarrollaremos este breve comentario, una que llamaremos *Desarrollo y Evolución Mercantil;* y otra que llamaremos *Insuficiencia y Realidad Mercantil,* ello a efecto de concluir esta información con algunas recomendaciones de orden jurídico y práctico que podrán asegurar un poco más las actividades comerciales diarias.

DESARROLLO Y EVOLUCIÓN MERCANTIL

El comercio siempre ha sido una actividad, y no es un secreto histórico que, se ha desarrollado a la luz y al amparo de un costumbrismo práctico, caracterizado por la peculiaridad de ciertas actividades y usos que ameritan por la dinamicidad y agilidad con que se verifican, de una normativa especializada capaz de regular ese intercambio de bienes y servicios, característico de todo comercio.

En un inicio, que podemos llamar histórico, el comercio se reguló y evolucionó bajo la normativa de un Derecho Civil, de una normativa civilista sumamente flexible que permitió que el comercio, como intercambio de bienes y servicios caracterizado por un tráfico constante, no necesitara de una normativa especializada y uniforme en relación con su giro constante. Sin embargo, esta flexibilidad más arraigada en la figura del Pretor Romano que en la legislación misma de la época, no trascendió hasta nuestros días precisamente por razones de orden práctico que podemos llamar "necesidades especiales" de un grupo de personas, posteriormente conocidas como Comerciantes, que por su profesionalismo en el giro mercantil necesitaban que sus actividades fueran reguladas por un derecho especial,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desligado de formalismos, tradiciones civilistas y de otros aspectos que entorpecían esa rapidez y dinamicidad con la que siempre se ha movido el comercio.

De manera entonces, que ha sido este costumbrismo práctico el que le ha dado la especialidad y su razón de ser al Derecho Mercantil como el Derecho que regula ese intercambio de bienes y servicios. Ya lo dice un autor mercantilista:

"Los comerciantes se separaron poco a poco del derecho común con sus propias costumbres, que iban siendo compiladas, y convirtiéndose así en germen de un Derecho especial."

Así, esta parte histórica que hemos comentado sucintamente refleja, en pocas palabras, la importancia que tienen para el ejercicio del comercio las costumbres y los usos, en la medida en que el Derecho Mercantil siempre ha reñido con el "procedimiento tosco y primitivo propio del Derecho Civil."

En síntesis, lo que se ha querido enseñar, bajo este tópico, es que el comercio encuentra su sede y base en la realidad, muestra históricamente una separación del Derecho Civil y se convierte en una actividad ágil y dinámica regulada por la especialidad de un derecho que debe regular esa dinamicidad; de allí su desarrollo y evolución.

INSUFICIENCIA Y REALIDAD MERCANTIL

Bajo esta línea caracterizamos todas aquellas cosas, circunstancias y situaciones que, de una u otra forma, no se acomodan a la realidad mercantil por el formalismo y entrabamiento jurídico que no se adapta a ese costumbrismo. Una situación, entre varias es la referente a la factura mercantil.

La factura no es un contrato mercantil, simplemente, es un comprobante de compra y venta que detalla, bajo ciertas peculiaridades, la existencia de un contrato anterior perfeccionado entre dos comerciantes.

El problema en relación con la factura y, ya bajo lineamientos reales y prácticos, es que se puede prestar para la realización de estafas y fraudes entre comerciantes, no por su naturaleza de tal, sino que por la redacción del artículo 460 del Código de Comercio que dice:

"Artículo 460. La factura será título ejecutivo contra el comprador por la suma en descubierto, si está **firmada por este, por su mandatario o por su encargado,** debidamente autorizado **por escrito** y siempre que se le agregue timbre fiscal en el acto de presentarla al cobro judicial. El valor del timbre será el que correspondería a un pagaré y se cargará al deudor como gastos de cobro.

La suma consignada en una factura comercial se presume cierta y las firmas que la cubren auténticas." (El subrayado es nuestro).

¿Qué quiere decir este artículo?

Quiere decir que toda factura de venta, de compra, de recibo, de entrega, de contado y de crédito, debe estar firmada por una persona que esté debidamente autorizada por *escrito* para tal efecto, de otra forma tales facturas serán nulas. Sin embargo y a pesar de ello, quizá como una forma de alinearse en algo con el giro y práctica del comercio, el mismo artículo presume que las firmas estampadas en la factura comercial, son auténticas, pero esta autenticidad admite prueba en contrario, de allí su presunción, y bastará que en el momento en que sea necesario tramitar el cobro judicial con base en estas facturas, la parte demandada exprese que tales facturas no fueron firmadas por persona con poder por escrito para ello, en perjuicio del comerciante que creyó y confió en la práctica diaria del comercio, *que se basa en una confianza y buena fe presunta.* Claro, esto tendrá que demostrarlo y en la mayoría de los casos las personas que recurren a esto se valen de las estrategias más complejas para hacer imposible el cobro judicial con base en esas facturas, con el agravante de que al momento en que recurran a estas artimañas atrasarán el cobro judicial hasta dos y cuatro meses, con la expectativa de que alguna alcaldía, juzgado o tribunal acoja sus pretensiones en perjuicio del comerciante que tramita el cobro judicial, produciéndose en la realidad una verdadera estafa o fraude al amparo de la ley. Esta es una situación muy delicada y de allí que la pasemos a comentar bajo las siguientes líneas.

El trámite, confección y desenvolvimiento de la factura en el ambiente comercial, constituyen una práctica que no rima con la letra de la ley, a simple vista, pero que en relación con el espíritu de la ley sí guardan alguna concordia y armonía.

Sin embargo, lo triste del asunto no es el texto de la ley en sí, es la interpretación y la utilización que se le está dando hoy en día a ese artículo, 460 del Código de Comercio, porque si el mismo fuera analizado y visto en relación con todo el Ordenamiento jurídico mercantil como un contexto orgánico y uni-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

forme, el artículo no tendría problema a pesar de su redacción y de su exigencia un poco distante de la agilidad y rapidez que necesita el comercio. Veámoslo en los siguientes términos y en relación con otras figuras jurídicas mercantiles.

En primer lugar ubiquémonos bajo la óptica de las obligaciones del comerciante, señala el artículo 234, inciso b), del Código de Comercio:

"Los que ejercen el comercio contraen las siguientes obligaciones:

Distinguir su establecimiento con su nombre que puede ser, si se tratare de una sociedad, su razón social o denominación debidamente registrada."

Este artículo contempla una situación básica en el comercio, la existencia de un lugar en donde el comerciante desarrollará sus actividades, donde se encontrará la sede de su negocio comercial y, en donde ejercitará el comercio. De allí que deba identificarlo con signos, nombres, dibujos y demás características que le permitan a los otros comerciantes y público en general, identificar a simple vista el negocio comercial.

Igual situación sucede en relación con las sociedades mercantiles, recuérdese que la ley no solo exige la identificación del negocio en sí, sino que también la clase de sociedad que es, la cual en sus rótulos deberá indicar si es una sociedad, anónima, en comandita, o de responsabilidad limitada; y todo ello se exige bajo un mismo fin, *que el público y otros comerciantes sepan de antemano con qué tipo de comerciante van a tratar,* exigencia ésta que valga decirlo, encuentra su razón de ser en la confianza y buena fe presunta que debe imperar en un ambiente mercantil.

En relación con la factura este artículo es trascendental para entender y comprender el último párrafo del artículo 460 del Código de Comercio que dice así:

"Artículo 460. . . La suma consignada en una factura comercial, se presume cierta y las firmas que la cubren, auténticas."

¿Cuál es la relación entre ambos artículos?

La relación se basa y se sustenta en la buena fe negocial, que presume que toda obligación y contrato mercantil suscrito entre comerciantes, previamente identificados entre sí, se presume como una relación válida, auténtica y eficaz, en la medida en que una mercadería que se compra o se vende, de contado o a crédito, se entrega o se recibe, en un lugar claramente identificado como lo exige la ley, se reputa como válidamente hecha por el comerciante a través de sus auxiliares mercantiles. Así en ese sentido el auxiliar del comerciante, dentro de la organización de la empresa, es capaz de adquirir y suscribir, obligaciones y contratos en nombre del comerciante, toda vez que el establecimiento del mismo ha debido ser distinguido con un nombre que puede ser una razón o una denominación social. Y ello es tanto así en la práctica diaria, que el que compra o vende, de contado o a crédito, o entrega o recibe mercaderías, como en el caso de los transportistas, no le está preguntando a las personas que verifican cualquiera de los actos mencionados, si tiene o no poder por escrito para realizar tales actos y, no lo hace, no por ignorancia, sino porque el tráfico mercantil es dinámico, ágil y rápido y ante todo desligado de formalismos que presupone que todo está bien en el establecimiento identificado con el que contrata o se obliga de una u otra forma.

De allí entonces el por qué dijimos anteriormente, que en alguna medida es que la práctica diaria guarda concordia y armonía con este artículo 460 del Código de Comercio, la guarda en la presunción de validez y autenticidad de la factura que contempla el texto legal. Y por otra parte, no la guarda toda vez que exige la existencia de un poder escrito, el cual no individualiza ni caracteriza ni dice el tipo de poder que debe ser, ello abiertamente implica ponerle ciertas formalidades al comercio, que no ha conocido histórica ni realmente, porque este poder por escrito no son todos los dependientes, ni los encargados de una empresa, los que gozan de esa autorización mencionada, a lo sumo lo que tienen es un mandato verbal; entonces qué sucede, que algunos comerciantes de cierta estirpe encuentran muy fácil el sustraerse a sus obligaciones contraídas alegando únicamente la inexistencia de ese poder por escrito al momento en que se contrajo la obligación y a la hora en que son requeridos de cobro judicial. Ya lo dice un autor mercantilista:

"En virtud del principio general de Derecho, según el cual, nadie queda obligado por los hechos de otro, habrá que convenir en que el dueño está libre de responsabilidad por los contratos que a su nombre haya podido celebrar quien no era su legítimo apoderado; *pero esto no estaría acorde con la buena fe* que debe imperar en el tráfico mercantil ni *con la seguridad* que éste exige para su desenvolvimiento; la ley entonces debe salir al paso del comerciante que quiera aprovecharse de esta situación irregular, *creada por él mismo,* y extender su protección al público y a otros comerciantes que han sido inducidos a contratar con quien aparentaba ser factor."

Valga añadir entonces, que desde un primer punto de vista, si el artículo 460 fuera analizado a la luz de todo el Ordenamiento jurídico mercantil, no presentaría problemas, porque es obvio que los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

actos que realice el dependiente, el factor, o el encargado de una empresa identificada y distinguida en la forma debida, se reputan como válidamente celebrados por el comerciante, toda vez que el establecimiento mercantil está abierto al público y, éste no tiene por qué verse perjudicado por una situación de la que muchos actualmente se están aprovechando para no cumplir con sus obligaciones, en perjuicio de quienes contratan con una empresa cuya organización se supone existe y es acorde con el ejercicio comercial que lleva a cabo.

Y en segundo lugar, ubiquémonos bajo la línea de los auxiliares del comercio para darle sentido uniforme a este artículo 460.

En efecto, "el comerciante necesita valerse de otras personas para realizar los negocios que forman el objeto de su actividad económica. No podría él, sin contar con un cuerpo de dependientes que atiendan al público y a los proveedores, celebrar los cientos y hasta miles de negocios que a diario se plantean en un establecimiento comercial moderno."

Ello lo que realmente significa es que el comerciante necesita, no de una, sino de varias personas que participen activamente en el giro de su negocio generando en ese desenvolvimiento tres tipos de relaciones:

A. Relaciones entre el comerciante y su auxiliar o colaborador;

B. Relaciones entre el auxiliar y los terceros con quienes contrata; y

C. Relaciones entre los terceros y el comerciante.

Estas relaciones, valga decir, son posibles gracias a que el auxiliar se desarrolla al amparo de una empresa o de un comerciante, de quien recibe su encargo en forma verbal en cuanto a las funciones que debe ejercitar y, en esa medida es que obliga al comerciante en cuanto a los actos que ejecuta en su nombre.

En relación con la factura comercial nos interesa destacar aquí dos tipos de auxiliares mercantiles, los dependientes y los factores.

Los dependientes son todas "aquellas personas subordinadas, a quienes el comerciante o empresario encomienda la realización diaria de gestiones particulares propias de su establecimiento, dentro o fuera de él. Todos ellos realizan multitud de actos de comercio, de diversa naturaleza, pero no los celebran en nombre propio, *sino a nombre y por cuenta* del dueño del establecimiento al cual sirven. En ese sentido son auténticos representantes directos de su principal, como ocurre con el factor. Entonces son personas que también en su condición de encargados del negocio gestionan el comercio y ejecutan contratos mercantiles previamente perfeccionados entre el peticionario y el petente cuando se trate de recibir y entregar mercaderías."

De forma entonces que es claro que un dependiente actúa con un mandato implícito y verbal, de su comerciante para ejercitar el comercio; y, ello a la vista de la factura comercial y en relación con los distintivos que debe contener en cuanto a nombre se refiere un establecimiento mercantil, hacen válida la actuación de este auxiliar en ese establecimiento mercantil, porque el comercio supone que el giro que despliega un establecimiento de esta naturaleza es de buena fe; ya lo dice el artículo 371 del Código de Comercio:

"Los actos de los dependientes obligan a su principal en las operaciones que les estuvieren encomendadas expresamente."

Y los factores por su parte son todas aquellas personas que se presumen administradores, es un auxiliar que obedece a la necesidad del comerciante de poner al frente de un establecimiento comercial o industrial, a alguien que se encargue de dirigirlo, de administrarlo y de representar al dueño en la celebración de los contratos que la explotación normal del negocio demanda.

La ley exige que para ser factor se requiere tener capacidad legal para obligarse y contar con un poder general o generalísimo según lo disponga el poderdante.

Pero el asunto se complica un poco cuando se trata de analizar la figura del llamado *factor notorio*, que es aquella persona que puede tener o no poder por escrito y que por el solo hecho de gestionar y celebrar negocios en un establecimiento que *notoriamente* pertenezca a persona o sociedad conocida, se deben y se reputan como válidas todas sus actuaciones en ese establecimiento mercantil, en relación con los terceros con los que contrata y, en esa medida es que obliga al comerciante, precisamente, por los distintivos que hacen presumir que ese negocio comercial pertenece a una persona o sociedad conocida.

Así lo declara el artículo 315 del Código de Comercio cuando expone:

"Los contratos hechos por el factor en un establecimiento que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida, *se tienen por celebrados por cuenta del propietario del establecimiento*, aun cuando el factor no lo declare al tiempo de celebrarlos, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento; o si; aun cuando sean de otra naturaleza, resulta que el factor obró con órdenes del comitente, que éste aprobó su gestión en términos expresos;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por hechos positivos que induzcan a presunción legal."

De forma entonces, que la importancia de estos auxiliares mercantiles, con respecto a la factura comercial, es que todas aquellas compras, ventas, de contado o a crédito, entregas o recibos de mercadería, que sean asumidas por los factores con poder, o notorios, y por los dependientes de un establecimiento mercantil, obligan al comerciante o a la empresa que ha dispuesto contar con los referidos colaboradores para ejercitar y desarrollar una actividad comercial, precisamente por verificarse estos actos en un lugar claramente identificado como negocio comercial.

En resumen y desde esta segunda perspectiva, el artículo 460 del Código de Comercio no tendría ni presentaría ningún problema en cuanto a la validez y autenticidad de la factura, por cuanto ésta como simple comprobante que es, de un contrato anterior y ya perfecto, se reputaría como válida y eficaz para tornarse ejecutiva con respecto a un cobro judicial, con solo que haya sido suscrita por un dependiente o un factor en un negocio comercial identificado, de otra forma, cualquier comerciante doloso recurriría a las formalidades del artículo 460, como está sucediendo actualmente, para no cumplir con sus deudas y obligaciones, perjudicando a quien por mantenerse en ese intercambio de bienes y servicios que mantiene el comercio de un país, confió en él para ejercitar su comercio.

La situación es delicada, y más hoy en día que el pillaje está casi institucionalizado dada la falta de valores, educación y cultura con que se mueve el mundo. Costa Rica como país pequeño no está exento de esta realidad, al contrario, ya son muchos los casos que nuestros Tribunales están atendiendo por cobros judiciales basados en facturas comerciales y, la práctica de mayor uso entre los litigantes abogados, es recurrir al dicho de que las facturas no fueron firmadas por persona apoderada para ello y con ese solo dicho y, algunas pruebas confeccionadas para ese efecto, logran sustraer a sus clientes de las sí verdaderas obligaciones que han adquirido con otros comerciantes.

Al respecto pueden leerse las siguientes dos resoluciones del Tribunal Superior Civil, que dicen:
"Si bien en otras ocasiones el Tribunal ha dado el rango de título ejecutivo a la factura por servicios, es lo cierto que con nueva integración y acorde con la doctrina, se ha variado esa jurisprudencia y la factura en lo mercantil será título ejecutivo contra el comprador por la suma en descubierto, únicamente si está firmada por éste, por su mandatario o por su encargado, debidamente autorizado por escrito y siempre que se le agregue timbre fiscal en el acto de presentarla al cobro judicial."

(1979. Tribunal Superior Civil, Nº 588 de las 9,10 horas del 24 de julio).

"Si bien la factura presentada como base de la ejecución aparece extendida a nombre del demandado, es lo cierto que ostenta una firma distinta a la suya al parecer de otro sujeto sin que conste que hubiere sido autorizado por el demandado en la forma establecida por la ley para firmarla en su nombre; de ahí que deba concluirse que dicho documento no constituye título ejecutivo debiendo revocarse el auto apelado de precepto solvendo y en su lugar denegar curso a la ejecución."

(1979. Tribunal Superior Civil, Nº 488 de las 9,40 horas del 28 de junio).

También puede leerse con preocupación la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Civil, Nº 506-87 de las 15,00 horas del 14 de agosto de 1987; que en lo que interesa dice:

"La factura es título ejecutivo si reúne los requisitos que señala el artículo 460 del Código de Comercio. Debe estar firmada por el deudor o por su mandatario encargado, debidamente autorizado por escrito. Todas las facturas al cobro aparecen firmadas, pero el representante de la demandada única persona autorizada por la empresa para actuar en su nombre, ha negado que las firmas que aparecen en esas facturas sean de su puño y letra."

Esta última resolución como se puede ver, sumamente reciente, es en extremo preocupante por cuanto en el expediente de ese proceso no existe la más mínima prueba de que el representante de la demandada sea el único que puede firmar las facturas, ya que como se ve al final de esa jurisprudencia, el juez lo que hace es aceptar únicamente el dicho del demandado y acomodarlo legalmente. Con lo cual el comerciante no cumplirá con sus obligaciones contraídas con otro comerciante.

Al igual que las anteriores, son jurisprudencias, fallos o sentencias judiciales, que eximen a los comerciantes de sus obligaciones y, ello como se ha expresado líneas atrás, únicamente perjudica al comercio y a su dinamicidad caracterizada por la buena fe presunta en la intermediación de los bienes y servicios, que es la esencia de la actividad especulativa.

En síntesis quizá la factura no sea el medio de mayor idoneidad para materializar las deudas que asume un comerciante, pero sí es el método de mayor agilidad y dinamicidad que requiere el comercio para no atrasarse, y un atraso en el comercio por cuestiones de forma, todos sabemos, representa una gran pérdida económica y, en esa medida es

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que hemos hablado en esta segunda etapa de la insuficiencia del Derecho Mercantil en relación con la realidad mercantil, precisamente porque ya hoy en día la factura no es instrumento de seguridad para que los comerciantes acreedores y de buena fe, puedan satisfacer sus créditos a través del pago del deudor. De allí entonces que la realidad una vez más es la que ha determinado la insuficiencia del Derecho Mercantil, como Derecho especial para regular esas necesidades especiales del ejercicio del comercio de un país.

En nuestro concepto, es necesario encontrar algunas medidas que al menos mantengan en la factura, esa seguridad que siempre la ha caracterizado, a efecto de que los créditos no se tornen ilusorios y, con esa intención es que me permito recomendar lo siguiente:

1. Lo más recomendable es que se trabaje con órdenes de compra, porque ellas son una prueba del pedido de la mercadería; no obstante es muy probable que pueda también llegarse a presentar el problema de la firma autorizada por escrito sobre la orden de compra, para ello entonces consideramos que es necesario que dentro de esa línea la compañía que venda deba tener un registro de firmas autorizadas por el comprador, que a la hora de recibir la orden de compra se confirme que efectivamente ha sido extendida por persona autorizada por el comerciante para ello.

2. Si se tienen clientes fijos que compran a menudo y/o constantemente, los productos o mercaderías de un establecimiento mercantil determinado, es recomendable que se solicite de ellos una lista de las personas que tienen capacidad autorizante, o poder por escrito, para suscribir las facturas en nombre y representación del comerciante que compra, una lista que deberá contener los nombres, números de cédula y firmas de las personas autorizadas y, que los comerciantes vendedores deberán verificar a través de sus auxiliares, al momento de suscribirse las facturas. Quizá esta sea la solución más idónea por cuanto se estaría de antemano sustituyendo una presunción de autenticidad sobre la firma estampada en la factura, por una seguridad fehaciente de que se trata de la firma autorizada para contraer obligaciones en nombre y representación del comerciante comprador en forma escrita, por cuanto existe una lista de personas autorizadas por éste para obligarse. En otras palabras podríamos interpretar con cierta seguridad que dicha lista constituiría el *poder por escrito* que le otorga el comerciante a su encargado y/o mandatario para obligarse por él.

3. Si se trata de clientes ocasionales que solicitan o compran mercaderías, antes de entregar las mismas, es recomendable solicitar que las facturas de entrega o recibo sean firmadas por el apoderado o representante de la empresa, con poder suficiente para ello, exigiendo en dicho momento que se les otorgue una copia del poder que tiene la persona que suscribe la factura. Si esta persona no tiene poder por escrito, entonces consignen en sus facturas, como una cláusula más, lo siguiente:

"Esta factura ha sido firmada por persona con poder suficiente para tal efecto, la cual está autorizada para suscribir este documento conforme lo contempla el artículo 460 del Código de Comercio."

Luego en la parte inferior del texto deberá quedar estampada la firma del Representante de la Empresa y la firma del que entrega las cosas y, luego se le puede agregar para darle mayor seguridad al documento, la autenticación de un abogado.

Esta fórmula a pesar de ser muy clara y legal, siempre por supuesto correrá el riesgo, aunque menor, de ser objeto de la misma situación que se ha comentado, aparte de que se trata de una recomendación que riñe abiertamente con la agilidad y dinamicidad que debe tener el tráfico mercantil.

4. Otra forma es que se hagan dos facturas originales; una que debe ser firmada en el momento mismo en que se retira o se entrega la mercadería y, otra que se llevará el apoderado general para que sea éste el que la firme y suscriba al momento de llevársele la factura para su trámite de pago, así entonces el comprador suscribirá con fundamento en el artículo 460 la factura respectiva y el vendedor eliminará en presencia de aquél la factura suscrita por su dependiente y/o auxiliar mercantil, de esta forma existirá cobertura; la primera factura, que podría llamarse "comprobante" sería para que no se atrase el comercio de los bienes, ni se pierda el transporte o flete de la mercadería y, la segunda sería para cumplir con las formalidades, que por supuesto riñen contra todo lo que es comercio, del artículo 460 del Código de Comercio; y

5. Una última recomendación entre otras, es la confección entre varios comerciantes que comercian el mismo tipo de bienes o similares, de un contrato o *convención nacional* entre todos, en donde se obligue a que los funcionarios de cada empresa, tengan una identificación clara y visible, que permita identificarlos como dependientes, o factores con poder suficiente para suscribir las facturas; o bien tratar de que todos los comerciantes amigos y demás hagan que sus dependientes o funcionarios, tengan una identificación que los señale como tales, que indique el poder que tienen y el puesto que desempeñan y, si son aptos para suscribir facturas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en nombre y representación de la empresa. Sería entonces el tratar de llegar a una gran cruzada nacional y, por qué no internacional, para intentar darle al comercio a través de una negociación contractual, *una agilidad y dinamicidad segura*, de tal forma que los usos y costumbres que actualmente identifican y caracterizan una actividad, adquieran rango de eficacia y validez entre el mismo gremio que las ha originado. Así entonces todo comerciante que quiera abrir sus puertas se encontrará con la existencia de una serie de reglas multiuniformes y usuales, que no contradicen la esencia misma de la actividad mercantil, sino más bien que coadyuvan a regular las *relaciones entre comerciantes* bajo una *ética comercial* concebida al amparo de la experiencia, de la práctica, de la costumbre, o por decirlo en una palabra, de la realidad.

Estas son entonces algunas recomendaciones que son necesarias entre otras, para mantener cierta seguridad en las facturas porque, en este momento, tal y como se teje el comercio diario, éstas ya no son suficientes y mucho menos instrumentos aptos para hacer efectiva una deuda.

Seguidamente presentamos algunos formatos que se pueden utilizar tanto para confeccionar futuras facturas comerciales y las respectivas hojas de trámite para cobrar las facturas de crédito.

De conformidad con los formatos de factura más comunes me permito recomendar las siguientes adiciones en los puntos que a continuación señalo:

FACTURA COMERCIAL FORMATO

SEÑOR(ES): (Debe indicarse con claridad el nombre del comprador-deudor, y si es una compañía debe estipularse preferentemente su cédula jurídica).

OBSERVACIONES: El señor _____ , cédula _____ ha sido autorizado por el Comprador para suscribir en su nombre y representación esta factura así como para retirar su mercadería. (Si el Comprador compra con orden de compra, que es lo más recomendable, el texto preferentemente debe decir:
"El señor _____, cédula _____ha sido autorizado por el Comprador mediante la orden de compra número , que forma parte integrante de esta factura a efecto de reconocer y verificar su ejecutividad para que en su nombre y representación suscriba esta factura y retire su mercadería").

La mercadería viaja y se retira por cuenta y riesgo del Comprador. Esta factura vence irrevocablemente a los treinta días. Después de dicho plazo devengará intereses del _____ El suscrito _____ _____ con cédula de identidad número_____ hago constar que hoy he recibido lo que indica esta factura en nombre y representación de _____, declarando bajo la fe de juramento que he sido autorizado por mi representada tal y como lo exige en su texto el artículo 460 del Código de Comercio para este efecto.

RECIBO CONFORME
CÉDULA DE IDENTIDAD

Comentario: Consideramos que a pesar de que este formato de factura puede llegar a tener alguna clase de problemas con respecto a su ejecutividad a la hora de cobrarlo por la vía judicial, dada la disparidad de criterios que en relación con ello tienen los Tribunales de Justicia, que lo más recomendable y para mayor seguridad, es que siempre le pidan una ORDEN DE COMPRA al comprador, en donde este mismo les indique por escrito que autoriza al señor _____ , con cédula de identidad _____ , para que en su nombre y representación proceda a suscribir la factura respectiva así como a retirar la mercadería correspondiente.
Este es quizá el medio más efectivo e idóneo para evitar una burla a la factura comercial por parte del comprador, sobre todo porque la orden de compra se convertiría en la autorización por escrito que exige el artículo 460 del Código de Comercio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

HOJA DE TRÁMITE

RÓGER BRAVO
SOCIEDAD ANÓNIMA

DOCUMENTO PARA EL TRÁMITE DE PAGO DE FACTURAS COMERCIALES NÚMERO _____

Mediante el presente documento se hace constar que el suscrito _____ con cédula de identidad número _____ ha recibido en nombre y representación de _____ _____ (DEUDOR), para lo cual declara bajo la fe de juramento que se encuentra debidamente autorizado por su representada para ello, la(s) siguiente(s) factura(s) para su respectivo trámite de pago a _____ (ACREEDOR):_____

ACREEDOR	DEUDOR	FACTURA NÚMERO	FECHA	VALOR

SUMA TOTAL: _____

El presente documento constituye un documento probatorio al que ambas partes deudor y acreedor de la factura o facturas comerciales que se detallan en el mismo le otorgan la categoría de plena prueba en la medida en que representa para ambas partes un documento probatorio y fehaciente de la autenticidad y reconocimiento de las obligaciones estipuladas en la factura o facturas comerciales que se reciben por parte del deudor para su efectivo pago al acreedor de las mismas. Por su parte el deudor manifiesta expresamente que reconoce su obligación de pago sobre la factura o facturas indicadas en este mismo documento así como reconoce que la firma que se encuentra puesta al pie de la factura o de cada una de las facturas descritas es auténtica y fiel prueba de la obligación de pago de su representada de la factura o facturas indicadas. Asimismo deja constancia el deudor que este documento será parte integrante a efecto de reconocer su ejecutividad de la factura o facturas referidas en el mismo. Ambas partes, manifestamos una vez más nuestra conformidad con lo expuesto y en fe de ello firmamos en San José a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____

DEUDOR: _____ ACREEDOR: RÓGER BRAVO S.A.

NOMBRE: _____ CÉDULA: _____
PERSONA AUTORIZADA POR EL DEUDOR PARA FIRMAR EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN SUYA QUIEN A SU VEZ DECLARA BAJO LA FE DE JURAMENTO ESTAR AUTORIZADO PARA ELLO POR SU REPRESENTADA.

FIRMA DE LA PERSONA AUTORIZADA

NOMBRE: _____ CÉDULA: _____
PERSONA AUTORIZADA POR EL ACREEDOR PARA FIRMAR EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN SUYA QUIEN A SU VEZ DECLARA BAJO LA FE DE JURAMENTO ESTAR AUTORIZADO PARA ELLO POR SU REPRESENTADA.

TESTIGO: _____ CÉDULA DE IDENTIDAD NÚMERO: _____

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

HOJA DE TRÁMITE DE PAGO RESUMIDA

RÓGER BRAVO
SOCIEDAD ANÓNIMA

DOCUMENTO PARA EL TRÁMITE DE PAGO DE FACTURAS COMERCIALES NÚMERO _____

Mediante el presente documento se hace constar que el suscrito con cédula de identidad número _____ ha recibido en nombre y representación de _____ (DEUDOR), para lo cual declara bajo la fe de juramento que se encuentra debidamente autorizado para ello, la(s) siguiente(s) factura(s) comercial(es) para su respectivo **trámite de pago** a RÓGER BRAVO SOCIEDAD ANÓNIMA (ACREEDOR):

ACREEDOR	DEUDOR	FACTURA NÚMERO	FECHA	VALOR

SUMA TOTAL: _____

Ambas partes, deudor y acreedor, le otorgamos al presente documento la categoría de plena prueba toda vez de que representa para ambos un documento probatorio y fehaciente de la autenticidad y reconocimiento de las obligaciones estipuladas en la(s) factura(s) comercial(es) que se reciben por parte del deudor para su efectivo pago al acreedor de las mismas. Manifiesta el deudor expresamente que reconoce su obligación de pago sobre la(s) factura(s) indicada(s) en el mismo así como que reconoce que la firma que se encuentra puesta al pie de las mismas es auténtica y fiel prueba de su obligación de pago. Expresa el deudor que este documento forma parte integrante, a efecto de reconocer su ejecutividad, de la(s) factura(s) indicada(s). Ambas partes, manifestamos una vez más nuestra conformidad con lo expuesto y en fe de ello firmamos en San José a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____

POR EL DEUDOR

POR EL ACREEDOR

Nombre completo _____

Cédula de Identidad número _____

Pues bien, estas son algunas consideraciones que a manera de comentario hemos querido mostrar en blanco y negro a efecto de colaborar desde nuestra perspectiva en una nueva forma de ver y analizar al artículo 460 del Código de Comercio, buscando con ello quizá alcanzar una reforma al articulado mercantil en cuestión capaz de ajustarse a la realidad del comercio costarricense y a la integración misma que debe imperar en todo cuerpo de normas jurídicas.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LEGITIMACIÓN AMBIENTAL

ROXANA SALAZAR CAMBRONERO

Presentación.

Se requiere contar con una legislación acorde con la realidad, para alcanzar un verdadero equilibrio entre el desarrollo de nuestro país y la protección de los recursos naturales y el ambiente. Sin embargo nuestro país no cuenta con la normativa que permita una respuesta jurídica adecuada a estos problemas.

Una posible solución es dotar a los ciudadanos de mecanismos que les permitan velar por la protección de su salud y del ambiente. Dentro de estos mecanismos tan necesarios es que se ubica el instituto jurídico de la legitimación, de gran necesidad en la protección ambiental.

Se realiza en esta parte de este trabajo, un análisis del instituto jurídico; se incluye un análisis de legislación comparada respecto a la normativa ambiental vigente en otros países, concluyendo con el planteamiento de posibles soluciones para su integración a la normativa ambiental de nuestro país.

Análisis del Instituto Jurídico.

La legitimación es definida en el Derecho Administrativo como: "la consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal; y en virtud de cuya consideración exige, para que la pretensión sea examinada en cuanto al fondo que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso." [1]

El jurista costarricense doctor Víctor Pérez ha incluido en sus investigaciones una distinción entre "legitimación" y "capacidad", al respecto dice que ambas son figuras que generalmente la doctrina ha confundido, sin embargo, son figuras diversas. La capacidad, continúa, es un término que hace referencia a cualidades intrínsecas y abstractas del sujeto; la legitimación, en cambio, designa una determinada posición del sujeto que tiene relevancia jurídica en relación con los presupuestos de hecho de ciertas normas. Legitimación " se refiere a la posición del sujeto determinado con referencia a particulares relaciones jurídicas o a definidas situaciones jurídicas" más precisamente, con referencia al objeto y al otro sujeto del acto o de la relación.[2]

El licenciado Gonzalo Retana Sandí, también, dice que no basta con tener capacidad para ser parte y procesal a efectos de que los tribunales amparen a una persona en sus pretensiones, se requiere además que esa persona, si es la actora, tenga "calidad o legitimación, que sea titular de lo que reclama; o si se trata del demandado que sea el verdadero obligado." [3]

En Derecho Procesal llámase legitimatio ad causam la demostración de la existencia de la capacidad invocada, que es *activa* cuando se refiere al actor, y *pasiva* en cuanto al demandado. O sea, es la capacidad para estar en juicio. Continúa el licenciado Retana explicando que la "legitimación es considerada como una condición de la acción, no como un presupuesto procesal, ya que por lo general, sólo al decidirse el caso puede examinarse si en realidad el actor es titular de lo que afirma le ha sido lesionado, o si la parte demandada es la autora y responde

1. Gonzalo Retana Sandí, *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Costa Rica y su Reforma*. Separata de la Revista del Colegio de Abogados Nº 12, 1966, pág. 49.

2. Dr. Víctor Pérez, *Existencia y capacidad de las personas*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Privado, San José, 1974, pág. 136-137.

3. Gonzalo Retana Sandí. Ibíd., pág. 50 (subrayado nuestro).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de ello."[4] Nuestros Tribunales han dicho que "Para que el órgano judicial pueda ampararle el derecho lesionado a una persona que lo reclama, ésta debe demostrar por el medio idóneo su condición de sujeto legitimado para accionar, desprendiéndose de tal circunstancia: el derecho, el interés y por lógica consecuencia el demandado en el proceso es el obligado en la prestación reclamada, pues de lo contrario a falta de uno de esos requisitos la sentencia que llegare a dictarse no alcanzaría el grado de estimatoria, siendo en consecuencia un fallo inválido e ineficaz".[5]

Nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) establece en el artículo 10 la legitimación al decir que estará legitimado *activamente* el lesionado en su derecho subjetivo o en su interés; y *pasivamente,* (art. 11) la entidad autora del acto o la disposición a que se refiere el juicio. Así vemos que el *legitimado activamente* debe tener un interés legítimo y directo para poder accionar.

El interés legítimo se ha dicho debe estar relacionado a que se le esté perjudicando —al legitimado— por un acto administrativo que le perjudica a él *directamente.* Este principio incluso se ha pedido en países como Estados Unidos, por ejemplo, al resolver la petición planteada por Sierra Club vs. Morton, que demandaba, como miembro de una corporación con un interés especial en la conservación y en el buen mantenimiento de los parques y bosques nacionales, que no se permitiera el desarrollo de un proyecto turístico en Mineral King Valley que se encuentra en la Sierra Nevada de Tulare County, California. El Sierra Club alegaba que la creación de un parque de diversiones dentro de ese Parque Nacional podría acarrear posibles daños ambientales y estéticos, deteriorar la ecología del área y contravenir lo dispuesto en leyes federales y regulaciones sobre la preservación de los parques nacionales, los bosques y refugios silvestres. La Corte resolvió denegando que el Sierra Club como organización pudiera demandar. Se requería que el actor mantuviera que los daños alegados estaban dentro de la categoría de "daño de hecho" (injury in fact) que requiere más que un posible daño: la *determinación concreta de un daño* y haber sido sufrido el daño quien demanda. "injury in fact" significa sufrir un efecto directo en el uso personal del área cuestionada. En este caso, la petición planteada por Sierra Club no alegaba que el complejo por construirse afectara al Club o sus miembros en forma determinada, por lo que la petición se desechó. O sea, que Sierra Club podría plantear la petición de suspensión de las actividades alegando que uno de sus miembros —usuario del parque— podría ser perjudicado en el disfrute del ambiente natural del parque. Sierra Club no consideraba necesario que se determinara la persona afectada, ya que el impacto de los cambios en el ambiente del Mineral King vendrían a afectar indiscriminadamente a cualquier ciudadano. En el caso de Sierra Club, éste consideró que alegar una violación *individualizada o determinada* como daño era superflua, ante la existencia de un interés público que debía ser protegido primordialmente y que en este caso era la *protección de los recursos naturales,* en beneficio de los ciudadanos.[6]

En Estados Unidos puede demandar quien alegue que se le ha violado su derecho a disfrutar de un ambiente sano. Por ejemplo, en la resolución judicial *Scrap* vs. *U.S.* la Corte Suprema estableció que: unos estudiantes que usaban los bosques y ríos del área de Washington D.C. para acampar o montañear habían sufrido una perturbación en su derecho al disfrute de un ambiente sano, por causa de una perturbación que tenía su origen en el consumo y uso de bienes no degradables, los cuales producían contaminación al no poder deteriorarse.[7]

La regla que ha surgido parece ser que se permite incluso la legitimación para alegar violaciones a intereses no económicos, como el paisaje, la protección de objetos naturales o históricos o la vida salvaje o natural. "Los ciudadanos pueden mantener o llegar a las Cortes Federales por legitimación expresa que existe en la Federal Water Pollution Control Act, the Clean Air Act, the Noise Act y otros estatutos".[8]

---

4. *Ibídem.*

5. 1985, Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, Nº 624 de las 16,15 h del 4 de setiembre.

6. Anderson, Maldelker y Tarlock. Environmental Protection, (Little, Brown and Company, Boston, 1984) pág. 76 a 79 (traducción libre del autor).

7. Norman J. Landau and Paul D. Rheingolg, Environmental Law Handbook, (Walden Edition, Ballantine, New York, 1972) pág. 39 (traducción libre del autor).

8. *Ibídem*, pág. 39.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Después de resolver juicios como el comentado —Sierra Club vs. Morton— los tribunales norteamericanos han reconocido la existencia de otros daños, que no sea el económico propiamente dicho, para plantear una demanda. En la resolución *Data Processing Service* se estableció que el interés alegado como violado "podría reflejar valores estéticos, de conservación o recreacionales, tanto como valores económicos."[9] Sin embargo, la ampliación de las categorías de daño que podrían ser alegadas en soporte de la demanda, es algo diferente al requerimiento, aún existente, de plantear la petición alegando haber sufrido un daño o haber sido lesionado el mismo actor.[10]

Algunas Legislaciones Comparadas.

La legitimación dentro de la legislación ambiental podemos analizarla remitiendo a la experiencia legislativa de otros países, lo que permite visualizar el marco ambiental en que se ha enmarcado el instituto en las leyes ambientales dictadas en la segunda mitad de este siglo, más propiamente a finales de la década de los setentas y principios de los ochentas.

a) Guatemala.

La Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente (Decreto 68-86, de 5 de diciembre de 1986) incluye la acción popular en el artículo 30:

"Se *concede acción popular* para denunciar ante la autoridad, todo hecho, acto u omisión que genere contaminación y deterioro o pérdida de recursos naturales o que afecte los niveles de calidad de vida."

La Ley establece una serie de sanciones para los violadores ambientales, que se inician, en el campo administrativo, como advertencia o tiempo fijo para corregir, pasando por suspensión, comiso, demolición, multas. La Comisión Nacional del Medio Ambiente es la encargada de la aplicación de las sanciones.

b) México.

La *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente* en el artículo 189, establece que se puede denunciar cualquier violación ambiental, textualmente dice:

"Toda persona podrá denunciar ante la Secretaría o ante otras autoridades federales o locales, según su competencia, todo hecho, acto u omisión de competencia de la Federación, que produzca desequilibrio ecológico o daños al ambiente, contraviniendo las disposiciones de la presente ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico."

Por su parte el artículo 190 establece que la denuncia popular podrá ejercitarse por cualquier persona, bastando para darle curso, el señalamiento de los datos necesarios que permitan localizar la fuente, así como el nombre y domicilio del denunciante.

El artículo 33 de la *Ley Federal para prevenir y controlar la contaminación ambiental,* concede la *"acción popular para denunciar ante autoridad competente todo hecho que contamine el medio ambiente,* en los términos de la presente ley y sus reglamentos."

En los artículos 75 a 78 del *Reglamento para la prevención y control de la contaminación atmosférica originado por la emisión de humos y polvos,* define más específicamente la *acción popular* diciendo que se puede denunciar cualquiera de las fuentes de contaminación que aparecen en esta ley, por cualquier persona, ante la Secretaría de Salubridad y Asistencia, indicando los datos de localización de la violación, su nombre y dirección. La autoridad al recibir la denuncia identificará al denunciante y oirá al denunciado. Esta autoridad puede realizar inspecciones, visitas y diligencias necesarias para determinar y evaluar la contaminación denunciada. Dictará las medidas que considere convenientes. El denunciante recibirá copia de la resolución. Si la denuncia prospera, al denunciante se le reconoce su cooperación cívica, con el fin de estimular la cooperación general en estas actividades de interés público.

De manera muy similar el *Reglamento para la prevención y control de la contaminación de aguas* en los artículos 66 a 69 regula la acción popular. Igualmente, el Reglamento para la prevención y control de la contaminación ambiental originada por la emisión de ruidos, regula en los artículos 72 a 75 la acción popular.

c) Venezuela.

El artículo 26 de la *Ley Orgánica del Ambiente* (de 7 de junio de 1976) establece que el organismo competente para decidir acerca de las sanciones previstas por violación a normas ambientales podrá

9. *Supra 6.*

10. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

adoptar el curso del proceso correspondiente y dictar las medidas preventivas necesarias mientras se investiga.

El artículo 28 regula la acción penal de los hechos sancionados en la ley o leyes especiales correspondientes. La acción penal es pública y procede por denuncia o de oficio. Este artículo habla de acción penal, pero no determina si la persona que puede denunciar debe haber sufrido o no un daño.

El artículo 32 establece que todo ciudadano puede acudir por sí ante la procuraduría del ambiente o sus auxiliares para demandar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, o bien de que los deberes o hechos denunciados sean objeto de investigación.

El artículo 33 establece que corresponde a los fiscales del Ministerio Público y a los Síndicos Municipales el ejercicio de la acción penal en los juicios que se prosigan por violación de las disposiciones sobre conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

En el Proyecto de Ley Penal del Ambiente se incluye que la acción puede ser por denuncia o de oficio, pero no se establece claramente la acción popular. "La acción penal que surja en virtud de la comisión de hechos previstos en la presente Ley como delitos es pública y procede por denuncia o de oficio."

Por su parte en el Proyecto de Ley Orgánica del Ambiente, propuesto para reformar totalmente la ley supra citada, se incluye que la posibilidad de que "Todo ciudadano pueda acudir ante Ministerio Público, para demandar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la conservación, ordenación, defensa y mejoramiento del ambiente, a fin de que las actividades o hechos sean objeto de investigación".

ch) Cuba.

La *Ley de la Protección del Medio Ambiente y del Uso Social de los Recursos Naturales* (Ley Nº 33 de 10 de enero de 1981) establece en el artículo 12 la obligación de los órganos y organismos estatales, así como las organizaciones políticas, sociales y de masas, de establecer adecuados mecanismos de vigilancia o control para asegurar el cumplimiento de las normas y medidas procedentes, y de promover, cuando se requiera, las investigaciones científicas que coadyuven a adoptar decisiones más correctas.

d) Ecuador.

El artículo 29 de la *Ley para la prevención y control de la contaminación ambiental* concede acción popular para denunciar ante las autoridades competentes toda actividad que contamine el medio ambiente.

Se divide la competencia para la denuncia en penal, para violaciones ambientales que produzcan ya sea muerte o enfermedad con lesión permanente, o corresponde a los comisarios de salud conocer de las infracciones de contaminación que produzcan otros daños que no sean muerte ni lesión.

e) Estados Unidos.

En este país se han presentado ante los tribunales, situaciones que buscan llegar a la legitimación para denunciar o accionar, aunque no exista un daño ni propiamente determinado ni sufrido por quien plantea la denuncia. No existe la acción popular propiamente, pero si existen dentro del campo del derecho ambiental de Estados Unidos algunos institutos jurídicos —acciones— que permiten la legitimación del ofendido para actuar en juicio.

Se pueden incluir por ejemplo:

NUISANCE, que podemos traducir como "interferencia ilegítima" se produce contra una persona en el disfrute de su propiedad real o personal debido a que otra persona —pública o privada— le produce alguna inconveniencia, disconformidad o perturbación en su disfrute. Se parte del principio amplio de pleno derecho al disfrute de la cosa o propiedad. Derecho que sólo se ve limitado por el principio de que se debe hacer uso del derecho de propiedad en forma razonable. La nuisance surge cuando la persona usa su propiedad para causar un daño material o perturbación a su vecino. Nuisance puede ser *privada,* ésta se plantea por la persona cuya propiedad o salud está siendo afectada, o *pública* cuando la perturbación afecta a un grupo de personas o la comunidad.[11] Ejemplo de esta última existe cuando debido a la contaminación mueren los peces de un río que existe para el disfrute y goce de todos. La Nuisance más común es la originada por la contaminación sónica. Pero puede originarse también por contaminación por cenizas, humos, olores, contaminación del agua o del aire.

Otra figura del Derecho Norteamericano es NEGLIGENCE que se puede definir como el causar un daño ya sea por omisión o por acción.

11. Supra 7, pág. 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Soluciones y Recomendaciones.

La legislación administrativa vigente en nuestro país presenta algunas limitaciones para aceptar la legitimación ambiental, como por ejemplo:

1) La determinación de la cuantía.

Para los juicios ambientales debe eximirse expresamente la fijación de cuantía.

2) El artículo 91.2 LRJCA establece que debe haber un daño de reparación imposible o difícil.

Este principio sirve para nuestra materia, no obstante, entendido que el *daño puede ser sufrido por cualquier persona* y no necesariamente por quien plantea la denuncia.

3) El artículo 60, b) LRJCA determina que es inadmisible la acción cuando la interponga persona no legitimada.

Para alcanzar una solución que permita la correcta vigilancia de la normativa ambiental se deberá plantear una reforma que amplíe el campo de la legitimación, para que cualquier persona pueda denunciar, cuando considere que se está violando la normativa ambiental en perjuicio del ambiente o de los recursos naturales.

4) El artículo 10.1 LRJCA requiere para estar legitimado un interés legítimo y directo.

Se debe lograr establecer, expresamente y en la jurisprudencia (con un criterio amplio de parte de nuestros tribunales) que en materia ambiental el interés directo no es necesario para estar legitimado. Se resolvería también este punto con la aceptación legal de la acción popular.

Aun sin necesidad de reformar la legislación se podría, a nuestro entender, basar cualquier petición en lo dispuesto en el *artículo 10.1 b)* de la misma ley, que por su parte legitima "para actuar a las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y *cuantas entidades ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo,* cuando disposiciones administrativas les afectaren directamente." La parte subrayada, en una interpretación amplia, pareciera que nos da base para la legitimación dentro de la legislación ambiental. Lo mismo que la ampliación de la legitimación que realiza el artículo 14, al legitimar a colegios profesionales, sindicatos, cámaras, cooperativas, asociaciones y demás entidades constituidas legalmente para velar por *intereses profesionales o económicos determinados,* pareciera —siempre con un criterio interpretativo amplio— que estarían legitimadas para accionar organizaciones populares de interés ambiental, o sea, aquellas organizaciones creadas con el objeto único de velar por la protección del ambiente y de los recursos naturales. Sin embargo, se deberá esperar para ver que respuesta jurídica ofrecen nuestros tribunales ante una demanda concreta basada en estas interpretaciones.

Este artículo es también relevante para nuestra materia porque parece permitir el planteamiento de una reforma legal, con carácter ampliativo del artículo, que permitiría incluir la *acción popular* contra violaciones ambientales. Entendiendo por ACCIÓN POPULAR aquella acción que no requiere interés personal o legitimación alguna que dé lugar a su planteamiento basando la demanda en la mera infracción del ordenamiento.[12]

Se sugieren respecto a la legitimación en normativa ambiental costarricense las siguientes soluciones:

a) Crear un tribunal administrativo dedicado únicamente a resolver denuncias de violación de normas ambientales. Deberá estar integrado no solo por abogados sino por expertos en la materia. Se recomienda su ubicación en el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas.

b) Establecer la acción popular para demandar ante este tribunal, siguiendo un trámite especial con el fin de que sea ventilado sumariamente.

c) En cuanto al trámite, se recibe la denuncia, se ordena de inmediato una inspección y la suspensión del acto dañoso, se debe notificar a la Procuraduría del Ambiente, tercer sujeto interesado y que debe jugar un papel más activo.

ch) Se deben determinar prontamente los efectos perniciosos del acto perturbador o lesionador del medio o los recursos naturales. El fin es alcanzar la suspensión del acto como medida precautoria.

d) Se debe dar respuesta pronta y cumplida, no se aplicaría en materia ambiental el principio del silencio administrativo.

e) Se debe/puede continuar la denuncia en vía judicial cuando:

i) la respuesta administrativa no fuere la adecuada;

ii) el problema continúa;

iii) se requiere indemnización por los daños causados. Esta situación sí aparece regulada en nuestro Derecho Administrativo.

12. Luis Fdo. Masís. Ponencia al Congreso Jurídico Nacional 1987, pág. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Posible articulado sobre Legitimación.

Artículo 1: El Estado establecerá procedimientos sumarios y con dispensa de formalidades para tomar las medidas pertinentes para evitar daños al ambiente o para restablecer en lo posible la situación anterior cuando ésta ya se ha producido. Estos procedimientos podrán ser iniciados y tramitados de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica.

Artículo 2: Toda persona, con capacidad legal para actuar, tiene derecho a tutelar el medio y puede actuar legitimado para ello y actuar en su calidad personal o en representación de intereses de grupo.

Se concede acción popular a toda persona para denunciar todo hecho, acto u omisión que genere contaminación y deterioro o pérdida del ambiente o los recursos naturales, o ponga en peligro la calidad de vida o el equilibrio ecológico.

Se establece la obligación del Estado de actuar de oficio ante una evidente violación de normas ambientales.

Artículo 3: El denunciante no debe determinar el daño concreto, *basta* con la determinación de la violación de la norma ambiental, ya que su protección es de interés público.

Artículo 4: El objetivo primordial de la denuncia será lograr el efectivo cumplimiento de las normas relacionadas con el medio ambiente y alcanzar la cesación de la causa o causas que provocan el daño o deterioro en el ambiente o los recursos naturales.

Artículo 5: El denunciado de violar normas ambientales responde en forma personal. La responsabilidad se transmite a los administradores, gerentes o representantes legales que tuvieren la obligación de cumplir con los preceptos ambientales.

Las personas jurídicas serán sujetos de responsabilidad.

Artículo 6: Responsabilidad estatal.

Los organismos públicos o privados cuyas actuaciones, decisiones o procedimientos pudieren afectar cualquier recurso natural o el ambiente deberán proceder de modo que satisfaga primordialmente el interés público ambiental, el cual será considerado como la expresión de las necesidades individuales y sociales necesarias para su explotación, pero garantizando el respeto de las leyes técnicas y científicas óptimas que permitan su aprovechamiento en forma sostenible. El interés público ambiental prevalecerá sobre el interés de la administración pública, si estuvieren en conflicto.

Artículo 7: El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfaga primordialmente el interés público ambiental, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica, justicia y de salud para la comunidad o el individuo, como medios para preservar la calidad de vida.

Artículo 8: Se establece la obligación de la administración de dar respuesta pronta y cumplida. El silencio administrativo no opera para las denuncias ambientales presentadas con base en lo dispuesto en estas normas.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DERECHO INTERNACIONAL

JOSÉ R. FERNÁNDEZ Q.*

INTRODUCCIÓN

Cuando el alumno llega por primera vez al aula a estudiar Derecho Internacional Público, (en adelante "DI"), lo primero que trae en mente es, si el tema de estudio es verdaderamente Derecho o algo más bien emparentado con las Relaciones Internacionales.

¿Es el DI, verdaderamente "Derecho"? Esa pareciera la pregunta que no queda muy clara a los que no le han puesto atención a esta rama jurídica, sean estudiantes o juristas ya formados.

El problema de la comprensión del DI, es tal vez, que como esta especialidad surgió muchos siglos después que el Derecho Civil —me refiero al actual DI—, tuvo que asumir figuras similares a las del Derecho Interno (en adelante "d.i."). De ahí que lo más común es estudiar el DI, con una mente comparativa, tratando de entenderlo mediatizadamente, esto es, tomando como base conceptual de las instituciones del DI, aquellas del d.i., que les dieron origen. Pero esas instituciones ya transformadas en DI, únicamente conservan un esquema externo similar al del d.i., mas, en su fondo son distintas, y a veces radicalmente distintas a sus "tocallas" del d.i. Por eso es que, el que estudia DI por primera vez, o con un poco de seriedad, en sus primeros intentos percibe que todo va bien hasta que de repente al penetrar ese esquema formal y asomarse al verdadero contenido del instituto, de un momento a otro se queda sin una infraestructura intelectual comparativa que nos sirva a manera de "traductor", porque hay ahí algo nuevo totalmente distinto al Derecho Civil, o al d.i. que no podemos ya entender por referencia.

¿Cómo entender el DI?

Como acabamos de ver el entendimiento del DI, puede darse básicamente de dos formas, "traduciéndolo" a Derecho Civil, o bien libre de todo prejuicio civilista, estudiado por sí mismo.

Por comparación.

Vendría a ser el intento más generalizado entre los no interesados en la materia o entre los neófitos, que ante la similitud externa del DI con otras ramas del Derecho, asumen que es algo similar, pero al darse cuenta de que la diferencia no sólo está en los sujetos, se desilusionan y no logran captar el fondo del estudio.

Pero estudiar de esta manera el DI, puede llevar a un planteamiento extremo, pues al alejarse el DI de aquel esquema que se considera "derecho", incluso puede pensarse que no se trate de una rama del "Derecho".

Por sí mismo (sus fines).

Eso podría llevarnos a tener que tratar de ubicar los distintos conceptos que se puedan pensar, acerca de lo que es el Derecho. Y aquí nos salta, aun sin querer, el problema que NINO llama el "esencialismo conceptual", que de paso nos prefigura la parte final de esta lección.

Generalmente muchos de los problemas de comprensión, no derivan de una verdadera diferencia de posiciones intelectuales, sino más bien de una falta de entendimiento de los conceptos que se usan.

* *Especialista en Derecho Internacional, Ex profesor del Colegio Académico UACA, Ex profesor de la "Universidad de San José".*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Igual sucede en el ámbito del Derecho, cuando una escuela de pensamiento jurídico define qué es el Derecho, en la mayoría de los casos, pretende que su concepto sea el concepto correcto, siendo que en realidad "los enunciados que emplean el concepto de Derecho se formulan en contextos muy diferentes, en los que prevalecen distintos intereses teóricos y prácticos."[1]

Nuestro objeto de estudio aquí sería determinar si lo que llamamos Derecho Internacional, encaja en alguno de todos los conceptos posibles de "Derecho", para ello, por simples razones didácticas, emplearemos las ideas del profesor Hans Kelsen.

Kelsen sostenía que la norma fundamental hipotética era una especie de plataforma, más abajo de la cual ya no habría Derecho. Esto es, que el jurista trabaja el Derecho, siempre y cuando esté sobre aquel piso, pero si se baja de ahí para investigar lo que sostiene el andamiaje jurídico, dejará de hacer Derecho y estará asomándose a la puerta de otras disciplinas,[2] digamos por ejemplo: sociología, política, teología, (el Derecho como una huella inmanente del orden divino), psicología, (y por qué no, por ejemplo E. Fromm decía que los animales reaccionan y sobreviven en su medio ambiente, gracias a un código genético, mientras que los hombres careciendo de dicho programa genético de adaptación han de inventar las respuestas ante cada situación, viéndose obligado a establecer gracias a su inteligencia, su propio sistema de estabilidad, que la naturaleza no le ha dado. Y agregando lo nuestro, ¿no será el Derecho una sustitución racional de aquel programa genético...?), filosofía (sigamos elucubrando, nada más para poner uno de tantos ejemplos posibles: J. P. Sartre plantea la teoría de la escasez como origen de la agresividad. En tanto el otro hombre aspira también a apropiarse del bien escaso, se convierte en mi rival. Y aquí también agregando lo nuestro, no podríamos decir que ¿el Derecho es una forma racional inventada por el propio hombre para contrarrestar esa natural agresividad que crea conflictos. . .?). En fin, queda claro que fuera del ambiente sostenido por la norma fundamental hipotética estamos en el campo de otra disciplina.

Esta teoría kelseniana, nos coloca en una situación muy cómoda a los efectos de no alargar este punto de nuestro presente estudio. Siguiendo el lineamiento elemental arriba esbozado, podríamos decir que el Derecho consiste en una serie jerarquizada de normas válidas, apoyadas en última instancia en la norma fundamental hipotética, de la cual deriva su validez el Derecho y por lo tanto no puede obtener ella su validez del Derecho mismo, sino de lo que hay más allá.[3] Ahora toda esa pirámide de normas jerárquicamente "validizadas", ¿qué fin tiene?, podemos decir sin temor a equivocarnos que todas tienden a ordenar la vida humana en sociedad, pues la norma fundamental, sea cual sea el concepto que se tenga de la misma, tiende precisamente a eso, a establecer un orden más o menos claro en las relaciones entre hombres.

Habiendo llegado a tal conclusión, podemos preguntarnos, ¿cabe el DI dentro del concepto esbozado?

Es evidente que el DI tiene como fin poner orden en las relaciones entre los sujetos a los que se dirige. Ahora bien, ese es el fin primordial, pero ¿cómo logra ese fin y todos los otros que se derivan de éste?, tales como la solución pacífica de controversias, igualdad soberana de los Estados, no intervención en asuntos internos, no agresión, cooperación, etc.

Esos fines se logran mediante técnicas jurídicas, instituciones afines a los esquemas básicos del "Derecho"; no se trata de reglas de trato social-internacional, ni de moral-internacional, esto en tanto se rige por un sistema de normas, jurídicas en todo su sentido.

Y aquí se nos presenta el problema de la especificidad de los sujetos a los que se dirige el DI y el "entorno" (MERLE)[4] en el cual se desenvuelve.

La diferencia por antonomasia del DI con otras ramas del Derecho, radica en que todos los sujetos a que se dirige son igualmente soberanos, no existe un ente superior —(Estado)— que dicte normas y

---

1. NINO, Carlos S. *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea. 1985.
2. Al decir de Recaséns: No puede construir jurídicamente la cimentación de la norma fundamental del orden positivo dentro de cuya interioridad se mueve. RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Derecho*. México D. F., Editorial Porrúa. 1970.
3. "En el fondo y de hecho la base de un sistema jurídico consiste en un fenómeno de voluntad social predominante, en cuya formulación va implícito un juicio político estimativo." RECASÉNS SICHES, Luis. Op. cit.
4. MERLE, Marcel. *Sociología de las Relaciones Internacionales*. Madrid, Alianza Editorial, 4a. Edición, 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las haga cumplir forzosamente a través de los mecanismos ordinariamente conocidos (prisión, apremio, remate, etc.).

Y con esto nos acercamos al centro del problema: los sujetos, el entorno, los principios son distintos, por lo tanto los métodos tienen que ser distintos a los del Derecho Común.

Por eso es que, más que preguntarnos si el DI trabaja, o no, igual al d.i., debemos preguntarnos si cumple con los fines a los cuales sirve. Y es que son muy distintas las condiciones necesarias para la aprobación y ejecución de una ley en un parlamento, que las condiciones necesarias para que una entidad estatal soberana, con conciencia social de grupo étnico-religioso-lingüístico-territorial, acepte por su voluntad obligarse a cumplir con ciertas reglas.

¿Cumple el DI con sus fines?

La respuesta de esta pregunta tenemos que basarla en el conocimiento de lo que al inicio de la lección se nos presentó como el "esencialismo conceptual".

Generalmente al comunicarnos usamos las palabras sin una clara conciencia de su significado, y a veces tendemos a creer que el sentido que les damos es "el" sentido correcto, pero la realidad es que muchas veces las personas no entienden exactamente lo mismo por las palabras que usan. (HOSPERS).[5]

Cosa igual sucede en el campo del discurso internacional, el cual para mayor problema, está plagado de expresiones lingüísticas ambiguas, o lo que HABA[6] llama "conceptos indeterminados".

Es necesario explicar el punto; la ambigüedad es una característica del lenguaje humano, dado que las palabras son signos convencionales, y no signos naturales.[7] Hay sobre todo algunas palabras más ambiguas o indeterminadas que otras, que al igual que un globo, al ser usadas, cada quien puede "soplar" en ellas su propio significado. Esto es, la palabra externamente seguirá siendo la misma, pero el significado puede variar sustancialmente.

Esta es otra de las características del discurso internacional, los que quieran pertenecer a "la comunidad internacional" tienen que cumplir, al menos formalmente, ciertas reglas y una de ellas es usar el lenguaje y las palabras de aceptación común. Igual que en el ajedrez, el que quiere jugar, tiene que usar el rey, las torres, los caballos, etc., en DI, nadie que quiera ser visto con buenos ojos, puede darse el lujo de decir que esté en contra del principio de no agresión, o en contra de las libertades individuales, aunque dentro de sus fronteras la realidad sea totalmente la opuesta.

Éste precisamente es uno de los problemas que más confunde a los que ven el DI desde afuera, pues lo consideran como un Derecho sin posibilidad de coacción y por lo tanto, estudiándolo comparativamente, algo que no es del todo Derecho. Y por ello es que habíamos propuesto estudiar si se cumplían o no los fines de esta rama del Derecho. Pues aunque ese fenómeno arriba explicado, conocido como "voluntarismo", exista en el DI, ello no implica que nuestro objeto de estudio deje de ser Derecho.

CONCLUSIÓN

Si son los Estados los que formulan en última instancia el DI, y permiten que eso se dé, igual que permiten los procedimientos de reservas a los tratados, igual que permiten que la competencia de la Corte Internacional de Justicia sea voluntaria, ¿no será precisamente porque todos esos mecanismos son necesarios para que el DI lleve a cabo sus fines, armonizándolos con los altos intereses políticos que siempre se dan en las relaciones de los Estados.

Definitivamente sí, el DI es distinto, pues tiene que adaptarse a las especificidades de sus sujetos, y principios, es por ello que esta rama del Derecho

5. HOSPERS, John. *Introducción al Análisis Filosófico.* Madrid, Editorial Alianza, 2a. Edición, 1984.

6. HABA MULLER, Pedro E. *Tratado Básico de Derechos Humanos,* San José, Editorial Juricentro, 1986.

7. La huella del oso en la tierra es un signo natural de que por ahí pasó un oso, lo que nosotros hacemos es simplemente descubrir el hecho, nuestra voluntad no tiene injerencia en la relación entre el signo y su significado, como sí lo tiene en el caso de las palabras que son signos convencionales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hay que estudiarla por sí misma, con clara conciencia del entorno[8] dentro del cual se mueve cada sujeto del DI, olvidándose de prejuicios de corte civilista que carecen de sustento en este terreno.

Ya para terminar vale la pena recordar la opinión que del DI exteriorizó el ilustre profesor Savigny, quien decía que el Derecho es la manifestación de la conciencia social de los pueblos, y por tanto si esa conciencia se encontraba todavía en una fase de desarrollo, el Derecho emanado de aquella sociedad, sería también un Derecho en desarrollo.

Así, él consideraba que en tanto la comunidad internacional estaba aún en una etapa de formación, así también su Derecho, el Derecho Internacional, era un Derecho en formación.

Resultan interesantes estas afirmaciones, pues nadie duda que la conciencia de la comunidad internacional antes que estar totalmente formada, sufre cada día acelerados cambios, configurándose cada día más como una comunidad respetuosa del ser humano, conciencia que se expresa dentro del DI con la, así llamada, doctrina Ius-Humanista que ilumina todo el movimiento en favor de los Derechos Humanos.

Poco a poco los mecanismos del DI se van transformando haciéndolo cada vez más apto de cumplir sus fines, logrando superar las barreras políticas y tribalistas que en muchas ocasiones limitan la actuación de la justicia internacional.

---

8. Merle habla de entorno, para referirse al ambiente externo, al sistema, del cual recibe impulsos que excitan sus mecanismos internos los cuales producen un impulso de salida que a su vez produciría una reacción en el entorno, etc. En la concepción del profesor Merle, dadas las características del mundo actual, "sistema" lo constituye el globo terráqueo, descubierto y dominado hasta la última pulgada, siendo en ese caso el entorno únicamente el ambiente natural, atmósfera, estratosfera, espacio exterior, que no puede ser modificado por impulsos de salida ("outputs") del sistema, por lo que el estudio del sistema y el entorno en las relaciones entre Estados tiene necesariamente que darse tomando como sistema a cada Estado de manera aislada, lo que nos deja como entorno el resto de los sujetos del DI.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DELITO IMPOSIBLE

FRANCISCO DALL'ANESE RUIZ

INTRODUCCIÓN

El artículo 24 del Código Penal regula tres aspectos medulares del Derecho Penal costarricense: la tentativa, el delito imposible (preferimos esta terminología a la de tentativa inidónea), y el desistimiento. Estudiar la primera corresponde propiamente al tema del *iter criminis*, que es sumamente interesante porque de ella depende que el acento del sistema jurídico penal esté en el desvalor del acto o en el desvalor del resultado. Si se relaciona el mencionado numeral con el 73 del mismo ordenamiento, resulta obvio que se otorga mayor importancia al acto que al resultado, por cuanto el juez tiene posibilidad de aplicar para el delito tentado la misma pena que en el caso de la consumación. Hasta aquí sería posible afirmar que tenemos un Derecho Penal de hecho.

Sin embargo, en materia de delito imposible, el Código cambia de posición y se vuelve a un Derecho Penal de autor, porque la acción sería atípica y conlleva la aplicación de una medida de seguridad; de igual modo se otorga mayor importancia al desvalor de resultado que al desvalor del acto, por cuanto no se aplica una pena. Esta incongruencia de sistema nos hace pensar que la normativa penal está todavía muy atrasada, y pasará algún tiempo para que las medidas de seguridad sean eliminadas en su totalidad.

De cualquier modo, nuestra jurisprudencia, conscientemente o por desconocimiento de los administradores de justicia, ha señalado con acierto en algunos casos de delito imposible que estamos en presencia de hechos atípicos, pero ha dejado de aplicar —con total incorrección— la medida de seguridad que corresponde. Aparte de ello, el tema del delito imposible está casi en el misterio para muchos jueces y abogados.

El propósito de este trabajo es explicar brevemente la teoría del delito imposible, concepto y funcionalidad de éste, para después mostrar la forma —en nuestro criterio errada— como han actuado los tribunales en este punto; esto último mediante cita de escasos precedentes, que después de extractados hemos comentado someramente.

No puedo omitir la advertencia de que lo aquí escrito, casi en su totalidad había sido expuesto en una parte del trabajo *El iter criminis* (Universidad de Costa Rica, Sede Regional de Occidente, Coordinación de Investigación, San Ramón, 1988), y ha sido en alguna forma retocado muy levemente, para publicarlo en la Revista Judicial, con el consentimiento del coautor LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Esperamos de esta forma dar mayor difusión, y poner al alcance de jueces y abogados, información concisa pero completa, que esperamos sirva en la práctica forense.

I. Concepto de delito imposible

De acuerdo con la sistemática empleada por el Código Penal (C.P.) el delito imposible definido por el artículo 24 in fine depende de cada una de las normas que tutelan los bienes jurídicos bajo la protección penal. Al igual que la tentativa, es accesorio a cada uno de los tipos dolosos que corren en el catálogo de delitos de la parte especial.[1]

1. CAVALLERO, *"El delito imposible"*, pp. 26-30. Este autor refiere que la tentativa tiene un tipo objetivo y un tipo subjetivo, el segundo comprende el dolo del tipo de la parte especial que el sujeto pretendió realizar. Por ejemplo, en el homicidio (art. 111 del C.P.) se requiere del *animus necandi*, el la cual es también necesario para configurar la tentativa de homicidio (arts. 24 y 111 del C.P.). Esto es, el intento debe relacionarse siempre con una figura determinada, por lo que lo principal resulta ser ésta, y lo accesorio la tentativa. En igual sentido WESSELS, *"Derecho Penal, parte general"*, pp. 173-174.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sin embargo, nuestra legislación es parca en cuanto a la determinación de lo que significa "delito imposible"; no queremos decir con esto que pretendamos una definición legal en cuanto a su contenido, pero sí pudo la norma ser más explícita en indicar la acción necesaria para la realización de esta figura, si bien en forma general pues no debe olvidarse la accesoriedad o dependencia señalada en el párrafo anterior.

La determinación de la acción configurativa del delito imposible, impone la interpretación del artículo 24 del ordenamiento penal sustantivo. Este texto en su primera parte da un concepto normativo de tentativa, en cuanto señala que deben haber actos de ejecución dirigidos a la consumación del tipo de la parte especial, pero la misma no se logra por causas independientes de la voluntad del agente. Después de exponer esta idea el texto reza: "No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito; en tal caso se impondrá una medida de seguridad."

Interpretada esta norma, vemos que la ley creó tres figuras diferentes en un solo artículo: la tentativa y desistimiento que se encuentran en la primera parte; y la "tentativa imposible", como llamó a la forma contenida en la última parte. [2] Analizando el contexto, es claro que la *voluntas legis* es reprimir formas de conducta del sujeto que si bien no alcanzan la lesión del bien jurídico tutelado (el resultado) se consideran repugnantes al orden social, por ser manifestaciones de la vida interior del sujeto con suficiente relevancia social.

El caso del delito imposible es tratado desde una perspectiva peligrosista[3] al originar una medida de seguridad.

Todo ello para llegar a que el Código Penal costarricense prevé el tratamiento de conductas que si bien no alcanzan la lesión del bien jurídico tutelado, suponen un despliegue de actividad por parte del agente convencido de que logrará el resultado, que se traduce en una acción socialmente repugnante.

Por consiguiente al referirse la norma a la tentativa y al delito imposible, describe dos formas de conducta apoyadas en la posición dolosa del agente. El artículo 24 del ordenamiento en referencia da una definición básica que comprende la tentativa y el desistimiento, luego introduce una variante y del contexto se obtiene el delito imposible así: hay "tentativa imposible" cuando se pretende la ejecución de un tipo penal, por actos que hacen absolutamente imposible la consumación.

Éste es el resultado de la aplicación integral de los métodos esenciales de interpretación de la ley, y entonces queda descrito el supuesto de hecho del delito imposible como una mera actividad tratada por la ley penal, que no tiene forma de consumar alguna figura de la parte especial.

II. Diferencia entre tentativa y delito imposible

Número 1: A trata de envenenar a B con azúcar creyendo que se trata de un veneno, y B lo consume pero lógicamente no muere.

Número 2: A trata de envenenar a B con veneno, y B lo consume pero gracias a su resistencia física sobrevive.

Desde el punto de vista subjetivo, la tentativa y el delito imposible son figuras iguales en sus elementos:

a) El dolo es requerido por el tipo principal (de la parte especial).

b) El agente utiliza los medios que cree idóneos para la consumación.

c) El agente cree que sus actos son adecuados para consumar el ilícito, y

ch) El agente cree que el objeto es idóneo para la realización del tipo del injusto.

---

2. El siguiente fragmento de la Exposición de Motivos del C.P. aclara esta afirmación: "En cuanto a la tentativa, la Comisión adoptó una fórmula sumamente simple, inspirada en el texto recomendado por la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, en su reunión de Lima, que tuvo lugar del 3 al 13 de abril de 1967. Tres son las formas que se siguen, la primera referente a su definición, la segunda a las formas de desistimiento y la tercera a la llamada tentativa imposible."

3. Esta afirmación se da por cuanto las medidas de seguridad son destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente. En otros términos, las penas suponen la retribución por lo que se hizo, y las medidas de seguridad una prevención por lo que podría hacer. Y en nuestro artículo 24 del C.P. se impone una medida de seguridad al autor de delito imposible, lo que es un criterio peligrosista. Ver WELZEL, *"Derecho Penal alemán"*, pp. 335 ss.; WESSELS, *op. cit.*, p. 4; CUELLO CALON, *"Derecho Penal"*, T. I, Vol. I, pp. 706 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *"Derecho Penal"*, p. 55; BUSTOS RAMÍREZ, *"Bases críticas de un nuevo Derecho Penal"*, pp. 124 ss.; LABATUT GLENA, *"Derecho Penal"*, T. I, pp. 26 ss. y 237; BACIGALUPO, *"Manual..."*, pp. 17-19; JIMÉNEZ DE ASÚA, *"La ley y el delito"*, pp. 31-74; RODRÍGUEZ DEVESA, *"Derecho Penal, parte general"*, pp. 909 ss.; FONTAN BALESTRA, *"Tratado de Derecho Penal"*, T. I, pp. 205 ss., s.f.; y FAIREN GUILLÉN, *"Problemas del proceso por peligrosidad sin delito"*, pp. 25-28.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ello implica que un examen *ex ante facto*[4] con una posición subjetivista haría permanecer indiferenciada la tentativa del delito imposible.

Si analizamos los casos Nº 1 y 2 *ex ante* desde el punto de vista del autor, nos encontraríamos en presencia de dos delitos imposibles, pues el agente al iniciar su actividad cree que toda ella se adecua a los requerimientos de consumación del tipo objetivo (medios, objeto y actividad); y además actúa de acuerdo con el dolo requerido por el artículo 112-4 del C.P.

Por consiguiente la tesis subjetiva es inapropiada y es menester ensayar un análisis objetivo. Siempre haciendo una valoración *ex ante*, debe verse objetivamente cada caso en sus medios, objeto y actividad del agente, y determinar si en cada uno de estos aspectos es viable la consumación.

Sin embargo, los dos casos tienen como común denominador la falta de consumación del delito, pero la diferencia está en que en el caso Nº 1 existe un error de tipo al revés, [5-6] es decir, que se cree que el medio empleado es eficiente para la consumación del hecho, pero en realidad es ineficiente. Aquí reside la principal diferencia entre tentativa y delito imposible, y es el error de tipo al revés en que cae el agente en la última figura. Podemos citar ejemplos de error en el objeto: el caso en que se dispara sobre un caballo creyendo que es un hombre, se dispara sobre una cama vacía creyendo que ahí está la víctima, o se dispara sobre un muerto creyendo que está vivo; de error en los medios: intentar quebrar un vidrio con una bola de papel bajo la creencia de que es una piedra, o halar el gatillo de una pistola descargada para matar a un semejante creyendo que está cargada; y error en la actividad del sujeto activo: el que creyéndose funcionario público sin serlo acepta una dádiva para determinada comisión.

De manera que la diferencia es el error de tipo al revés, que se determina como resultado de un examen objetivo *ex ante facto,* error que no existe en la tentativa.

Hay una segunda diferencia entre la tentativa y el delito imposible, y es que aquélla tiene un principio de ejecución mientras éste no. Esto es así porque con la tentativa se inicia la ejecución del delito (tentativa inacabada) o se realiza toda la ejecución (tentativa acabada o delito frustrado), faltando sólo la consumación para realizar el tipo objetivo del delito que se perseguía. En cambio en el delito imposible ni siquiera se llega a actos de ejecución porque lo imposible no se puede ejecutar. Valga el ejemplo de quien desea matar con azúcar creyendo que es veneno (caso Nº 1), de donde resulta claro que no se puede comenzar a envenenar sin veneno; en cambio en el caso de quien administra veneno pero es resistido por la víctima (caso Nº 2), sí se comenzó a envenenar pero la dosis en el caso concreto no fue letal; en el primer ejemplo ni siquiera se puede ejecutar algo pero en el segundo sí.

III. El error de tipo al revés

Ya se hable de dolo de tipo, ya de dolo de culpabilidad, en el delito imposible, como dijimos en el aparte segundo, se encuentra presente siempre el error invertido que recae sobre el elemento intelectivo del dolo, y da como resultado la configuración de aquél. Esa es una diferencia fundamental con la tentativa.

El siguiente cuadro comparativo del dolo de tipo y el dolo de culpabilidad, permite apreciar la distinción estructural de cada uno:

---

4. Siguiendo a CAVALLERO, sostenemos que el análisis de la especie debe ser una prognosis póstuma, es decir, un pronóstico "que mira al futuro, de previsión posterior, porque se cumple a posteriori de la falta de realización del resultado, pero remitida al momento en que el hecho se cometió." CAVALLERO, *op. cit.*, p. 136. Es así porque si se hiciera una valoración *ex post facto* los dos casos serían delito imposible, pues dadas las circunstancias conocidas posteriormente los dos son imposibles de realizar. Ver también CAVALLERO, p. 135.

5. LONDOÑO BERRIO define el error de tipo del siguiente modo: "...el error de tipo es el que tiene como objeto las circunstancias objetivas —fácticas o normativas—, que integran el tipo penal. Todo error de tipo excluye el dolo y deja la posibilidad de la imputación a título de culpa, cuando es vencible y existe el respectivo tipo culposo." LONDOÑO BERRIO, *"El error en la moderna teoría del delito"*, p. 24. Coincide lo anterior con el artículo 34 del C.P. CAVALLERO, *op. cit.*, p. 130; WELZEL, *op. cit.*, p. 112 y WESSELS, *op. cit.*, p. 74.

6. No debe confundirse el error de tipo y el error de tipo al revés, con el error de prohibición y el error de prohibición al revés o delito putativo. En el primero de los cuatro se realiza un tipo objetivo sin dolo, y en el segundo se realiza el tipo subjetivo no el objetivo; en el error de prohibición se realiza el tipo objetivo bajo la creencia de que no se realiza una acción penada, y finalmente en el error de prohibición al revés o delito putativo no se realiza ningún tipo bajo la creencia de que se comete un delito. En este sentido CAVALLERO, *op. cit.*, p. 130; LONDOÑO BERRIO, *op. cit.*, en general; y LABATUT GLENA, *op. cit.*, pp. 182 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

	Elementos del dolo	
	Dolo de tipo	**Dolo de culpabilidad**
Elemento intelectivo	Conocimiento del tipo objetivo	A. Conocimiento del tipo objetivo B. Conocimiento de la antijuridicidad
Elemento volitivo	Querer y aceptar el resultado	Querer y aceptar el resultado

Es claro que en el caso del dolo de tipo el elemento intelectivo está integrado únicamente por el conocimiento del tipo objetivo, en tanto que el dolo de culpabilidad está formado tanto del conocimiento del tipo objetivo como del conocimiento de la antijuridicidad. El error invertido afecta el elemento intelectivo en las dos formas de dolo, en lo que se refiere al conocimiento del tipo objetivo. Sin embargo, en el dolo de tipo el error afectaría la tipicidad, por lo que se denomina error de tipo al revés; mientras para el dolo de culpabilidad que sigue la vieja concepción, el error excluye la culpabilidad y se denomina error de hecho. Ello porque la teoría del tipo simple ubica el dolo en la culpabilidad.

Ahora bien, dentro de la estructura del delito, nosotros seguimos la teoría del tipo complejo y ubicamos el dolo en la tipicidad, por lo que utilizamos los términos de error de tipo y error de tipo al revés.

El error de tipo supone una falta de conocimiento del hecho que se realiza, esto es se llenan los elementos del tipo objetivo sin saberlo el agente. Por ejemplo quien tira al blanco colocando una silueta en un estañón abandonado en un predio deshabitado, luego dispara varias veces, ignorando que dentro del estañón se escondía un niño, que murió por los impactos de bala. Si el error era invencible la exclusión del dolo implica la exclusión del tipo, y con ello no se configura delito. No obstante, si el error es vencible, es decir que se produce por la omisión de un deber de cuidado que se puede relacionar causalmente con el resultado, el hecho es sancionable si existe la previsión legal de la conducta bajo su forma culposa. En el C.P. el error de tipo está previsto en el párrafo primero del artículo 34 (el párrafo segundo de este artículo es configurativo de un error de prohibición indirecto o impropio).

Bajo esta determinación del error de tipo, entramos ahora a definir el error de tipo al revés. Éste, valga la redundancia, es exactamente lo contrario al error de tipo, es decir que el sujeto realiza la acción utilizando medios, actuando sobre un objeto o ejerciendo una actividad inidónea para alcanzar el resultado; pero bajo la creencia —y de aquí el error— de que esos medios, ese objeto o esa actividad son idóneos para alcanzar el resultado. De esta manera el agente cree que el hecho realizado se adecua a la previsión penal, esto es que subjetivamente llena el elemento intelectivo del dolo: el conocimiento del tipo objetivo.

IV. El efecto jurídico[7]

De acuerdo con la valoración social que se haga del delito imposible, así se asignará un efecto jurídico a la realización de esta figura. Al respecto la doctrina ha elaborado diferentes teorías que a continuación estudiamos:

7. Concebimos la norma jurídica como una estructura jurídica tridimensional, cuyos elementos son: a) especie fáctica legal, que para el problema de estudio sería la previsión general del delito imposible del artículo 24 del C.P., como la acción de pretender la ejecución de un delito por actos que hacen absolutamente imposible su realización; b) efecto jurídico, que es la manifestación externa de la *voluntas legis* o en otros términos de su contenido valorativo; y c) contenido axiológico o *voluntas legis*, que en suma es el fin de la ley. El efecto jurídico que es la consecuencia de la realización del supuesto de hecho, es una manifestación del contenido axiológico como se indicó . Así si el efecto es la permisión, el estímulo o el castigo, para quien realiza el supuesto de hecho, indica que la *voluntas legis* es permitir, promover o evitar la conducta en que consiste el supuesto de hecho. La norma penal no escapa a esta teoría general, y lo que hemos definido como supuesto de hecho del delito imposible es un hacer que realiza un tipo subjetivo, y el ordenamiento debe establecer un efecto jurídico acorde con los valores sociales dotados de juridicidad; y es la voluntad de la norma. Podría ser la punibilidad, la impunidad u otro. Ver REALE, *"Introducción al Derecho"*, pp. 74-81.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A. La teoría subjetiva alemana

Su fundador es Von Buri a partir de 1862, que propone la punición de la tentativa y del delito imposible a partir de la voluntad del autor, y no del peligro creado. La diferencia entre idoneidad e inidoneidad de los medios supone la relación (causal) hecho-resultado, que no se da ni en la tentativa, ni en el delito imposible y por ende debe atenerse el Derecho a la voluntad estrictamente. No tiene sentido hablar del delito imposible y tentativa, porque si falta el tipo, no podría decirse que se realiza parcialmente; polariza este aspecto en que se realiza o no el tipo. Hablar de idoneidad de medios, objeto y actividad es absurdo. Welzel es uno de los continuadores de esta teoría.[8-9]

B. La teoría subjetiva de Garófalo

Al igual que Von Buri, para Rafael Garófalo la tentativa no es sino la expresión de la voluntad del agente, la que revela que es un sujeto peligroso en la sociedad.[10]

Cavallero critica a Garófalo, por cuanto dice que la punibilidad en razón de una teoría peligrosista destruye el sistema de la culpabilidad que anhela toda democracia moderna.[11]

C. La teoría objetiva antigua

Elaborada por Carrara en Italia, y Feuerbach y Mittermaier en Alemania, tomó como índice de la punibilidad el concepto de peligro del bien jurídico tutelado, que en un momento dado existe como un hecho.

Para conciliar la tesis del peligro con el concepto de delito imposible, la imposibilidad se divide en absoluta y relativa. Es absolutamente imposible la consumación cuando el objeto o el medio son inadecuados y es relativamente imposible cuando las "condiciones" en que se desarrolla la especie impiden el resultado; en el primero de los casos el hecho queda impune, pero en el segundo es punible.[12] En realidad la imposibilidad relativa es la tentativa, y la imposibilidad absoluta es el delito imposible.

Esta teoría trató de evitar el castigo de los actos atípicos y pretendió un criterio general para establecer la punibilidad de la tentativa a través de su definición, y de igual modo la impunidad del delito imposible. No obstante, la determinación de lo que es la imposibilidad absoluta y la imposibilidad relativa es inconsistente, y queda para emitir un juicio en cada caso concreto en forma muy personal para el juez.[13] De manera que, se eliminan los criterios de la voluntad del agente (teoría subjetiva alemana) y su condición de peligrosidad (teoría subjetiva de Garófalo), pero antes de ser objetiva subjetivizó los conceptos, pues el hecho se ve y valora al arbitrio del juez sin ningún límite.

Ch. La teoría objetiva moderna[14]

Esta tesis desarrollada por Von Liszt y von Hippel trata de conciliar la tesis del peligro del agente, con un criterio objetivo de valoración de la conducta peligrosa. Para ello establece los siguientes parámetros:

a. Es necesario un peligro concreto,

b. El examen del hecho debe ser *ex ante facto*, y

c. Si de acuerdo con este examen de la conducta del agente es imposible la consumación, ésta no es peligrosa y por ende debe quedar impune.

Es claro que se establece un criterio objetivo causal, y el resultado debe ser un peligro concreto,

---

8. En este sentido CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 87 ss.; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 488 ss.

9. "Según la teoría subjetiva —dice WELZEL— no necesita la realización exterior de la voluntad para ser, en cuanto tal, peligrosa, sino que para el Ordenamiento jurídico es seriamente peligrosa ya la voluntad que cree ponerse con su actuación de inmediato en relación con la realización del delito. Se castiga, por eso, por prescindencia de la falta de peligrosidad de la tentativa con medios inidóneos o respecto de un objeto inidóneo, cuando el autor los estima idóneos." Y más adelante agrega: "...la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo una tentativa; y aun en estos casos el autor cumple con ello. Por eso, también en ellos existe una tentativa (inidónea), cuya punibilidad surge de lo expresado arriba en el punto 1b)" —el maestro alemán se refiere a la cita anterior—. WELZEL, *op. cit.*, pp. 266 y 268.

10. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 489.

11. Ver CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 91-93.

12. Ver CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 93 ss.; WELZEL, *op. cit.*, pp. 265 ss.; y LABATUT GLENA, *op. cit.*, p. 183.

13. Así lo señala WELZEL al indicar que "la medida para distinción entre inidoneidad absoluta y relativa es el punto de vista *ex post*, esto es, del juez." WELZEL, *op. cit.*, p. 266.

14. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 489 ss.; CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 97 ss.; y WELZEL, *op. cit.*, p. 266.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pero si éste o la consumación fueren imposibles de acuerdo con los medios, objeto o actividad del autor, el hecho queda impune. De modo que se requiere un peligro concreto para la punición, lo que choca con nuestra posición, pues consideramos —como se verá— que de acuerdo con la redacción del artículo 24 in fine del C.P., en el delito imposible no hay peligro para el objeto jurídico de la acción.

D. La teoría de la impresión

Se fundamenta en que el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos de una voluntad de acción, y por ello tanto voluntad agresora como bien jurídico afectado tienen recíproca influencia.

Llamada también teoría de la impresión, predica esta posición que la acción del autor de delito imposible, es reprochable por la relevancia social que tiene al iniciar actos intencionalmente "dirigidos" a la consumación de un delito por un lado; y por otro la demostración de la capacidad delictiva del agente, que no consumó el delito por un error (error de tipo al revés) sobre los medios, objeto o actividad. Todo esto lleva a una afectación, no del bien jurídico,[15] sino de la paz jurídica de la comunidad, que de quedar impune causaría una conmoción social.

Esta posición se pronuncia por la punición del delito imposible, para lograr la prevención general y especial propias del Derecho Penal.[16]

Creemos que esta es la tesis correcta para fundar el castigo del delito imposible.

E. La teoría de la falta de tipo

Algunos autores han desarrollado esta teoría diciendo que, no existe delito imposible sino atipicidad de la conducta, cuando los medios o el objeto de la acción no son los requeridos por la figura principal para la realización del tipo. Por consiguiente, administrar azúcar creyendo que es veneno, o disparar sobre un caballo creyendo que es un hombre, por mucha peligrosidad que manifiesten, quedan impunes.[17] La consecuencia de esta doctrina es la impunidad del delito imposible siempre.

De acuerdo con BACIGALUPO, hemos arribado a la conclusión de que el delito imposible debe castigarse a pesar de la inidoneidad del medio, del objeto y de la actividad, ya que el C.P. solamente indica que debe ser absolutamente imposible la consumación, y con ello recoge cualquier forma inidónea. No obstante, nuestra legislación no castiga el delito imposible sino que lo trata con una medida de seguridad,[18] por lo que se puede decir que queda impune.

En realidad esta "nueva teoría" es la misma que la objetiva antigua, pues hace depender la punición del peligro relativo (tentativa) o de la ausencia absoluta de peligro (delito imposible), de acuerdo con la apreciación que se haga de los medios y del objeto.[19]

V. Tratamiento del delito imposible en el Código Penal

Como ya lo adelantamos, nuestro C.P., en lo que a delito imposible se refiere, es peligrosista y dentro de esta posición sigue la teoría objetiva antigua. Esto trae como consecuencia la impunidad del autor de delito imposible.

Sin embargo, la tesis de CARRARA no vive pura en el artículo 24 in fine del ordenamiento penal sustantivo, ya que al imponer la aplicación de una medida de seguridad a la figura en comentario, no sólo considera el peligro para el bien jurídico, sino el peligro que representa la personalidad del sujeto. Se arriba a esta conclusión porque en nuestro Derecho Penal, las medidas de seguridad están concebidas para prevenir a la sociedad de posibles conductas delictivas del reo.

Previo informe de peligrosidad que debe rendir el Instituto Nacional de Criminología de acuerdo con

---

15. Cf. CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 120 ss. y 139-142. Este autor sostiene que además de la relevancia social (impresión), debe completarse por la afectación del bien jurídico.

16. Sobre la prevención general y especial, ver JESCHECK, *op. cit.*, pp. 6 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 124 ss. y 136 ss.; WESSELS, *op. cit.*, pp. 327 ss., a 330 ss., 335 y 374, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 55.

17. En tal sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 176 y 486-491. La teoría de la falta del tipo sólo tiene aplicación en caso de inexistencia del objeto; sin embargo, consideramos que es una posición inconciliable con la nuestra. CAVALLERO, *op. cit.*, pp. 128 ss.; sobre esta teoría ver WESSELS, *op. cit.*, p. 268.

18. "La falta de consumación puede provenir de la no concurrencia de los elementos del tipo: el resultado o un elemento cualquiera de la descripción típica." BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 172 ss. Al leer el art. 24 del C.P. se percibe la influencia de la teoría objetiva antigua de Carrara, Feuerbach y Mittermaier.

19. Véase la teoría objetiva antigua.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el artículo 97, y de conformidad con los numerales 24, 98-5, 100, 101, párrafo tercero y 102-b del C.P., el juez o tribunal deben aplicar al autor de delito imposible, una medida de seguridad de internación hasta por veinticinco años en una colonia agrícola o establecimiento de trabajo sometido a régimen especial.

Al estudiar esta forma de tratamiento, llegamos a concluir que es inconstitucional, ya que el internamiento supone privación de libertad en primer lugar, y en segundo lugar la falta de realización de alguno de los tipos de la parte especial implica que no se puede privar al sujeto de la libertad por no haber consumado delito sancionado con prisión.[20] Esto quiebra los principios de libertad física y de tránsito, *nullum crime nulla poena sine lege* y de culpabilidad, consagrados en los números 22 y 39 de la Constitución Política.

VI. Jurisprudencia

Los siguientes extractos jurisprudenciales son referidos a hechos violatorios del artículo 100 de la Ley Orgánica del Banco Central, en que miembros del Organismo de Investigación Judicial provocaron una negociación ilegal de dólares totalmente controlada (delito experimental).

Tanto la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como el Juzgado Tercero Penal de San José, han establecido la atipicidad de las conductas, no obstante no calificaron los hechos como delito imposible por error *in iudicando* en cuanto al contenido del artículo 24 in fine del C.P. Las tesis jurisprudenciales son respetables aunque no las compartimos.

A. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº V-185-F, a las 14,30 h del 9 de octubre de 1984, resolvió:

> "En el caso sub examine no existió posibilidad alguna de afectación al bien jurídico que se pretende proteger al penalizar la conducta a que se refiere el antes citado artículo 100 de la Ley Orgánica del Banco Central, pues los agentes del Organismo de Investigación Judicial que participaron en el operativo montado, habían tomado las previsiones del caso para que los dólares una vez que los tuviera en su poder el 'comprador', fueran inmediatamente decomisados."

Observe el lector que se establece la inidoneidad de la actividad y del objeto, lo que de acuerdo con la tesis de CARRARA (objetiva antigua) que informa la parte final del artículo 24 del C.P., es imposibilidad absoluta de consumación y por consiguiente delito imposible. Más adelante dice la resolución:

> "Los miembros del Organismo de Investigación Judicial fueron los que les determinaron para actuar conforme lo hicieron, pero a su vez ya habían tomado las previsiones del caso —como ya se apuntó anteriormente— para que la acción emprendida no produjera sus resultados; el bien jurídico protegido no tuvo posibilidad alguna de resultar afectado."

Con esto los magistrados del Alto Tribunal establecen la ausencia de peligro concreto, que es otro elemento de la teoría objetiva antigua para configurar el delito imposible. Luego continúan:

> "la compraventa sólo en la mente del 'adquirente' era una realidad, el vendedor no actuaba como tal pues tenía la absoluta seguridad de que los dólares serían decomisados por sus compañeros y que no podía sino engañosamente disponer de los mismos, pues le habían sido prestados al órgano para el cual labora, por el Banco Central, para realizar unos operativos como el investigado en la presente causa y luego proceder a su devolución al ente emisor."

Sin proponérselo, en este fragmento la Sala Tercera se ha referido a la existencia de un error de tipo al revés en la mente del sujeto, con lo cual queda totalmente configurado el delito imposible. Lo curioso de este caso, es que la resolución ni siquiera analiza la figura.

B. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Nº V-188-F, a las 14,45 h del 9 de octubre de 1984; resolvió:

> "...el peligro que debe producir un delito de la naturaleza del que nos ocupa, debe ser objetivo, es decir, efectivo, real e idóneo, pues la interpretación sistemática...".

Nuevamente se observa que la Sala exige para la consumación o tentativa, la existencia del peligro

20. Ver arts. 505 del C.P.P. y 50 del C.P.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concreto; con éste se configuraría la imposibilidad relativa de acuerdo con la tesis de CARRARA. Igual se puede decir del siguiente extracto:

> "Esos hechos en ningún momento pusieron en peligro efectivo, real e idóneo la estabilidad monetaria del país que es el bien jurídico tutelado por el mencionado artículo 100 de la Ley número 6789. Faltó en consecuencia un elemento importante para la tipificación de esa figura delictiva, por lo que, como se afirma en la sentencia impugnada, la acción resulta atípica."

Tampoco en este caso se estudió la existencia de un delito imposible.

C. El Juzgado Tercero Penal de San José, Nº 372-84, sin hora, el 29 de noviembre de 1984, resolvió:

> "El Derecho Penal tiene como finalidad posibilitar la normal convivencia del ser humano, reprimiendo aquellas conductas que afectan bienes jurídicos importantes para ese normal desarrollo de la vida de relación que caracteriza a los hombres, por lo que corresponde determinar si el peligro que afecta el bien jurídico tutelado en el artículo 100, inciso a), de la Ley Orgánica del Banco Central, y que no es otro que la estabilidad monetaria... se concluye que el peligro que debe producir un delito de la naturaleza del que nos ocupa, debe ser concreto, real, objetivo e idóneo...".

Al igual que Casación el Juez Tercero Penal de San José, comprendió que para que una conducta no sea calificada como delito, a la luz de la doctrina (de CARRARA) que informa en lo que interesa el artículo 24 del ordenamiento penal sustantivo, debe corresponder al concepto de imposibilidad absoluta. Pero su error —en nuestra opinión— es que se aparta de la teoría antigua, al no aplicar la medida de seguridad prevista en el artículo 24 para la imposibilidad absoluta. Más adelante el fallo agrega:

> "El señor representante del Ministerio Público argumentó que estamos en presencia de un 'delito imposible', solicitando se les aplique a los encartados una medida de seguridad. Dicha posición, la respeta el Tribunal pero no la comparte ya que del análisis que se hizo en el considerando anterior se concluye que la conducta de los encartados es atípica...".

El argumento no cabe, ya que de acuerdo con lo estudiado, lo primero para la aplicación de la previsión legal del delito imposible, es que la conducta sea atípica; por lo que está el juez usando el fundamento del delito imposible para declarar que no existe, lo que es un contrasentido jurídico.

CONCLUSIÓN

Ha quedado expuesto que nuestro C.P. en materia de delito imposible, sigue la tesis objetiva antigua de CARRARA, según la cual existe tentativa cuando la acción tiene una relativa posibilidad de alcanzar el resultado, en tanto se trata de delito imposible cuando no hay en absoluto posibilidad de alcanzar el resultado. Nuestra jurisprudencia, ha aplicado hasta aquí en buena forma la tesis del maestro italiano, en punto a exigir una posibilidad real de peligro para el bien jurídico protegido, a fin de establecer si se ha cometido delito en su forma consumada o tentada. La conclusión ha sido que aquellas acciones que impliquen una imposibilidad absoluta para alcanzar el resultado, son atípicas.

Sin embargo, pese a ser atípicos los actos realizados en relación con el delito que se quería cometer (homicidio, robo, canje ilegal de divisas, etc.), están tipificados como delito imposible, cuyo efecto jurídico es la aplicación de una medida de seguridad. Y aquí es donde los fallos precedentes se separan del marco de legalidad, porque después de declarar que las conductas son atípicas no han aplicado la medida de seguridad de internación hasta por veinticinco años en una colonia agrícola o establecimiento de trabajo sometido a régimen especial, establecida por los artículos 24, 98-5, 100, 101, párrafo tercero y 102-b del C.P.

Esa situación es síntoma de desconocimiento de la figura y teoría del delito imposible, lo que permite pensar que en esta materia, los tribunales han resuelto de acuerdo con criterios de justicia, con la utilización de una técnica equivocada que les ha permitido una solución a medias, como es la declaración de atipicidad del hecho en relación con el delito que se pretendió cometer; pero no se ha dicho que estas conductas son típicas por estar previstas como delito imposible, y deben ser tratadas mediante la aplicación de una medida de seguridad. Desde luego que ese tratamiento es totalmente atrasado, y lo conveniente es una reforma que permita aplicar la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sanción en idéntica forma que en los casos de tentativa, sea con la misma pena que para el delito consumado disminuida a criterio del juez; pero mientras la ley permanezca tal cual está, los administradores de justicia no están en posibilidad legal, de dejar de imponer la medida de seguridad de comentario.

Pareciera que una forma más útil y sencilla de establecer la diferencia entre la tentativa y el delito imposible, es mediante la determinación de la existencia del error de tipo al revés que se encuentra en el delito imposible, pero que está ausente en la tentativa. Para ello debe hacerse una *prognosis postuma ex ante facto,* que permita concluir en la viabilidad o no de la acción para alcanzar el resultado; de ser viable estamos ante una tentativa, pero en caso contrario estamos ante un delito imposible por la existencia de un error de tipo al revés en los medios, objeto o actividad del agente.

Esperamos así contribuir en alguna forma para que en adelante tenga vigencia plena el artículo 24 del C.P.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal,* parte general, Colombia, Temis-Ilanud, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal,* Colombia, Editorial Temis Librería, 1982.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal centroamericano,* parte general, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.f.

CAVALLERO, Ricardo Juan, *El delito imposible,* Argentina, Editorial Universidad, 1983.

CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal,* T. I, V.I, Barcelona, Bosch, 1975.

DALL'ANESE RUIZ, Francisco y LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *El iter criminis,* Universidad de Costa Rica, Sede Regional de Occidente, Coordinación de Investigación, San Ramón, 1988.

DALL'ANESE RUIZ, Francisco, *La interpretación de las normas jurídicas y el cambio social,* San José, Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

EZAINE CHÁVEZ, Armando, *El iter criminis,* San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981 (mimeo.).

FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Problemas del proceso penal por peligrosidad sin delito,* España, Editorial Tecnos, 1972.

FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal,* T.I, San José, Editorial Estudiantil, s.f.

FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal,* parte especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

FRÍAS CABALLERO, Jorge, *El proceso ejecutivo del delito,* Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1956.

GIMBERNAT ODERIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal,* España, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal,* parte general, T.II, España, Bosch, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito,* Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1979.

LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal,* T.I, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

LONDOÑO BERRIO, Hernando, *El error en la moderna teoría del delito,* Colombia, Editorial Temis Librería, 1982.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en el Derecho Penal,* Costa Rica, Juriscentro, 1980.

NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal,* parte general, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1982.

PACHECO, Máximo, *Introducción al Derecho,* Chile Editorial Jurídica de Chile, 1976.

PADILLA, Guillermo, *Exposición de motivos del Código Penal de 1970,* Costa Rica.

REALE, Miguel, *Introducción al Derecho,* España, Ediciones Pirámide S.A., 1976.

RIVERA QUIRÓS, Juan Rafael, *El proceso ejecutivo del delito,* Costa Rica, Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español,* parte general, Madrid, Gráficas Carasa, 1979.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal,* Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino,* T.II, IV y V, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1976.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán,* Chile Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes, *Derecho Penal,* parte general, Buenos Aires, Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal,* parte general, Buenos Aires, Ediar, 1979.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INFORMÁTICA JURÍDICA EN COSTA RICA

BR. FERNANDO COTO MARTÉN

El jueves 21 de junio de 1990, en la Sala Quirós Cuarón, ILANUD, Edificio Plaza de la Justicia, se realizó la entrega oficial del Proyecto de Sistematización de la Jurisprudencia Penal en Costa Rica, fruto de un trabajo coordinado en el que intervinieron funcionarios de varias instituciones involucradas en la materia. Con este acto se coronó la primera etapa del proyecto piloto, que pretende a un mediano plazo, abarcar las diversas áreas del Derecho en Costa Rica, extenderse a otros ámbitos de la región centroamericana y el Caribe y superar la mera centralización inicial en la oficina del Digesto de Jurisprudencia, mediante terminales remotas.

Los propósitos originales, además de versar en torno a la sistematización de la información tanto de legislación y doctrina así como de jurisprudencia, persiguen democratizar el acceso a la información. De esta forma el derecho a la información pasaría a ser una realidad viviente, ya que existía un verdadero "handicap" a favor de algunos abogados, quienes gracias a su esfuerzo y trayectoria habían confeccionado importantes índices manuales que les permitían una mejor eficiencia y una mayor certeza a la hora de plantear la resolución de los casos. De igual forma, se pretendía consolidar un manejo inter-subjetivo de los términos y conceptos para ampliar las posibilidades de entendimiento y comunicación.

Los primeros pasos en el sendero del avance y la superación del "shock del futuro" se dieron a partir de la construcción de unas importantes herramientas por parte del ILANUD. El Tesauro (diccionario de lenguaje controlado) Criminológico Latinoamericano (TECRILA), el Tesauro Jurídico Penal (TEJUPE) —cuya unión nos va a dar el Tesauro de Política Criminal (TEPOCRILA)— y el Macrotesauro constituyeron los primeros logros en este camino de asumir el reto que significa la modernización tecnológica y el mejoramiento de la administración de Justicia Penal.

Sin embargo, es importante hacer incapié en la presencia de un fenómeno concurrente, al cual hay que prestarle atención en aras de impulsar los correctivos que busquen cerrar la brecha existente en todo lo referente al uso de la computación en el ámbito jurídico. Son necesarios cursos de informática jurídica en las universidades así como garantizar el acceso de toda esta tecnología a los diversos sectores e instituciones, de manera que los beneficios se extiendan hacia todos los confines y jurisdicciones, para de esta forma generar una verdadera competencia entre los bufetes, mecanismo importante para que estos medios y recursos brinden la luz requerida, en igualdad de oportunidades y condiciones.

Dados los fines públicos que informan estas iniciativas será importante entonces hacer un estudio de mercadeo y de la demanda actual del producto así como de la situación deseada, a nivel de los usuarios y de la cantidad y calidad de información solicitada. De igual forma en todo lo que significa la utilización del fax, la existencia de estos aparatos en las oficinas y el conocimiento de las metodologías de utilización de la informática jurídica y de las diversas herramientas aportadas. Será entonces necesario elaborar una verdadera campaña de divulgación de estos avances para que se extiendan más allá de la comunidad jurídica que hasta el presente se ha visto interesada en estos menesteres. De igual forma, para cimentar estas proyecciones hacia el futuro, se podría realizar una Feria de Informática Jurídica, para darle el espacio en todo este proceso a las diversas empresas dedicadas a la venta de equipos computacionales, empresas encargadas de la producción de programas de gestión (software) y en general a todos los organismos y grupos interesados en estos servicios.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En fin no podría concluir este artículo sin hacer mención de un problema que se ha presentado a la hora de sistematizar la información sobre legislación. En efecto la llamada "derogación tácita" de leyes ha generado una serie de complicaciones a los funcionarios de la Procuraduría que se encargan de esta labor de sistematización, cuestión que existe en razón del desorden que a este respecto ha existido a la hora de legislar, encontrándose en muchas ocasiones artículos o cuerpos legales contradictorios.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA AUTORIZACIÓN DE SALIDA DEL HOGAR DE MUJER CASADA

LIC. ESTEBAN SOLER AIRA

Históricamente, el sexo femenino ha sido considerado por los ordenamientos como una causa que modifica su capacidad de actuar ("la capacidad de actuar u obrar es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos").[1] Esto ha dado lugar a un trato desigual y discriminatorio, y se ha mantenido a la mujer en una situación de inferioridad o subordinada con respecto a una superior capacidad de obrar del varón.

Dos modelos de familia ponen de relieve el importante cambio operado en las relaciones conyugales: "uno, la familia patriarcal, fuertemente jerarquizada, en la que las relaciones conyugales reflejan, ante todo, la autoridad del padre de familia; otro, la familia moderna, nuclear o conyugal, en la que los derechos y deberes recíprocos de marido y mujer son el exponente de una autoridad igual y compartida, es decir, regida por el principio de igualdad jurídica de los cónyuges."[2]

Para Lacruz Verdejo,[3] "efecto esencial de la celebración del matrimonio es dar nacimiento al *status* matrimonial. Surge entonces entre los cónyuges un vínculo que no es de parentesco, sino precisamente matrimonial, y en consecuencia de él un tejido de poderes y deberes, de relaciones personales y patrimoniales de naturaleza muy varia." Por tanto, este auténtico estado civil que produce el matrimonio modifica la capacidad de obrar de la persona casada de la que no lo está porque el matrimonio indudablemente impone a los cónyuges una comunidad familiar con fines propios que cumplir, tales como la vida en común, cooperación, mutuo auxilio y procreación, que sólo pueden exigirse en la medida en que se respete la absoluta igualdad entre marido y mujer.

En el Derecho costarricense la igualdad jurídica entre los cónyuges y la no discriminación por razón de sexo se configura como un principio constitucional (artículos 33 y 52 de la Constitución Política). También, mediante Ley Nº 6968 publicada en La Gaceta Nº 8 del 11 de enero de 1985, la Asamblea Legislativa aprobó la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Esto significa que cualquier organización jurídica del matrimonio debe respetar ese principio y que son inconstitucionales las leyes en que se establezcan preceptos que violen la igualdad. El trato y la protección del Derecho debe ser igual para ambos y no es posible establecer distinciones o diferenciaciones de trato jurídico, pues la igualdad jurídica —también cimentada en el artículo 2 del Código de Familia— determina ante todo una prohibición de las discriminaciones.

Sin embargo, el artículo 2 del Código de Familia, a la luz de este principio, no ha suprimido la necesidad, de que en determinados casos, un cón-

1. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. Sistema de Derecho Civil, Volumen I. Quinta edición. Editorial Tecnos, Madrid. 1984, pág. 230.
2. LETE DEL RÍO, J. M., Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil. Primera edición. Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 367.
3. LACRUZ, J. L. y SANCHO, F., Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia, Librería Bosch, Barcelona, 1984, pág. 173.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

yuge no pueda obrar sin el consentimiento del otro, porque ello es debido fundamentalmente a exigencias derivadas de la comunidad familiar que se ha creado. Es decir, "el matrimonio no suprime la vida individual de cada cónyuge, pero sí la limita y modaliza en cuantos aspectos de ella puedan entrar en colisión con la esfera común."[4] Seguidamente, algunos ejemplos en donde un cónyuge no puede obrar sin el consentimiento del otro o su capacidad de actuar se ve limitada: Código de Familia: 42-afectación del inmueble familiar, 47-cesación de la afectación, 34-ninguno de los cónyuges puede abandonar injustificadamente el hogar conyugal, 72-consentimiento del esposo en la inseminación artificial de la mujer con semen de un tercero, 101-un cónyuge no puede adoptar sin el consentimiento del otro, 595-Código Civil limitaciones a la capacidad de disponer en un testamento.

El artículo 6, inciso e) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia dispone que para cumplir sus fines, el Patronato tiene la siguiente atribución: "Autorizar de modo provisional la salida del hogar de la mujer casada y de sus hijos menores, en caso de urgencia." De esta norma se denota clara e inequívocamente la existencia de una disparidad de tratamiento entre los cónyuges, basada en el sexo, porque obviamente el marido no requiere permiso alguno del Patronato para salir del hogar; lo cual se traduce en algún modo en una auténtica limitación de la capacidad de obrar de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas familiares. A la mujer se le restringe su capacidad al distinguirla con un requisito previo para salir del hogar, que al hombre no se le pide. El principio de la igualdad de los sexos que se propugna en los artículos 52 de la Constitución y 2 del Código de Familia, determina, ante todo, una prohibición de las discriminaciones, y le prescriben a la mujer una verdadera situación de equiparación con el marido.

El artículo 34 del Código de Familia dispone que los cónyuges deben vivir en un mismo hogar, y el artículo 58, inciso 2) ibídem, sanciona el abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro como causal para decretar la separación judicial. Al respecto, la Sala Primera, en Res. Nº 20 del 6 de abril de 1982, expresó que: "el abandono, en el ámbito de las relaciones conyugales, constituye la ruptura unilateral y culpable del deber de convivencia, con el consiguiente quebranto de los otros deberes que son propios del matrimonio; y se habla de 'culpable' porque es obvio que no podría hacerse ningún reproche si la situación del cónyuge se justifica por la conducta del otro; así tendría que interpretarse el 'abandono', aunque la ley no agrega otros conceptos, al establecerlo como motivo de separación judicial; con la expresión 'abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro', contenida en el Código de Familia y Civil, se recalca que el abandono debe ser el resultado de una voluntad 'libre', no determinada por circunstancias que excluyan esa voluntariedad y a la vez 'maliciosa' en la medida en que al ser voluntario, lleva el propósito de incumplir aquellos deberes."

Paralelamente, Gerardo Trejos[5] considera que "en la vida real no todos los alejamientos de un esposo significan abandono voluntario y malicioso de los deberes que impone el matrimonio. Nuestra jurisprudencia está llena de situaciones en las que un cónyuge se ve compelido, por el trato que le da el otro, a sustraerse a esas obligaciones, y los tribunales han resuelto, con estudio de las circunstancias que rodean cada caso, que cuando la situación es insostenible para uno de los consortes su partida del hogar no constituye la causal prevista en el inciso 2) del artículo 58 del Código de Familia."

Por ejemplo, es justificado el abandono por motivos de constantes desavenencias y reyertas, el miedo ante una amenaza grave o malos tratos, insultos, el esposo que le dice a la mujer que se vaya de la casa, cuando el marido mantiene relaciones sexuales con su amante y hiere los sentimientos y dignidad personal de la esposa. En la mayoría de los casos, la mujer, con su salida del hogar, no ha tenido la intención de no vivir más con su cónyuge, ni de sustraerse a las obligaciones matrimoniales, sino que, por el contrario, ha tenido en vista que con su salida, se logrará normalizar la situación de su hogar, mediante ese acto evidentemente conciliador y pacificador.

El Patronato Nacional de la Infancia justifica la existencia de brindar el servicio de asistencia jurídica a la comunidad en la tipología de "Salida del hogar de mujer casada" aduciendo que el fin del permiso para salir del hogar es el de no perder los derechos de *gananciales* y *pensión alimenticia* que a la mujer le corresponde como esposa (artículos 41 y 153 del Código de Familia). En nuestra experiencia diaria, en una significativa mayoría de los casos donde la mujer opta por salir del hogar en compañía de sus hijos, la causal prevista por ley que sanciona

4. Ídem nota 3.

5. TREJOS, G., Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, San José, 1982, pág. 354.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

este comportamiento no es tan siquiera ventilada por el marido ofendido ante los tribunales (especialmente en diligencias de pensión alimenticia) porque el marido sabe bien que él es quien ha provocado tal conducta en su esposa y que remotamente le prosperaría su pretensión para eximirse de la pensión alimenticia y partición de los bienes gananciales. Además, en la eventualidad de llegarse a disputar este punto ante los tribunales y la mujer demuestra que su salida del hogar no llevaba como fin sustraerse a sus obligaciones matrimoniales, sino que circunstancias razonables ajenas a su voluntad la obligaron a ello, entonces su partida no constituiría la causal de abandono voluntario y malicioso, y, por ende, no perdería su derecho a pensión alimenticia y gananciales. A todas luces la autorización de salida del hogar de mujer casada otorgada por el PANI es, además de innecesaria, legalmente insostenible e inarmónica con nuestro Ordenamiento jurídico.

Las reformas llevadas a cabo en el Derecho costarricense durante los últimos cuarenta años han conducido el principio de igualdad entre los cónyuges a sus justas consecuencias, borrando ciertas distinciones que persistían en la esfera de las relaciones personales, patrimoniales y familiares; quedando aún por eliminar del todo algunas figuras que se encuentran dispersas en varias disposiciones legales, como es el caso del artículo 6, inciso e) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, que abiertamente discrimina contra la mujer casada.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA RELACIÓN DE SUBARRENDAMIENTO VINCULACIONES ENTRE LAS PARTES EXTREMAS

LIC. HENRY LANG WIEN

CONTE NIDO

Pág.

I. Introducción 114

II. Las relaciones entre las partes extremas. Soluciones en otros ordenamientos jurídicos 114

III. Solución actual en el Ordenamiento jurídico costarricense 115

IV. Consideraciones finales. Posible regulación en nuestro país 116

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

La práctica de subarrendar los inmuebles en locación es cada vez más común en nuestro medio. Tal situación nos lleva al surgimiento de nuevas relaciones contractuales, en las que entran a operar sujetos no vinculados originalmente, pero que interactuarán, y harán más compleja, la primigenia situación arrendaticia.

El artículo 1145 de nuestro Código Civil, permite al arrendatario subarrendar el bien, siempre que tal facultad no le fuese vedada por una cláusula expresa del contrato, o por una disposición de la ley. Así mismo, de nuestra Ley de Inquilinato se desprende que el inquilino no podrá subarrendar, tratándose de casas de habitación; y sí podrá realizar tal práctica, respecto de locales comerciales, si no hay convenio que se lo prohíba.

De esta manera, en los casos en que sea posible la creación de relaciones subarrendaticias, nos enfrentaremos ya, no a un solo contrato, sino a dos, pues subsistirán simultáneamente, el arrendamiento original y el subarrendamiento, cada uno de ellos con sustantividad propia, pero estando, el segundo, eso sí, sujeto a una relación de accesoriedad en cuanto a su vida jurídica, respecto del primero.

Nos encontraremos ante dos figuras contractuales "...el segundo (subarrendamiento) se apoya y recibe su fuerza del primero... aunque es un contrato de arrendamiento con todas sus características, pero hecho con el arrendatario. No implica la salida de éste del contrato base y su ocupación por el subarrendatario, sino que responde frente al arrendador del cumplimiento del contrato de arrendamiento."[1]

Por estas razones, aunque consideramos una independencia de ambas figuras en cuanto a su existencia material y sustantividad contractual, el subarrendatario deberá apegarse a los límites que el arrendamiento original impone al arrendatario (su arrendante), quien obtiene y está en posibilidad de disponer solamente de las facultades máximas que para él emanan de esa relación contractual original.

Siendo el arrendamiento un derecho disponible y transmisible, y no constituyendo un derecho personalísimo, sino uno personal de goce de la cosa, puede como tal, otorgarse nuevamente en locación, constituyendo un subarrendamiento (siempre que, como hemos enfatizado, se ajuste a las disposiciones legales y convencionales al respecto).

II. LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES EXTREMAS. SOLUCIONES EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Un problema que surge al darse una situación de subarrendamiento es el relativo a las posibles acciones directas que existirían entre las partes extremas de la relación, es decir, el arrendante y el subarrendatario, para exigirse entre ellos, y prescindiendo del arrendatario original (ahora también subarrendante), el cumplimiento de las obligaciones que para con ellos le correspondían a aquél.

Esta dificultad es aún más grave en Costa Rica, pues nuestro Ordenamiento jurídico no contiene disposiciones al respecto, y deja tales situaciones sin ningún tratamiento normativo. De esta forma, y siendo necesario que las acciones directas entre partes tengan un asidero legal, podríamos aventurarnos a indicar, como una primera consideración, que tales acciones directas (con respecto a las partes extremas en el subarrendamiento) son inexistentes en nuestro país.

---

1. DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y otro, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Biblioteca Universitaria de la Editorial Tecnos, Tecnos, 4a. Edición, Vol. II, 1983, pág. 291.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Numerosos ordenamientos jurídicos de otras naciones han solucionado esta cuestión, creando en vía legal las acciones directas mencionadas.

En cuanto a la posibilidad de acciones directas del arrendante original contra el subarrendatario, encontramos varias tendencias:

En Perú, se reconoce una responsabilidad solidaria del arrendatario y el subarrendatario por las obligaciones que el primero asumiera para con el arrendante.[2]

En Italia y España se ha señalado que el subarrendatario está obligado ante el arrendante por el importe del precio convenido en el subarriendo, que se halle debiendo al tiempo del requerimiento o demanda judicial;[3] y en Alemania se ha llegado a hablar de responsabilidad aun por los deterioros sufridos en la cosa.[4]

Por otro lado, en cuanto a las acciones directas del subarrendatario contra el arrendante original, la doctrina es casi unánime al no reconocerlas.[5]

Un caso particularmente curioso encontramos en Argentina. En ese país, según lo expone BORDA, el arrendante original y el subarrendatario podrán exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones que asumieron para con el arrendatario original (también subarrendante).[6]

III. SOLUCIÓN ACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Como se señaló anteriormente, el problema que enfrentamos estriba en que la legislación patria no dispone pautas directrices que instauren este tipo de acciones directas.

Por estas razones, se podría pensar en dos opciones de eventual solución a esta situación:

La primera de ellas, podríamos fundamentarla en la llamada acción oblicua, regulada por los artículos 715 y 716 del Código Civil.

Esta acción, encaminada a permitir al acreedor accionar contra el deudor de su deudor, podría ser de aplicación, al menos, al caso del arrendante, posibilitándolo a accionar contra el subarrendatario por lo que éste le debe al subarrendante.

Claro, nos encontraríamos ante un gran inconveniente a la hora de ejercer esta acción oblicua, pues debemos tomar en cuenta la exigencia de una previa autorización judicial para su puesta en práctica.

La segunda posibilidad a considerar va un poco más allá, y tiene su asidero en lo que hemos llamado el "poder directo de constreñimiento de hecho".

¿En qué consiste este poder? Para dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión, debemos remontarnos a la mecánica básica del subarrendamiento.

Como se mencionó, aunque al darse el subarrendamiento nos encontremos ante dos figuras contractuales diferentes y separadas, la sublocación se halla en una situación de accesoriedad y vinculación, en lo que a su vida jurídica se refiere, respecto del arrendamiento original.

Así las cosas, las vicisitudes acaecidas en la vida jurídica de esta locación primigenia, afectarán al subarrendamiento, que terminará no sólo cuando se den en sí mismo las causales de finalización del arrendamiento, sino que lo hará de igual manera cuando termine ese arrendamiento original, al que en estos aspectos, es accesorio.

Dentro de este marco de ideas, es sencillo

---

2. Ver *Código Civil Peruano*, Decreto Legislativo Nº 295 de 24 de julio de 1984, Lima, Editorial El Peruano, Edición Oficial, 1984, art. 1693.

3. Ver MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo V, 1979, pág. 189; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Barcelona, Librería Bosch, 7a. Edición, Tomo II, Vol. II, 1982, pág. 199.

4. Ver ENNECCERUS, Ludwig, y otros, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Bosch, 15ava. Edición, Parte I, Tomo II, Vol. II, 1966, Traducción de Blas Pérez González, José Alguer, con estudios de José Ferrandis Vilella, revisada por Heinrich Lehmann, pág. 296.

5. Ver MAZEAUD, Henry, y otros, Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte III, Vol. IV, 1974. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, pág. 52; MESSINEO, *op. cit.*, pág. 161.

6. Ver BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 2a. Edición, 1966, pág. 403.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

observar que cualquier incumplimiento grave de las obligaciones del arrendatario (ahora también subarrendante) para con su arrendante, podría acarrear, de acuerdo con la voluntad de este segundo, la terminación del contrato de arrendamiento original, y con ello, obviamente, la del subarrendamiento.

El arrendante primigenio tendrá en sus manos al subarrendatario, y podrá perjudicarlo, amenazarlo con un mal real, constreñirlo directamente; pues podrá, por su sola voluntad, hacer que cese su contrato de subarrendamiento, causándole un grave perjuicio (pues se colige que la voluntad del subarrendatario es continuar su relación contractual, y que su interés está enfocado hacia esa meta).

Por estas razones, creemos identificar en el arrendante original un poder directo de constreñimiento de hecho, que le permite exigirle al subarrendatario, ante cualquier incumplimiento grave de las obligaciones del arrendatario original para con él, el cumplimiento de aquéllas, bajo la amenaza de terminar su relación contractual en caso de que no lo haga.

No debemos olvidar que este poder, directo de constreñimiento de hecho no es más que eso, es decir, un simple poder directo, y nunca una acción legal directa, que solo podría existir de ser instituida por vía normativa. Es importante tener esto presente, pues tiene sus consecuencias prácticas: el subarrendatario que cumple, debido al constreñimiento, satisfaciendo la obligación que competía a su subarrendante para con el arrendante original (por ejemplo, el pago del precio), no se verá librado, sólo por este hecho, de su obligación para con su subarrendante, quien podrá exigirle su cumplimiento (todo esto, por la señalada inexistencia de una acción directa); cabiendo posteriormente, claro está, la acción respectiva contra el subarrendante, para recuperar lo pagado.

IV. CONSIDERACIONES FINALES. POSIBLE REGULACIÓN EN NUESTRO PAÍS

Ante la inexistencia en nuestro país de acciones directas tendientes a permitir a las partes extremas en la relación subarrendaticia, exigirse el cumplimiento de las obligaciones que asumieron para con el arrendatario original (ahora también subarrendante), se impone la necesidad de incluir en nuestra normativa civil disposiciones concretas en este sentido.

Desechamos, en primera instancia, la tendencia argentina, que permite que tanto el arrendante original como el subarrendatario se exijan todas las obligaciones que debían al arrendatario original, pues esto equivaldría a negar la sustantividad propia con que se ha dotado al subarrendamiento respecto del arrendamiento original, haciéndolo una figura secundaria y totalmente accesoria, identificada e inseparable de aquél.

Creemos importante que se proceda a la creación, al menos, de una acción directa que permita al arrendante original exigirle al subarrendatario el pago del precio, cuando su arrendatario no haya satisfecho aquél, y se encuentre debiéndolo.

Sugerimos tal innovación en el caso del pago del precio, porque es esta obligación la única que, por el solo hecho de no realizarse, equivale, en el arrendamiento, a un incumplimiento grave, sin necesidad de valoración judicial que lo determine.

Las demás obligaciones, tanto del arrendante original para con el arrendatario original, como del subarrendatario para con el subarrendante, no podrán generar certera y contundentemente, ante su inejecución, un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, por lo que presentan mayores problemas en cuanto a su posibilidad de motivar acciones legales para su exigencia.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

DR. GERARDO CALVO PICADO*

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN 118

PRIMERA PARTE 118

Los protagonistas de la infracción 118

El agente penal 119

La persona física 119

A. El autor 119
1. Autor material directo o inmediato 120
2. El autor intelectual 120
3. El autor indirecto 120
4. El autor mediato 120
5. El coautor 120

B. El instigador 121

C. El cómplice 122

SEGUNDA PARTE 124

La influencia de la participación sobre el resultado de la acción colectiva y la responsabilidad de los partícipes 124

I. Comienzo y alcance de la responsabilidad e los partícipes 125

II. Comunicabilidad de las circunstancias 125

A. Por causas personales 125

B. Por causas reales 125

C. Por causas mixtas 125

* *Juez Superior Penal, Poder Judicial.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

La participación criminal está contenida en el Libro Primero, Título III, Sección II de nuestro Código Penal, intitulada "Autores y Cómplices".

El artículo 45 define el "Autor y coautores", de la siguiente manera:

> "Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautor los que realizaren conjuntamente con el autor."

El artículo 46 se refiere a los "Instigadores"así:

> "Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible."

En cuanto a los "Cómplices", el artículo 47 dice:

> "Son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible."

El artículo 48 concretiza el "comienzo y alcance de la responsabilidad de los participantes" y al efecto establece que:

> "Los partícipes serán responsables desde el momento en que el hecho se haya iniciado, según lo establecido en el artículo 19(L). Si el hecho fuere más grave del que quisieron realizar, responderán por aquél, quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida."

El artículo 49, finalmente, determina la "Comunicabilidad de las circunstancias" indicando que:

> "Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos.
>
> Las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes en quienes concurren.
>
> Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho sólo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso."

Conviene ahora analizar el aspecto de la participación criminal, con el objeto de establecer si conviene mantener, modificar o no, la redacción de los artículos citados, según sean las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que al respecto existen en la actualidad.

Cabe destacar entonces, cuál es la situación jurídica de los protagonistas de la infracción penal, definiendo quiénes son esos protagonistas desde el punto de vista activo, es decir, quién es el agente penal en sus diferentes modalidades de participación en la comisión de la infracción así como la subsiguiente responsabilidad que esa diferente participación le acarrea.

PRIMERA PARTE

LOS PROTAGONISTAS DE LA INFRACCIÓN

En toda situación penal, el análisis más elemental distingue en culpable o agente penal y una víctima, privada o pública, efectivamente lesionada o que pudiera serlo, tanto en su persona como en su patrimonio. Sería falso en todo caso, creer que esta distinción es absoluta. A veces se pasa insensiblemente de la víctima al culpable. Los criminólogos y policías saben bien que en la larga teoría de las víctimas, las hay unas impuras; "La víctima es el primer personaje sospechoso" se ha dicho. El mismo legislador no duda en incriminar víctimas en el caso de que su comportamiento le haya parecido no correcto. Es así objeto de punición el individuo que acepta "con conocimiento de causa" un cheque emitido "sin provisión previa, suficiente y disponible (artículo 243, inciso 4) del Código Penal) o la mujer que se hubiera provocado su propio aborto, o hubiera intentado procurárselo (artículos 119 y 120 del Código Penal)." Además no se ignora que en el procedimiento penal la distinción entre el autor y la víctima no es siempre neta. Existen situaciones como en el caso de la víctima de un accidente de circulación en que tanto ella como el autor, son sometidos a pruebas para determinar por ejemplo, el porcentaje de alcohol en sangre, o a medidas de "despiste" tanto en ese como en otro tipo de delitos. Finalmente cabe la posibilidad de admitir como parte civil en un proceso a una víctima, no obstante la participa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de éste en la infracción (el caso del duelista, caso de lesiones recíprocas, o el que con conocimiento de causa hubiera recibido un cheque sin provisión total o parcial de fondos).

EL AGENTE PENAL.

¿Quién puede ser declarado agente penal o delincuente? Sabemos que en la antigüedad se daba el caso de procesos seguidos contra animales, cosas inanimadas y cadáveres. En la actualidad, solamente una persona puede ser denominada agente penal y objeto así de un proceso en su contra, siendo evidente que en el caso de una persona ello es incontestable, puesto que si trata de una persona moral, la situación resulta controversial.

En Costa Rica no es posible tener como inculpada en un proceso a una persona moral si tomamos en consideración que una sanción desde un punto de vista penal, no puede serle aplicada. Solamente pueden figurar en calidad de terceras civilmente responsables, ante infracciones cometidas por sus representantes y administradores. En otros países ello es posible, luego de una posición negativa en ese sentido. Es así que en Francia por ejemplo, a partir del final del siglo pasado, se nota una tendencia en la jurisprudencia a admitir la responsabilidad penal de las personas morales. Así agrupaciones se han visto declaradas penalmente responsables de infracciones puramente materiales cometidas por sus representantes legales. Esa responsabilidad es retenida en el caso de ciertas sanciones que tienen el carácter de una medida de seguridad, o que presentan una naturaleza híbrida, como las multas fiscales que son mitad civiles y mitad penales. Diferentes disposiciones han consagrado ese tipo de responsabilidad para las empresas que se dedican a la prensa y si se trata de infracciones de tipo económico. Actualmente en el anteproyecto del Código Penal francés, pendiente de aprobación o no, se establece ya de una manera más general, la responsabilidad penal de una persona moral. Sin embargo, por ahora nos interesa únicamente destacar al agente penal como persona física.

LA PERSONA FÍSICA.

Resulta indudable que la persona humana es por excelencia el agente penal. Si bien únicamente nosotros admitimos su responsabilidad ante hechos personales, dado el carácter personal de la sanción penal, otras legislaciones admiten esa responsabilidad ante hechos cometidos por terceras personas, pero nos referiremos al primer aspecto para ubicarnos en el sujeto de estudio, sea la participación criminal en la infracción, desde el punto de vista individual y colectivo en sus diferentes modalidades.

Si la infracción es el resultado de la actividad de un solo personaje, la situación no presenta mayores dificultades y se reducen sobre todo a su identificación, lo que se justifica más, si él forma parte de un grupo (accidente de caza por ejemplo), pero puede ocurrir que varios agentes hayan concurrido, en grados diversos, a su realización y, en estas circunstancias que se está en presencia de la denominada participación criminal, la cual puede presentar tres modalidades: a) puede ocurrir primero, que los diversos participantes actúen sin un entendimiento previo, por impulsión colectiva y repentina. Tal es el caso del "delito de turbas", cometido por un grupo excitado de manifestantes, en el cual se admite, en ausencia de ley, que deben existir tantos procesos como manifestantes y esa es la situación existente en Costa Rica; b) puede ocurrir que la participación criminal resulte de un entendimiento previo y durable, si varios individuos se agrupan para ejercer una actividad criminal, como el caso de la asociación de malhechores, que es prevista y reprimida en Francia como un delito (art. 265 del Código Penal), lo mismo que entre nosotros (art. 277 del Código Penal), por el simple hecho de asociarse, sin el designio especialmente formado de cometer una infracción determinada, aun cuando existen otras disposiciones que sí prevén el delito a cometer (por ejemplo el artículo 298 del Código Penal nuestro); c) finalmente, la participación criminal consiste en el entendimiento previo y ordinariamente momentáneo, con el objeto de cometer una infracción determinada. Es el caso de la coautoría y de la complicidad. Mientras que el autor y el coautor realizan materialmente la infracción, el cómplice no hace más que aportarles su concurso, desempeñando entonces un *rol* secundario. Si la noción de autor material se define por ella misma, no sucede lo mismo en cuanto a la que se refiere a la complicidad. Al respecto el Derecho positivo francés tiene una concepción muy elaborada de la misma, mas ese sistema ha dado lugar a críticas muy severas. Trataremos primero lo referente a la autoría y coautoría.

A) EL AUTOR.

Ya adelantamos que nadie puede ser en principio responsable penalmente de una infracción, si ella no es imputable a su propia acción u omisión. Es decir, la primera condición de existencia de la culpabilidad es una relación material entre la infracción y la conducta personal del agente y por ello es una regla plenamente aceptada de que "nadie puede ser objeto de una pena que en razón de su hecho personal". Así cuando la infracción es el hecho de un solo delincuente, el establecimiento de la relación de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

participación se reduce a un simple problema de prueba material que compete al procedimiento penal y la técnica policial. Se trata simplemente de demostrar que la persona sospechosa es el autor de los hechos que dan base al proceso. Sin embargo, dentro de la categoría de autor de una infracción, hay que distinguir los diferentes tipos que se pueden dar, lo cual haremos seguidamente.

1. Autor material directo o inmediato.

El autor de una infracción es la persona cuya actividad o inactividad física ha producido la infracción. Para designarla se habla de AUTOR MATERIAL o aun de AUTOR DIRECTO O INMEDIATO. Es autor pues, aquel que realice personalmente todos los elementos constitutivos de la infracción (elemento moral, material y legal), por acción u omisión. Es el que participa directamente en la ejecución de la infracción, penalmente considerada como tal. Pueden existir a su vez, otras clases de autor.

2. El autor intelectual.

El autor intelectual es también llamado autor moral y es aquel que ha hecho cometer la infracción por el autor material. Es decir, no obstante la concepción materialista de la infracción y del autor, también se considera igualmente como un autor aquel que no habiendo realizado personalmente el acto material constitutivo de la infracción, ha sido el elemento determinante de la consumación del delito por otro. Ello se justifica porque socialmente es útil castigar no sólo al "cerebro" que ha concebido la infracción, sino también "el brazo" que ha ejecutado el acto material. Su dominio de aplicación está limitado a los casos donde existen entre los coparticipantes una relación de autoridad tal que aquel que se beneficia de ello aparece como el realizador *"longa manu"* de la infracción. Desde luego que existen ciertas situaciones o condiciones inherentes al autor material, que lo hacen inimputable (por ejemplo: demencia, etc.).

3. El autor indirecto.

Se distingue también el autor indirecto, que es la persona que ha dado origen a la infracción cometida por el autor directo. Esta hipótesis se encuentra esencialmente en materia de infracciones de imprudencia en las cuales se puede atribuir a esa persona una falta de prudencia. Este tipo de autor ha sido admitido por la jurisprudencia francesa, quien ha calificado de coautor de un homicido involuntario al individuo que no ha realizado él mismo el acto material constitutivo de la infracción, pero que, por una imprudencia anterior al acto, ha permitido la realización de la infracción. El caso que se trataba del chofer de un vehículo que había confiado la conducción del mismo a un amigo que no tenía permiso de conducir. Éste atropelló luego a una persona y le causó la muerte. Para admitir esa solución se indicó que es suficiente que la relación de causa a efecto entre la falta y el resultado sea indirecta o mediata. Al respecto los criterios no son todos unánimes y tan es así, que existen dos teorías opuestas. La teoría de la equivalencia de condiciones (no admite la coautoría) y la teoría de la causalidad adecuada (admite la coautoría), las cuales no es del caso ahora comentar. Solamente indicaremos que en nuestro criterio, de acuerdo con la redacción de los artículos referentes a la participación criminal, podría resultar admisible la existencia del autor indirecto, ya que lo dispuesto por el artículo 45 del Código Penal de Costa Rica es bastante general al respecto.

4. El autor mediato.

De acuerdo con la doctrina francesa, el autor mediato es aquel que ha dejado cometer la infracción no obstante que él habría podido y debido intervenir, lo cual aparentemente da un carácter de mediatez a la inactividad ante la acción delictuosa desplegada por el autor directo. En la práctica se ha reducido lo anterior esencialmente a los representantes de las personas morales responsables de ciertas infracciones cometidas por su personal. Este tipo de autor, al menos en esa forma definido, no lo admite nuestra legislación.

La doctrina española y argentina al respecto, que es la que seguimos, establece como autor mediato a aquel que ejecuta el delito sirviéndose de una persona inimputable o que actúa por error o coaccionada. En tal caso, la denominación de autor mediato no sería en realidad exacta, porque presupone un autor inmediato que no existiría, lo que sí ocurre en el caso de la instigación, en que el instigado sí es responsable.

5. El coautor.

El coautor, siendo por definición un autor, es aquel que realiza o ejecuta la infracción conjuntamente con una o más personas. Es el caso por ejemplo, de dos ladrones que penetran en una casa y se apoderan ilegítimamente de objetos o valores que ahí encuentran. Ambos son autores, por cuanto cada uno de ellos, personalmente, ha ejecutado la actividad física necesaria para producir la infracción en sus tres elementos constitutivos, pero desde el momento en que para la producción de la misma ha intervenido más de una persona, cada uno de los sujetos que ha participado recibe el nombre de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

coautor. Esta participación puede ser activa en todos los actos de ejecución, o solamente en algunos de ellos. Por ejemplo, en el caso de dos individuos que para introducirse en una casa y robar en ella, uno destroza puerta y el otro se apodera de los objetos, o cuando uno sostiene a la víctima en tanto que el otro le da de puñaladas. El concurso de ambos es necesario para la realización de la infracción, por ello no podría hablarse de una "actuación conjunta" en relación con un autor, pues ambos son autores en sí mismos, que realizan la acción en forma conjunta. De ahí que no aparece apropiada la redacción del artículo 45 del Código Penal que distingue al coautor como la persona que realiza el hecho punible "conjuntamente con el autor", pues pareciera dársele al coautor un carácter accesorio con respecto al autor, cuando en realidad todos los participantes son autores y no coautores de un autor y es por esa actuación conjunta que reciben el nombre de coautores.

B) EL INSTIGADOR

El instigador aquel quien intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible. Esta es la definición que sobre ese sujeto del delito da el artículo 46 de nuestro Código Penal y que resume bien lo que por instigador debe entenderse. Puede decirse también que el instigador es el que provoca a otra persona a la realización de la infracción, el cual resulta ser el autor material o directo de la misma. Es importante determinar que en esta forma de participación criminal, la actuación intencional —para efectos de definir al instigador— juega un papel preponderante, puesto que una actuación imprudente o culposa no daría lugar a su definición, pudiendo por el contrario convertirlo en un autor indirecto o mediato en los casos en que la ley así lo contemplara, como lo es la facilitación culposa a que alude el artículo 312 del Código Penal, pero que, por estar expresamente contemplada como delictiva su conducta imprudente, al no actuar el funcionario con la debida diligencia, podría también denominársele "autor por omisión", quien en todo caso en el ejemplo dado, constituye un verdadero autor. La institución del instigador a veces resulta de difícil definición, puesto que su actuación puede configurar más bien un simple cómplice, según sea el carácter de la intención provocativa. Es así como la legislación francesa le da el trato de tal. Dispone el párrafo primero del artículo 60 del Código Penal francés que, "serán castigados como cómplices de una acción calificada, crimen o delito, aquellos que, por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad o de poder, maquinaciones o artificios culpables, hubieran provocado esta acción o dado instrucciones para cometerla". Resulta importante la distinción a efecto de determinar la consiguiente responsabilidad penal que puede derivar de su actuación, según que se le trate como cómplice o instigador. Para los franceses, al confundir ambos conceptos, el fundamento de la complicidad reposa sobre "el préstamo de la criminalidad del autor principal". La complicidad por provocación no constituye en sí misma un crimen o delito, ella no es más que una calificación dada a un cierto modo de participación a un hecho principal en la cual forma un simple accesorio. En consecuencia, cuando la ejecución de la infracción no ha tenido lugar o no ha comenzado por la inacción o el desistimiento del autor principal, no puede jurídicamente existir complicidad por provocación, no obstante la intención delictuosa persistente del cómplice y es lo que se expresa diciendo "que no hay tentativa de complicidad". Ante ello se han propuesto dos soluciones: a) transformar la provocación —acta de complicidad— en una infracción especial, punible ella misma, como se ha hecho para otras provocaciones (el caso nuestro arts. 115 y 271 del Código Penal); b) dar a la complicidad otro fundamento que la "criminalidad de préstamo absoluto", lo que permitiría asimilar la provocación que ha quedado sin efecto, a una tentativa de infracción. Así lo disponen las legislaciones belgas y alemanas.

El Código Penal belga considera como autores los provocadores (o instigadores) o aquellos en que la asistencia ha sido determinante; pero aquellos en que su *rol* ha sido accesorio, son simples cómplices (arts. 66 y 67).

Al respecto la legislación penal alemana considera al instigador como un autor y castiga la tentativa. Así, el artículo 48 del Código Penal dispone: Párrafo primero; "será castigado como instigador todo individuo que, sea por dádivas, promesas, amenazas, abuso de autoridad o de poder, sea con la ayuda de un error que ha hecho nacer o deseado, o sea por todo otro medio, hubiera intencionalmente persuadido a un tercero a cometer un acto reprehensible". Párrafo segundo: "el instigador debe ser castigado o reprimido de acuerdo con la ley aplicable al acto que él ha conscientemente provocado". El artículo 49 dispone que "todo individuo que hubiera intentado incitar a otro a cometer un acto calificado crimen, será castigado conforme a las disposiciones relativas a la tentativa de crimen".

Nuestra legislación considera también al instigador como un autor; ello se desprende del párrafo primero del artículo 74 del Código Penal, al establecerse que "Los autores e instigadores serán reprimidos con la pena que la ley señala al delito".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sin embargo, salvo casos especiales que se indicarán, al instigador no le deriva responsabilidad penal de su actuación, si el delito provocado por él no ha sido ejecutado, o al menos intentado, por la persona provocada o intencionalmente determinada a cometerlo (el autor directo) y en este aspecto existe una asimilación entre instigador y cómplice.

Las excepciones a que aludimos son las siguientes: en primer lugar, establece el artículo 115 del Código Penal que "Será reprimido con prisión de uno a cinco años el que instigare a otro al suicidio o lo ayudare a cometerlo, si el suicidio se consuma. Si el suicidio no ocurre, pero su intento produce lesiones graves, la pena será de seis meses a tres años". En segundo lugar, el artículo 271 dispone que "Será reprimido con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, el que instigare a otro a cometer un delito determinado que afecte la tranquilidad pública, sin que sea necesario que el hecho se produzca".

De todo lo anterior y el artículo 315 en cuanto al soborno que prevé una situación similar, se desprende que una mejor solución sería acoger los postulados de la legislación belga y alemana, según las cuales considerándose al instigador como un autor, siempre es reprimida su actuación aun en estado de tentativa, siendo la redacción del articulado del Código Penal además, bastante amplio en cuanto a todo ese aspecto se refiere, en tanto que el artículo 46 del Código Penal nuestro es escueto en ese sentido, pues se limita a definir únicamente al instigador y omite los medios con los cuales el delito puede cometerse, lo cual sí es previsto por las otras legislaciones.

C) EL CÓMPLICE

En doctrina, la distinción entre cómplice y autor, no da lugar a controversia alguna: es autor aquel que realiza personalmente todos los elementos constitutivos de la infracción; tal es el caso por ejemplo, de varios ladrones que unen sus esfuerzos para transportar la caja fuerte de un banco. En tanto que es cómplice aquel que participa en la infracción, prestando al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible, pero sin cometer un acto constitutivo de la infracción. Sin embargo a veces sucede, sobre todo por vía de jurisprudencia, que este criterio simple es deformado por un doble movimiento de sentido inverso, ya que a veces se trata al cómplice como un autor y a éste como un cómplice.

La autoría siempre debe jugar un papel principal en relación con la infracción, lo que no sucede con la complicidad, la cual tiene un *rol* secundario o subsidiario, aun en la fase de ejecución. El cómplice lo hace facilitando la acción, pero no participa en ella plenamente, ya que sus actos son "extrínsecos" al hecho delictivo, mientras que el coautor toma una participación —más grande en la ejecución—.

Resulta difícil muy a menudo distinguir la calidad de cómplice o de autor que tiene una persona, según sea su mayor o menor colaboración prestada al autor para la realización del hecho punible. Así, la simultaneidad de acción y la asistencia recíproca "constituyen la perpetración misma de la infracción, lo que es propio de una coautoría y no de una complicidad".

La difícil distinción que se presenta para determinar como un caso de complicidad y no de autoría, la ayuda o la asistencia en la consumación de la infracción, se explica por consideraciones de orden práctico: Cuesta mucho en determinadas situaciones, especialmente en los actos de complicidad concomitantes a la infracción, distinguir el cómplice del coautor, y por consideraciones de política criminal: la jurisprudencia considera como un coautor aquel que, objetivamente, no es más que un cómplice para asegurar una represión mejor y más completa. También la jurisprudencia considera como coautores aquellos que han solamente ayudado y asistido al autor principal de la infracción para poder retener contra ellos la circunstancia agravante de reunión. Finalmente cuando el hecho principal no es castigable en la persona del autor, la jurisprudencia tiene al cómplice como un coautor, para no dejar sin sanción una actitud reprehensible. Sin embargo lo propio sería concebir la asimilitud del cómplice al autor cuando las condiciones materiales de la ejecución son tales, que es imposible distinguir los *roles* de los diversos participantes.

Lo importante es recalcar entonces, que el cómplice es el individuo que, sin ejecutar personalmente los elementos constitutivos de la infracción imputable al autor, ha solamente facilitado la acción principal por actos de una importancia material secundaria. Nuestra legislación no indica de qué tipo de actos se trata, simplemente se indica "cualquier auxilio o cooperación" (artículo 47 C.P.). En otras legislaciones, la francesa por ejemplo, se establece la ayuda o asistencia y el suministro de medios, desglosándose de una manera más completa. Así, el párrafo segundo del artículo 60 dispone: que son cómplices, aquellos que hubieren procurado armas, instrumentos o todo otro medio que hubiera servido a la acción, sabiendo que debían servir para ello" y, el párrafo tercero, refiriéndose a la ayuda o asistencia, la contempla para todos los actos de la infracción. Establece ese texto que son cómplices, aquellos que hubieran, con conocimiento, ayudado o

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

asistido al autor o los autores de la acción, en los hechos que la hubieran preparado o facilitado, o en aquellos que la hubieran consumado. . ." Debiendo quedar claro entonces que aun cuando nuestro Código Penal no lo establece expresamente, la complicidad abarca las tres fases del delito (actos preparatorios, de ejecución y consumación). Además, el acto de complicidad en sí mismo debe reunir los elementos de toda infracción, sea, el elemento legal, material y moral.

El elemento legal constituye la previsión expresa por un texto de esta forma específica de participación: artículo 47 (referido a la complicidad), el 48 (sobre el comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipe, el 49 (sobre la comunicabilidad de las circunstancias) y el 74 (sobre la penalidad). De todo este articulado se desprende que la calificación penal del acto de complicidad está estrechamente subordinado a la del hecho principal imputable al autor o al coautor. La delincuencia del cómplice no existe y no se concibe que endosada a la de las actividades preponderantes. De ello resulta que los comportamientos perseguidos a título de la complicidad no son reprehensibles que en la medida en que las circunstancias materiales de la acción principal corresponden a una de las incriminaciones de la legislación positiva. El hecho principal constituye uno de los elementos necesarios de la complicidad y su carácter delictuoso debe ser constatado por los jueces de fondo, bajo pena de nulidad de la condenatoria del cómplice. Es por ello que clásicamente se ha establecido que la complicidad en el suicidio no es susceptible de sanción, mas este ejemplo es propio para las legislaciones en donde existe la complicidad por provocación, ya que entre nosotros el instigador tiene la categoría de autor y el instigador al suicidio es castigado en los términos del artículo 115, ya comentados. A su vez, el artículo 248 de nuestro Código Penal, contempla como delito independiente, una típica conducta constitutiva de una complicidad en el cual "el cómplice" deviene un autor.

En cuanto al elemento material de la complicidad debe decirse que el acto de complicidad tiene una autonomía material. Si bien él es reprimido en referencia al acto principal, el acto de complicidad debe contener un elemento material propio a dicho acto que es referido en nuestro caso "a cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible" y que en otras legislaciones se describe con mayor precisión, al establecerse el conjunto de comportamientos que debe ejecutar el cómplice para individualizarlo dentro de la infracción cometida en participación.

Finalmente, en cuanto al elemento moral de la complicidad debe destacarse que el cómplice debe haber participado conscientemente en la infracción. La noción de complicidad es inseparable de la mala fe o actuación dolosa, es decir, de la conciencia de la persona, al momento en que él realiza los hechos constitutivos de la complicidad, del concurso que él aporta a la ejecución de la infracción principal.

La necesidad de una participación consciente conduce en primer término a exigir que haya existido una correspondencia rigurosa entre la intención del cómplice y los hechos ejecutados por el autor principal. En este sentido, es obvio que el cómplice es responsable del hecho cometido por el autor, cuando ese hecho sea menos grave que el previsto por aquél. ¿Sucede lo mismo cuando el autor ha ido más allá de las previsiones del cómplice? Al respecto la doctrina y la jurisprudencia han distinguido tres situaciones: a) cuando el autor principal ha cometido un tipo de infracción completamente diferente de aquella que el cómplice había previsto. Por ejemplo, el cómplice ha fabricado falsas llaves y se las entrega a un malhechor, sabiendo que ellas debían servir para facilitar un hurto dentro de una casa. Sin embargo, después de haber penetrado en el lugar, el delincuente principal, abandonando la comisión del hurto, realiza una violación. En estos casos, el cómplice no puede ser sancionado por la infracción efectivamente cometida por el autor, puesto que no había considerado, ni aun supuesto, que los medios por él suministrados, servirían para cometerlo. b) cuando la ejecución de la infracción principal originalmente prevista por el cómplice se hace compleja, una vez iniciada, por circunstancias agravantes reales. Por ejemplo, un robo para el cual el cómplice había suministrado informaciones detalladas a un compañero, ha sido efectuado en pandilla, de noche, en una casa habitada y con violencia. En este evento se admite que el cómplice debe sufrir las consecuencias penales de estas circunstancias agravantes, cualesquiera que sean, pues él debía prever todas las calificaciones susceptibles que el hecho pudiera tener, así como de todas las circunstancias que pudieran acompañar a ese hecho, se estima que él ha asumido, de antemano, todos los riesgos que comprendían eventualmente las modalidades posteriores de la ejecución. c) una tercera hipótesis se puede presentar cuando la infracción prevista por el cómplice es indeterminada. Él sabe que facilita la comisión de una infracción, pero ignora la forma que ella tomará. Por ejemplo se cita el caso de la persona ultrajada que da dinero a un hombre de mala reputación, diciéndole simplemente: ¡véngueme! En esta situación, habiendo dado el cómplice "carta

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

blanca" el autor en el cual su comportamiento puede tener graves consecuencias, variadas e imprecisas, es evidente que él ha aceptado asociarse a cualquier infracción y así, debe sufrir las consecuencias de ello.

Finalmente cabe destacar si existe o no complicidad en los delitos de carácter culposo. Al respecto una gran parte de la doctrina está de acuerdo en que la noción de complicidad es jurídicamente inconcebible a propósito de infracciones en las cuales el elemento moral está constituido por imprudencia o negligencia.

Se dice generalmente que la imprudencia o la negligencia son actitudes psicológicas inconciliables con el entendimiento por el cual el cómplice se asocia al acto del autor. Ello es indiscutible cuando por una simple imprudencia, una persona ha indirectamente favorecido la infracción intencional de otro. Por ejemplo la empleada doméstica que después de haberse encontrado con un desconocido en un baile, suministra ingenuamente a este amigo pasajero, informaciones que él utilizará en su provecho para meterse a la casa y robar a sus patrones. Ella no puede de ninguna manera ser condenada por complicidad, puesto que no ha tenido conciencia de participar en la infracción. Mas la posibilidad de una complicidad aparece claramente, por el contrario, cuando el delito principal presenta él mismo un carácter involuntario. Basta que el entendimiento previo se base sobre la actividad peligrosa emprendida en participación. Es el caso de aquel que, encontrándose al lado del chofer de un vehículo, induce o da valor a éste a circular con exceso de velocidad, o a pasar a otro vehículo en forma peligrosa. Así él se asocia, por su propia imprudencia, al homicidio culposo que resultare de esa maniobra. Sin embargo aquí la falta del cómplice reúne —ella misma— todos los elementos constitutivos del delito de homicidio involuntario y es por ello que ciertos criminalistas se inclinan a pensar que todos los coparticipantes culpables de una falta de esa naturaleza, son en realidad coautores y no cómplices. En otras hipótesis las imprudencias pueden ser de un carácter menos relevante e invocan más bien una complicidad. Se pone como ejemplo el chofer que presta un vehículo a otro que no tiene permiso de conducir, conociendo esa circunstancia, pues aquél ha jugado un papel indirecto en el accidente ocasionado por esa otra persona. Entre nosotros sabemos que existe, en una situación similar, únicamente responsabilidad civil para el dueño del vehículo, de acuerdo con lo que establece el artículo 38 de la Ley de Tránsito. Estimamos que todo dependerá de las circunstancias que ante un caso concreto existan. La jurisprudencia francesa, a pesar de la posición de la doctrina, afirma que la disposición del Código Penal es general y que ella se aplica a todos los delitos, aún no intencionales.

SEGUNDA PARTE

LA INFLUENCIA DE LA PARTICIPACIÓN SOBRE EL RESULTADO DE LA ACCIÓN COLECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPES

Se ha podido constatar a través del desarrollo procedente, el *rol* inexistente que juega la relación de causalidad en la represión de la infracción colectiva. Entre los coautores, la responsabilidad penal no es dividida en proporción a la intensidad causal respectiva de sus intervenciones: cualquiera que sea la influencia que él ha directamente ejercido por su acción personal sobre la producción del resultado, cada coautor incurre en la totalidad de la pena prevista por la ley para la infracción cometida. Igual es la solución con respecto al instigador, que entre nosotros es considerado como un autor y esa es la solución que establece el párrafo primero del artículo 74. Esa penalidad establecida para el autor es lógica y acorde al resto de las legislaciones. Similar solución se da con respecto al cómplice. Éste, por el efecto del "préstamo de la criminalidad principal" y en donde a su vez su participación se considera equivalente a la de los otros cooperadores, incurre también en la totalidad de la pena señalada para el autor. Sin embargo, entre nosotros, el juez tiene la facultad de reducirla, de acuerdo con el grado de participación (párrafo segundo del artículo 74), lo cual nos parece correcto. Nos referiremos ahora al comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. COMIENZO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPES

Al respecto es acertada la redacción que contiene el artículo 48 del Código Penal, resumiendo así los principios que sobre el particular existen, consagrados ya en las diversas legislaciones, sobre el momento a partir del cual los partícipes incurren en responsabilidad, colocándola desde el instante en que el hecho se haya iniciado. Establecido el alcance de su responsabilidad, según la gravedad del hecho, si ésta, siendo más grave hubiera sido aceptada como una consecuencia probable de la acción emprendida, pues de lo contrario y como lo hemos visto, no podría serles atribuida. El artículo, estimamos, está bien redactado en esa forma. Por último cabe referirnos, a la comunicabilidad de las circunstancias.

II. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

En este aspecto también el artículo 49 condensa en forma clara la solución tanto doctrinaria como legislativa moderna, lo referente a la comunicabilidad de las circunstancias de la infracción, a los partícipes de la misma; salvo la observación que se hará.

Se trata de determinar en qué medida las diversas causas de modificación o de exención de pena aplicables al autor principal, van a influir la situación del partícipe, coautor o cómplice. Comúnmente se distingue entre las circunstancias personales, las circunstancias reales y las circunstancias mixtas.

A) *Las causas de agravación, de atenuación o de exención puramente personales del autor,* no se comunican al partícipe. Esta solución es perfectamente lógica ya que se trata de circunstancias que no modifican la criminalidad del acto principal, sino que manifiestan las particularidades del caso del autor. Ello ocurre cuando existan circunstancias agravantes personales tales como la reincidencia, o atenuantes como la minoridad u otras.

B) Al contrario, *las causas de modificación o de exención de pena que presentan un carácter real* y que inciden consecuentemente sobre la criminalidad del acto principal, son comunicables al partícipe. Son por ejemplo circunstancias agravantes reales, en el caso de robo, la reunión, casa habitada, el portar armas, etc.

C) *Las circunstancias mixtas* son aquellas que, procediendo de la persona del autor, son constitutivas de la infracción principal en las que ellas constituyen una circunstancia agravante. Estas circunstancias modifican legalmente la penalidad aplicable al autor y al partícipe, pero a diferencia de otras legislaciones, nuestro código con acierto dispone que solamente si eran conocidas por el partícipe o partícipes. Es el caso de parricidio, la alevosía, el ensañamiento, la calidad de empleo o empleada doméstica del autor o autora, etc.

BIBLIOGRAFÍA

LEVASSEUR'A DOUGET. J. P. Ledrait Penal Appliqué. Droit Penal General Editions Cujas. Paris, 1969.

MERLE ET VITU. Ledrait Penal Appliqué. Droit Penal General Editions Cujas. Paris, 1969.

PRADEL, Jean. Droit Penal. Tome I. Droit Penal. Tome I. Droit Penal. General. Editions Cujas. Paris. 1973.

PUECH, Marc. Les Grads Arrets de la Jurisprudence Criminelle. Tome I. Editions Cujas. Paris, 1976.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español, (Parte General) 5ta. Ed. Madrid, 1976, págs. 683 y ss.

NÚÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1977, págs. 287 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA CONSULTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

LIC. EDUARDO SANCHO G.

Estas reflexiones se refieren al control que ejerce la Sala Constitucional denominado consulta. El cual pretende velar por la armonía de toda norma o acto en relación con la Constitución Política, tal como se concibe en los artículos 2, inciso b), 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Entre los objetivos que se persiguen con este trabajo, se incluye el análisis y la promoción de las ideas que alimentan a esta Ley. Pretende así lograr una mejor comprensión de sus alcances y orientar la utilización correcta de sus instituciones, todo ello como medio idóneo para mejorar la administración de Justicia.

El Derecho Constitucional —al decir de Hauriou— "es esencialmente la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado."[1]

Incluye entonces entre sus fines, que se logre en forma efectiva la coexistencia pacífica, o cuando menos, promover la armonía entre el Poder y la Libertad.

Este equilibrio entre el poder y las libertades individuales es consustancial al ser humano: cuando en la Historia las colectividades han tenido la posibilidad de expresarse sobre sus propios destinos lo han hecho reaccionando contra el orden establecido, a manera de procesos innovadores, cuyos propósitos han sido los de rectificar todos aquellos conceptos que en alguna forma, limitan sus ideas sobre las libertades. Todo ello desde luego, en íntima relación con las causas históricas individuales involucradas.

1. JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

Los más recientes eventos políticos y sociales en el mundo, nos demuestran la pugna por revisar en forma efectiva añejos conceptos en la búsqueda de un denominador común: la exaltación del ser humano, para que sea cada vez más real, más vivo, más necesitado de hacer valer su propia esencia y menos dependiente de esquemas conculcadores de sus libertades.

La lucha en el campo político es idéntica a la que se da en los Estados de Derecho, cuando en virtud de los procesos internos de concepción, elaboración, aprobación y promulgación de la ley, lo que se busca es la superación del individuo, aunque para ello se creen organizaciones o estructuras que en alguna forma puedan generar limitaciones particulares.

Nuestro sistema jurídico ha seguido este mismo esquema en forma positiva. En el juego por establecer el equilibrio entre el interés individual y el colectivo: es legal y justa la norma que lesione al particular, cuando se trata de defender o favorecer los intereses generales.

Es así como el artículo 195 de la Ley General de la Administración Pública, al desarrollar este principio, señala:

> "Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos (responsabilidad por la conducta lícita de la Administración), cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aun si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso" (el paréntesis no es del texto).

Como puede verse, la idea de la prevalencia de la norma general sobre los intereses particulares obedecen a principios sólidamente establecidos, a los que se deben sujetar los cambios y la actualización de la ley.

Sintetizar y armonizar las libertades individuales con los intereses colectivos no es una labor fácil y su

1. HAURIOU, André. *"Derecho Constitucional e Instituciones Políticas"*. Editorial Ariel, 2da. Edición, 1980, pág. 47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

determinación, creemos, debe darse en los términos que nos enseña DE FRANCESCI, al expresar que, *"Actuar la propia libertad significa la realización de la propia ley ética, y, siendo ésta un absoluto, un universo, significa también querer que se realice en los otros y por lo otros. Y como ello no puede efectuarse fuera de la sociedad en la que los particulares coexisten, la voluntad de cada uno de poder actuar su propia libertad coincide con la exigencia de un orden."*[2]

En efecto, al referirnos al Ordenamiento jurídico, entendemos que es y debe ser una verdadera unidad con vida propia, con absoluta independencia y al que se deben integrar todas las demás normas.

El Ordenamiento jurídico es una realidad dinámica, en la que suceden cambios y ajustes: las normas nacen, se desarrollan, viven, cambian, pero siempre dentro del Ordenamiento jurídico al que pertenecen, en tanto subsistan los principios que lo sustentan.

Sobre el tema, son singularmente apropiadas las ideas desarrolladas por García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en su curso de Derecho Administrativo:

> "La interpretación de cada norma, esto es, la comprensión de su sentido como operación necesariamente previa a su aplicación, es, por la misma razón, una interpretación del ordenamiento entero en el que dicha norma se integra y dentro del cual cobra su significación.
>
> El derecho es una función social, de articulación de un conjunto social con sus miembros y de éstos entre sí, y esa función no puede separarse de una concepción material de la justicia, informulada en su totalidad, pero arraigada profundamente en el corazón de los hombres.
>
> La Ley es la norma escrita superior entre todas, la que por ello prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, la que concreta de este modo un mandato soberano.
>
> La Ley lo puede todo: puede establecer mandatos generales o particulares, puede ordenar para el futuro o retroactivamente, puede quebrantar o rescindir una relación constituida o puede crear una nueva donde no existía; puede poner término a un proceso o reabrir uno fenecido. Ningún órgano podrá resistirse al mandato de Ley, todos le están expresamente sometidos por lo mismo que en la Ley tienen todos su propia competencia.
>
> Sólo el llamado control de constitucionalidad, allí donde se admite, podrá erigirse en límite jurídico de la Ley pero se trata de un límite que actúa por la distinción convencional de dos rangos distintos dentro de la Ley; la constitucional y la ordinaria, de modo que es, en cierta manera, un límite intrínseco, realizado en nombre de otra Ley y no de una instancia distinta; en este supuesto, pues, el carácter supremo de la Ley habrá que referirlo a la Ley que es conforme a la Constitución.
>
> Fuera de esta hipótesis, también la Ley es inmune al poder del juez; el juez queda vinculado por la Ley, no puede enjuiciar su validez, sino sólo controlar su vigencia y determinar su interpretación. Nada puede limitar a la Ley, porque ese algo que la limitase sería superior a ella en el orden jurídico y toda la construcción técnica de la Ley está montada justamente para atribuirle la superioridad en la creación del Derecho; su carácter soberano es su misma esencia.
>
> Es la única norma originaria, que decide desde sí misma y por sí misma. Su poder innovativo es completo, tanto frente a otras normas como respecto a leyes anteriores; es, por ello, la fuente por excelencia de sustitución, de ruptura del derecho antiguo por un derecho nuevo."[3]

Como se infiere de estas claras notas de los autores españoles, el único límite que acepta la Ley es el constitucional. Y toda esta concepción sigue muy de cerca la posición de Rousseau: La Ley como expresión de la voluntad general.

Entendemos, en conclusión, Ley como el mandato normativo, ajustado a la Constitución, o sea, constitucionalmente válido.

Como bien lo expresan los tratadistas citados, en buen sentido jurídico, el juez no es el llamado a enjuiciar por sí mismo la validez de la norma, sino que se debe limitar a controlar su vigencia y a pronunciarse sobre el sentido de la misma. En definitiva, lo único que puede hacer el juzgador es interpretarla para determinar su aplicación a los casos concretos que se sometan a su conocimiento.

En aplicación de este mismo principio la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 2 y 8, inciso 1) dispone que el Poder Judicial sólo estará sometido a la Constitución y a la Ley y no deben los funcionarios que administran justicia aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas, que sean contrarios a la Constitución, cuando la inconstitucionalidad haya sido declarada por los tribunales competentes.

---

2. DE FRANCESCI, P. *"Arcana Imperii"*. Tomo I, pág. 27, Milán, 1947. Citado por ARIAS RAMOS en Derecho Romano. Tomo I. 8a. Edición, Madrid, 1960.

3. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Curso de Derecho Administrativo"*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1975, Tomo I, págs. 76 y 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. CONTROL CONSTITUCIONAL.

Doctrinariamente existen dos modalidades de control de la constitucionalidad: el sistema concentrado, atribuido a un único órgano superior y el difuso o desconcentrado, en el que todos los jueces aprecian, en casos concretos, si las leyes son o no conformes con la Constitución.

En nuestro ordenamiento, dentro del primer sistema, el control de constitucionalidad que prevaleció hasta la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fue el de reformas y actualización de textos de los años de 1935-1937.

Así, la única vía para el control de la constitucionalidad, era el mal llamado "Recurso de Inconstitucionalidad" —el cual no atacaba ninguna resolución y por lo tanto era mal llamado recurso—, regulado por los artículos 962 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles hoy derogado.

El Dr. Carlos José Gutiérrez, al estudiar la evolución del control constitucional en nuestro país, se incluye entre los que sienten que el control de constitucionalidad históricamente no ha funcionado en Costa Rica, ni como medio de control de la acción de los poderes políticos, ni en cuanto a su labor de adaptación de la Constitución a los cambios sociales.[4]

Por otra parte, para el Dr. Rubén Hernández en su obra "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes", señala que: "el recurso de inconstitucionalidad es la forma procesal de lograr que una norma obviamente inconstitucional sea declarada constitucionalmente legítima."[5]

Sin embargo, creemos que para los defensores del Estado de Derecho, tiene que ser irritante escuchar ideas tan contundentes como las expresadas, porque encierran severas contradicciones que pasamos a analizar.

Encontramos en estas expresiones y en las experiencias acumuladas en nuestros tribunales, sustento suficiente para la motivación de las innovaciones que se producen en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Esta ha venido en buena hora a modificar el régimen de control, llenando vacíos, ampliando los alcances y garantizando, en forma más efectiva y en términos generales, los derechos y las libertades de los individuos.

3. LIBERTADES Y PODER.

Una definición teleológica del Derecho Constitucional, para que sea acertada, debe incluir el concepto de organización del Estado a partir de una clara coexistencia entre el poder político y las libertades del hombre.

Podría afirmarse que los fines de esta rama del Derecho son los de resolver las contradicciones que surgen de la misma condición humana: de ser por un lado individual y por el otro social o colectiva.

Al campo de la individualidad lo protegen las libertades; la organización colectiva es respaldada por el poder.

En tanto que hemos conocido con bastante precisión la evolución social del ser humano, fenómenos reiterados en la historia de la humanidad parecen señalarnos que el destino final del hombre es absolutamente individual.

De esta confrontación de condiciones humanas sobresale el derecho del hombre a la autodeterminación, y esta es la esencia de la libertad. La intensidad con que este derecho individual encaje en un momento dado en los intereses colectivos, determinará la dimensión del respeto a su dignidad.

Para Hauriou, según las épocas, se ha puesto acento sobre el individuo o sobre la organización social y dentro de la concepción constitucionalista clásica, se reconoce al individuo como el fin de la sociedad política, es decir, de la exaltación de la libertad política y de las libertades individuales, o en otras palabras, de la llamada libertad —participación y de la libertad— autonomía.[6]

Esta es una verdad que podemos comprobar si reparamos, como se expresó en párrafos anteriores, que en regímenes políticos contemporáneos hay ideologías que valorizan la sociedad en detrimento del hombre, como en las doctrinas colectivistas y totalitarias.

Se conforman entonces por un lado, las libertades políticas y por otro, las libertades individuales o civiles. En el primer grupo se encuentran los derechos a elegir los gobernantes y a participar en el gobierno del Estado. En el segundo grupo, las facultades que permiten al individuo realizar su destino personal dentro de la organización social.

---

4. GUTIÉRREZ, Carlos José, *"La Constitución Norteamericana como Ley Importada"*. Revista de Ciencias Jurídicas Nº 61. San José, 1988, pág. 57.

5. HERNÁNDEZ, Rubén. *"El Control de la Constitucionalidad de las Leyes"*. Editorial Juricentro, San José, 1978, pág. 110.

6. HAURIOU, André, *op. cit.*, pág. 213.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El desarrollo histórico de las libertades se origina en la desigualdad, es decir, en los privilegios y en la superioridad de unos sobre otros.

Pero debemos tener en cuenta que modernamente las libertades son el fruto de la igualdad y por eso el principio de la Declaración de Derechos de 1789, expresa "que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos".

Desde esta perspectiva de confrontación de las libertades y los poderes, es que tenemos que analizar las instituciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El objetivo primordial sería entonces evaluar su función de control, como un medio apto y quizás el más deseado, para lograr la armónica equivalencia entre el hombre y el Estado.

4. GENERALIDADES DE LA CONSULTA.

Para conocer la esencia de la consulta de constitucionalidad, tal como se concibe, es importante urgar un poco en el proceso de formación de la Ley. Durante la tramitación del proyecto la Corte Suprema de Justicia abogó por la supresión de la consulta por considerarla como un "recurso directo", que se concedía a favor de órganos públicos, sin la existencia previa de un litigio ante los Tribunales de Justicia. Este litigio serviría necesariamente, según opinaban, de base y motivo para que la Corte se pronunciara sobre la validez constitucional de la ley u otras disposiciones normativas, como lo había venido haciendo desde 1937, y declarar así la inconstitucionalidad de una norma o acto.

Otro argumento para respaldar la supresión del proyecto, fue el de considerar que existirían dos sistemas dentro de la Jurisdicción Constitucional: uno para los particulares, aplicable también a los entes públicos que sean parte en un litigio y que se ejercería como acción de inaplicabilidad —regulado en los hoy derogados artículos 962 a 969 del Código Procesal Civil—; y el segundo que es el de consulta, para algunos órganos públicos (Poder Ejecutivo, Contraloría General, Tribunal Supremo de Elecciones).

Consideró la Corte que el doble sistema otorgaría un trato desigual, inapropiado, por faltar la necesaria pugna derivada de un litigio, puesto que los alegatos de las partes involucradas, son los que verdaderamente contribuyen a la solución de un caso concreto. En términos generales, la Corte consideró que los asuntos que atañen a la constitucionalidad, debían mantenerse "vía recurso" y no ventilarse por medio de la consulta.

En Francia, el control de la constitucionalidad de las leyes, como es sabido, lo tiene el Consejo Constitucional. Este órgano especial tiene carácter jurisdiccional y es el único dotado de tal competencia. El control es previo a la promulgación de la ley y se está concebido, sobre todo, en interés de los poderes públicos o lo que es igual, no es una regulación de la actividad política de los poderes públicos.

En otras palabras, el sistema de control constitucional francés es concentrado y meramente preventivo, de tal forma que una ley, promulgada y vigente, no puede ser declarada inconstitucional con posterioridad.

En los Estados Unidos de América, son los tribunales ordinarios, los que llevan a cabo el control de la constitucionalidad después de la aplicación de la ley. Sólo por vía de excepción el control es previo. Es por medio de las consultas oficiosas pedidas a los Tribunales de Justicia por el legislador, e incluso, con efectos en juicios declarativos y en procedimientos preventivos como se revisa la constitucionalidad. Aquí el control funciona sobre todo, en interés de los ciudadanos, pudiendo cualquiera de ellos, plantear el problema de constitucionalidad.

Hemos comentado brevemente las líneas principales de estos dos sistemas, porque como se podrá ver, contienen los dos extremos opuestos: el control concentrado y el difuso; el que se realiza en forma previa y el que se da a posteriori.

El sistema adoptado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, toma elementos de cada uno, los que considera adecuados, para obtener la síntesis que mejor se adapte a la realidad nacional.

Es importante tener presente este concepto y complementarlo con la convicción que responde a las ideas más modernas sobre el control constitucional, advertida que ha sido la excepción francesa que obedece al concepto clásico, de no permitir que un poder público controle al otro y por ello es que incluso, el Consejo de Estado, en lo que atañe a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, depende de la Administración y no al Poder Judicial.

En síntesis, el control constitucional puede ser previo o darse en la etapa de aplicación de la ley. Es típica de la primera modalidad la consulta, la que debemos entender como la legitimación otorgada a un órgano jurisdiccional para resolver sobre la adecuación de una norma al Ordenamiento jurídico vigente. Es decir, la consulta tiene como propósito el examen y la consecuente declaratoria sobre la validez constitucional de un texto jurídico, previamente a que pase a formar parte del Ordenamiento jurídico.

5. LA CONSULTA CONSTITUCIONAL.

Las ventajas de la nueva figura resultan evidentes. En efecto, antes de la promulgación de la Ley de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la Jurisdicción Constitucional se daban en el país una serie de casos reales, en los que sobresalían problemas de constitucionalidad que no daban lugar a juicios y por ello, no eran revisables o cuestionables.

En el ámbito administrativo, el Poder Ejecutivo, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones y en general, los entes del Estado, resolvían asuntos en los que constaba la inconstitucionalidad de la norma jurídica o al menos dudas razonables sobre la validez de la misma, en perjuicio directo de los intereses de los participantes.

Al carecer de facultades para desaplicar la norma cuestionada, tenían que resolver sobre el fondo del asunto, a sabiendas que no se estaba administrando justicia.

Así, la única vía para ejercer el control de constitucionalidad era por el llamado "Recurso", que requería, necesariamente, del juicio pendiente. Es decir, no había un juicio contra la ley misma. Se tenía que plantear la inconstitucionalidad, por medio de la impugnación de la aplicación individual de la norma. Lo anterior resultaba entonces entorpecedor de la labor justicia, pues siendo un recurso económicamente costoso y procesalmente complicado, se cerraba la posibilidad o al menos no se le facilitaba al ciudadano el acceso al control.

Para el Dr. Rubén Hernández, la consulta constitucional, además de los beneficios para la modernización del Ordenamiento jurídico del país, redundará también en ahorro sustancial de recursos económicos y de tiempo, por ser mejor y más accesible, el control constitucional con la consulta.[7]

En el trámite de la elaboración de la Ley, el Magistrado Piza Escalante expresó que tratándose de un Estado de Derecho, la supremacía de la Constitución era el elemento clave de todo el sistema político. Afirmaba correctamente, que todo lo que hagamos debe tender hacia la constitucionalidad de la acción de todos los poderes públicos y de los particulares, todo lo que favorezca que las cosas se hagan conforme a la Constitución debe ser bienvenido, y todo lo que lo perjudique debe ser rechazado.[8]

Este es y debe ser el fin último de la consulta: el apego de toda la acción de los poderes públicos a la esencia constitucional.

Tenemos la Consulta Constitucional contemplada en el párrafo final del artículo 10 de la Carta Magna, la que dispone que corresponde a la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos según se disponga en la ley.

La consulta no es una institución nueva. En nuestra legislación. En nuestro Ordenamiento jurídico la Consulta tiene su antecedente directo en el artículo 128 de la Constitución Política, al disponer que si el Poder Ejecutivo veta un proyecto de ley, alegando razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, ésta debe remitir el proyecto a la Corte Suprema de Justicia, cuyo criterio es vinculante, debiéndose eliminar del proyecto, las disposiciones que sean declaradas inconstitucionales.

Las últimas reformas constitucionales y la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le han dado forma a la consulta como institución permanente y autónoma, concediéndole así a los interesados, nuevos instrumentos para velar por la supremacía de sus derechos.

6. MODALIDADES DE LA CONSULTA CONSTITUCIONAL.

En los capítulos II y III del Título IV de la Ley, artículos 96 a 108, se establecen varias modalidades de consulta, que son susceptibles de ordenarse según la división clásica de poderes.

Encontramos tres formas de consultas, legislativas, administrativas o ejecutivas y judiciales.

La Consulta Legislativa, es la que este Poder, en forma preceptiva o facultativa (se dan las dos formas), le dirige a la Sala Constitucional. Preceptiva cuando actúa como Poder en los casos contemplados en el inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y facultativa, cuando al menos diez de sus miembros integrantes lo soliciten.

La Consulta Administrativa o Ejecutiva, es la que puede dirigir la Corte Suprema de Justicia, el

---

7. HERNÁNDEZ, Rubén, *Ley de la Jurisdicción Constitucional.* Actas Legislativas folio 581, Archivo de la Asamblea Legislativa.

8. PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *Ley de la Jurisdicción Constitucional.* Actas Legislativas, folio 835, Archivo de la Asamblea Legislativa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y el Defensor de los Habitantes, tratándose de proyectos que se estimen afectan sus competencias constitucionales. Es eminentemente facultativa y su objeto el de preservar los fundamentos básicos que le dan origen a los sujetos legitimados.

Por último, la Consulta Judicial es la que puede plantear todo juez en los asuntos sometidos a su conocimiento. Es básicamente facultativa, pero además preceptiva cuando se trata de resolver los Recursos de Revisión contemplados en el artículo 42 de la Constitución Política, y artículos 490 y siguientes del Código de Procedimientos Penales.

A. La Consulta Legislativa.

Como habíamos señalado, existen dos tipos de consulta legislativa que ahora pasamos a comentar.

a) De naturaleza preceptiva.

Bajo esta modalidad se dan tres eventos posibles, en los que la ley determina la necesidad de pedir la opinión consultiva a la Sala Constitucional, tratándose de los siguientes puntos:

i) Proyectos de reformas constitucionales.

Se dan opiniones encontradas sobre esta forma de consulta. Los que estiman que el artículo 10 de la Constitución no obliga a realizar el trámite de consulta, haciéndola facultativa, en vez de preceptiva, y los que afirman que el párrafo final de ese artículo 10, al remitir a la Ley de Jurisdicción Constitucional, legitima el precepto de la consulta obligatoria.

Al respecto, fue importante el debate sobre los efectos de la consulta y si ésta debía ser vinculante o no en el proceso de formación de la Ley.

En el seno de la Asamblea Legislativa varios diputados acusaron sus temores, en el sentido que al quedar obligado ese Poder de la República a consultar a la Sala Cuarta se estaría perdiendo la soberanía y la potestad de legislar. Lo anterior según los legisladores implicaría, en buen romance, una cesión de las funciones que le ha otorgado expresamente la Constitución Política.

Un ejemplo de esa posición contraria a la consulta preceptiva, se resume en el siguiente párrafo del diputado Corrales Bolaños: *"Me preocupa mucho el artículo que habla sobre esta materia. . . porque pienso que en todo caso sería una cesión de soberanía, porque la función de la Asamblea Legislativa es la de dictar leyes, nadie más puede hacerlo. . . la consulta es óptima porque ilustra el criterio de los señores diputados, pero de ninguna manera puede obligarlos. Al hacerlo se está cediendo la soberanía".*[9]

La síntesis de esta forma de pensar determina que absolutamente en todos los casos, aun con la opinión de la Sala Constitucional contraria a un proyecto, el mismo puede ser aprobado por la Asamblea Legislativa, sin perjuicio que posteriormente pueda ser declarado inconstitucional, tal cual sucede con el procedimiento del artículo 128 de la Carta Magna sobre el veto fundado en razones de inconstitucionalidad.

La opinión contraria se sostuvo en conceptos como el que ahora se transcribe: *"Se ha ido creando la idea que el Poder Legislativo es algo así como el depositario de la soberanía nacional. Creo que esta idea es insostenible en un sistema y una tradición como la nuestra. En realidad, la soberanía ciertamente reside en el pueblo, pero si en alguna parte está depositada es en la Constitución. Todos los órganos de poder, incluida la Asamblea Legislativa, son simples órganos constitucionales, con competencias atribuidas por la propia Constitución."*[10]

Debemos considerar entonces, que es saludable y desde luego constitucional, la consulta forzada del inciso a) del artículo 96 comentado. Esta será vinculante solamente en cuanto señale violaciones constitucionales en los procedimientos de aprobación del proyecto.

No hay otra oportunidad más propicia para determinar la constitucionalidad de una norma de rango superior, y su absoluta coordinación con el resto de los textos similares, que el momento mismo de tramitación y aprobación de la reforma.

La consulta en estos casos, deberá hacerse después de aprobado el proyecto en primer debate de la primera legislatura y antes de la aprobación definitiva.

En el trámite de aprobación de la Ley y sobre este aspecto, expresó el magistrado Piza Escalante, entre otros conceptos, que en la aprobación de la reforma constitucional la Asamblea Legislativa sí está ejerciendo la soberanía, porque su función es de constituyente. La Asamblea es tan soberana que

9. CORRALES BOLAÑOS, José Miguel, *Ley de la Jurisdicción Constitucional,* Actas Legislativas, folio 833, Archivo de la Asamblea Legislativa.

10. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *op. cit.,* folio 829.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

si violara el orden constitucional, lo que estaría haciendo es creando uno nuevo, que tiene la legitimidad democrática necesaria para que lo actuado sea correcto.[11]

ii) Reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Esta forma de consulta también es legislativa y preceptiva, es decir, de opinión consultiva forzosa.

Nuestro sistema jurídico y político, sigue los principios consagrados en el artículo 3 de la declaración de los Derechos de 1789 y del Derecho Constitucional Clásico. Lo anterior en el sentido que la soberanía reside esencialmente en la nación, y de que es una, indivisible e inalienable.

Esta soberanía está depositada en la Constitución y es ella misma la que debe contener los instrumentos idóneos para controlar la aplicación de sus principios y por ello es precisamente la Ley de la Jurisdicción Constitucional el medio ideal para el ejercicio del debido control.

Debemos entender entonces que no sólo es lógico sino también conveniente, que los más altos órganos especializados en la administración del régimen constitucional ejerzan un control previo en la formación de todo proyecto que tenga como fines inmediatos, derogar, modificar, adicionar o complementar el sistema mismo de protección a la Constitución Política.

Estamos en presencia de un autocontrol, el que permitiría una evaluación a priori de los instrumentos jurídicos que se han de utilizar, para así garantizar la correcta interpretación y la defensa de los derechos y normas constitucionales.

Este tipo de consulta debe interponerse después de aprobado el proyecto en primer debate y antes de serlo en forma definitiva, en el tercer debate.

Se supone que la consulta antes de la aprobación del primer debate, no es lo más conveniente. En efecto, el proyecto puede sufrir modificaciones en el trámite de las comisiones legislativas y los objetivos que persigue la consulta sólo se pueden lograr plenamente, mediante el análisis del proyecto de ley definitivo.

Los efectos de la consulta son los mismos que vimos en el caso anterior. Solamente es vinculante en lo que se refiere a la aplicación de las normas del procedimiento.

iii) Convenios o tratados internacionales.

Es la tercera modalidad de Consulta Legislativa Preceptiva.

Los convenios o tratados internacionales, en sentido genérico, están contemplados y regulados por el artículo 7 de la Constitución.

Entendemos los conceptos de tratado y convenio, como el acuerdo de dos o más Estados soberanos para crear, modificar o para extinguir una relación jurídica entre ellos, según el concepto del autor César Sepúlveda en su obra Derecho Internacional.[12]

La consulta se refiere, aparentemente, al contenido del artículo 7 de la Constitución, en cuyo caso todos los tratados o convenios, cualesquiera que sean sus contenidos, políticos, administrativos o comerciales, en cuanto impliquen autoridad superior a las leyes comunes, estarían sujetos al control indicado.

En efecto, el inciso 4) del artículo 121 de la Carta Magna, al disponer que corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos, se está refiriendo al concepto general señalado en el artículo 7 citado y el proyecto se tramitaría por el procedimiento ordinario de las leyes. En este caso bastando la mayoría absoluta de los diputados presentes, conforme a la regla del artículo 119 de la Carta Magna, para su aprobación.

Como excepción a esa regla general, los tratados o convenios que se refieren a la integridad territorial o a la organización política del país, para su aprobación requieren el voto favorable de no menos de las tres cuartas partes de la totalidad de los integrantes del Congreso. En otro supuesto serían necesarias las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Constituyente convocada al efecto; y otra excepción es cuando se atribuyen o transfieren competencias a un Ordenamiento jurídico comunitario para fines regionales. En este último se requiere de la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los diputados de la Asamblea Legislativa.

Aparte de lo expresado, el inciso 15) del artículo 121 constitucional se refiere a los empréstitos o convenios relacionados con el crédito público, que requieren de una votación reforzada de la Asamblea Legislativa.

En torno a esta figura, surgen dudas si está o no incluida en el concepto de la consulta preceptiva.

---

11. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *op. cit.*, folio 830.

12. SEPÚLVEDA, César, *"Derecho Internacional"*. Editorial Porrúa S.A., México, 1988, pág. 132.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Podemos así considerar que el convenio de crédito o empréstito, es una especie de tratado que se asemeja al llamado tratado-contrato, que merece un trato particular, pues tiene que ver con la capacidad económica del Estado y se vincula con el tema de la llamada deuda externa. En la medida que el préstamo implique modificaciones cualitativas al Ordenamiento jurídico interno, como por ejemplo la sujeción a una ley foránea y la renuncia a la soberanía jurídica del país, se estará aprobando una ley de excepción, que va a prevalecer con el carácter de especial, sobre las normas generales y ordinarias.

Sobre todo debe tomarse en cuenta que los contratos de préstamo o empréstitos, en los que el deudor o garante es el Estado, los organismos internacionales —como Banco Mundial, BID, Banco Centroamericano de Integración Económica y también la banca privada internacional— impondrán condiciones rigurosas en virtud de las cuales, el Estado acreedor se coloca en la disyuntiva de aceptar esas normas generales o perder la fuente de financiamiento externo.

Entre estas normas generales se incluye, invariablemente, la de remisión a la ley extranjera, la concesión de privilegios fiscales para las empresas extranjeras que puedan ejecutar los proyectos públicos, el control sobre las inversiones de los entes públicos nacionales, la sustracción de los contratos de ejecución de la inversión de los fondos provenientes del crédito, a todo tipo de control superior y la sustitución de los órganos nacionales, por los entes financieros, como sujetos activos en la adjudicación de los contratos.

Es como si se tratara de un Estado dentro de otro, en el que prevalecen sobre la ley común las reglas de un préstamo.

La situación económica mundial impone a los Estados, sobre todo a las naciones pobres como la nuestra, la necesidad de soportar sus economías con préstamos de esta naturaleza. El rechazo a las condiciones que se imponen unilateralmente, implica el ostracismo económico en el consorcio mundial.

He aquí una importante contradicción en la que la función contralora, evidentemente quedará subordinada a la decisión política. No porque el legislador tenga que ignorar las lesiones que se infieran a nuestra Constitución, sino porque la decisión final será política y administrativa, ámbito en el que se analizan otros factores, además del Derecho por el Derecho mismo.

En términos generales, consideramos que en todos los casos del crédito público, en el que se introduzcan reformas sustanciales al Ordenamiento jurídico, el proyecto debe ser consultado, sobre todo cuando se tocan aspectos constitucionales esenciales. Esto para que el legislador tenga la posibilidad real de optar por uno de los dos caminos que se le presentan: defender el imperio de nuestra soberanía, o cederla en función de la necesidad de obtener los recursos económicos necesarios para el desarrollo del pueblo.

La frase final del inciso a) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, señala que la consulta será preceptiva, cuando se refiera también a las reservas hechas o propuestas a los tratados o convenios.

En el Derecho Internacional, las reservas en los tratados se refieren a la voluntad expresada por un Estado contra algunas de las disposiciones contenidas en un tratado, quedando las normas reservadas fuera del mismo. También se refiere a la interpretación o "declaración interpretativa" que hace un Estado sobre parte del tratado.

Esta consulta debe interponerse después de la aprobación del proyecto en primer debate y antes de la aprobación del tercer debate, como en el caso de las reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los efectos son los mismos, es decir, la opinión de la Sala vincula sólo en lo que se refiere a las normas de procedimiento, como regla general.

Es importante hacer una observación: por tratarse de un convenio entre el Estado y uno o más sujetos internacionales, el texto del tratado sólo puede ser modificado por la necesaria renegociación entre las partes.

Sólo el Poder Ejecutivo tiene la facultad de negociar el contenido del convenio, según lo que dispone el inciso 10) del artículo 140 de la Constitución.

La Asamblea Legislativa solo puede aprobar o improbar el convenio o tratado, o bien aprobarlo con reservas, en cuyo caso la validez del tratado, quedará sujeta a una condición suspensiva, o sea, a la aprobación o aceptación de las reservas por la contraparte involucrada.

Estos son los tres casos de Consulta Legislativa Preceptiva; es decir, que el Poder Legislativo, forzosamente, debe someter a análisis de la Sala Constitucional, antes de la aprobación definitiva del proyecto de ley.

Pero aún subsiste la duda sobre los límites del Poder Legislativo para aprobar un proyecto consultado, que ha sido declarado inconstitucional por la Sala.

Tendríamos entonces que nacería una ley evidentemente imperfecta, puesto que de antemano se ha declarado violatoria del orden constitucional, precisamente por el órgano competente para hacerlo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Desde luego que la integración de la Sala puede cambiar y ésta modificar su criterio y como su jurisprudencia y antecedentes son vinculantes *"erga omnes"*, salvo para sí misma, resulta también de lógica entender que un proyecto aprobado como ley con la opinión adversa de la Sala Constitucional, pueda convalidarse a la luz de una acción de inconstitucionalidad en la aplicación individual de los efectos de la ley.

Igualmente puede suceder el caso diametralmente opuesto, o sea que un proyecto declarado ajustado a la Ley Superior vía consulta pueda ser declarado después inconstitucional, mediante una acción particular. Sobre todo por dos efectos claramente contemplados en la Ley de la Jurisdicción Constitucional: la consulta no es vinculante y no precluye la facultad de accionar contra la aplicación de la ley por la vía de inconstitucionalidad.

De manera que la consulta legislativa como medio idóneo para ejercer el control previo no tiene los mismos alcances de la sentencia que resuelve una acción de constitucionalidad, pero desde luego que surte sus efectos como opinión calificada, para orientar el proceso de la formación de las leyes.

Diríamos que la consulta en general y los alcances de la opinión forzosa que se emite, quedan supeditados a lo que en definitiva resuelva la sentencia de inconstitucionalidad.

Debemos tener presente que toda consulta legislativa, incluyendo la facultativa, debe cumplir los siguientes requisitos:

— La consulta la dirige y presenta el Directorio de la Asamblea Legislativa directamente ante la Sala;

—En aquellos casos en los que la Asamblea Legislativa tenga un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta debe ser oportuna, pero el proyecto se puede votar sin haber recibido el criterio de la Sala, para evitar así la extinción de la competencia por razón del tiempo;

—Las consultas preceptivas o forzosas, no requieren de fundamentación, pues se trata de un prerrequisito necesario para la formación de la ley correspondiente. En este caso el control debe hacerse sobre todo el contenido del proyecto;

—Recibida la consulta en la Sala, ésta tendrá por presentada la gestión y pedirá a la Asamblea Legislativa la remisión del expediente y antecedentes, o bien copias certificadas de las piezas. Desde luego que este trámite puede obviarse, cuando la Asamblea Legislativa, con la carta de presentación de la consulta acompañe las piezas necesarias, haciendo constar que son todos los expedientes y documentos involucrados;

—La consulta no interrumpe ningún otro trámite legislativo, salvo la votación definitiva, es decir, la del tercer debate, o en su caso, la sanción y publicación del decreto;

—Una vez recibida la consulta, el trámite prosigue en forma normal;

—La Sala debe pronunciarse dentro del mes siguiente al recibo de la consulta;

—Las facultades para apreciar la constitucionalidad del proyecto, son amplias; es decir, no se limitan a los posibles criterios que señale la Asamblea Legislativa.

Merece la pena comentar el caso hipotético, en el que la consulta declare, en forma vinculante, la inconstitucionalidad en el procedimiento de un proyecto ya aprobado por la Asamblea Legislativa, en los términos del artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Creemos que con ello se habría aprobado un proyecto que siendo inconstitucional, debe ser desaplicado y considero que la especialidad del caso, amerita considerar como preceptiva y no potestativa, la facultad del Poder Ejecutivo, para interponer el veto fundamentado en razones de inconstitucionalidad, para otorgarle al Congreso, la posibilidad real de corregir las inconsistencias.

Desde luego que siempre subsistirán las posibilidades de impugnación por la vía de la acción de inconstitucionalidad, puesto que en todo caso la consulta no precluye sobre estas facultades en manos de los sujetos particulares.

Igualmente es importante evaluar los efectos de la consulta: Aquellos casos en los que la Sala se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de parte del articulado de un proyecto, el que es corregido por la Asamblea Legislativa, ¿modificándolo requeriría de una nueva consulta?

Parece ser que no basta una sola consulta, para tener por cumplido el requisito preceptivo. Se puede afirmar que tratándose de esta modalidad de consulta el requisito no se llena a satisfacción constitucional, hasta tanto no vaya a examinarse, todo el articulado que integra el proyecto, a menos que las modificaciones sean sugeridas por la Sala aun en su redacción, y se acepten por la Asamblea Legislativa.

b) De naturaleza facultativa.

También se contemplan en la Ley tres posibilidades para ejercer este tipo de control.

i) Proyectos de ley ordinarios.

Cualquier proyecto de ley puede ser objeto de la consulta, partiendo de la definición del Dr. Rubén Hernández en su obra citada, el cual señala que *"la función del control constitucional de las leyes consiste en tutelar el principio de la supremacía constitucional."*[13]

13. Op. cit., nota 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El primer aspecto importante de controlar, se refiere al respeto absoluto que se debe tener por el procedimiento establecido para la formación de las leyes, normas procesales a las que deben quedar sujetos todos los proyectos. La inobservancia de los procedimientos, evidentemente, produce una norma inválida y desde luego inconstitucional.

Es por ello que en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se establece que es éste el único caso en el que la consulta es vinculante.

La segunda hipótesis de consulta, es la inclusión de cualquier concepto en el articulado del proyecto que pueda atentar contra las normas y estructuras de la Constitución.

La mayoría de las veces la confrontación con la Constitución no es tan evidente y amerita un análisis especializado del texto, contra los antecedentes históricos, los valores nacionales y las interpretaciones auténticas y judiciales que se puedan haber emitido.

En esencia, es el tipo de conflicto que puede originar una acción de inconstitucionalidad al que la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorga un momento adicional en el control, esta vez previo a la aprobación del proyecto.

Se incluye en este epígrafe todo proyecto de ley, excepto los contemplados en el inciso a) del artículo 96 de la Ley.

ii) Actos o contratos administrativos.

El texto de la Ley señala expresamente que es materia de consulta "la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos".

No se trata aquí de la función administrativa que realiza el Poder Legislativo, en los términos del párrafo b), inciso 4) del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El anterior concepto se refiere a la definición de Administración Pública y sus actos sujetos al Derecho Administrativo, y en cuanto tales, impugnables en la vía contencioso administrativa, en ejercicio del principio establecido en el artículo 49 de la Constitución.

El texto del inciso b) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se refiere, evidentemente, a los actos y contratos administrativos que requieran aprobación legislativa.

Bajo este concepto se deben entender, entre otros, las excepciones señaladas por el artículo 124 de la Constitución, que con toda claridad indica cuáles de los numerales del artículo 121 ibídem carecen de la naturaleza de la ley ordinaria, por lo cual se votan en una sola sesión y se publican como acuerdos en el diario oficial.

Además del texto constitucional, la aprobación se regula por las disposiciones del artículo 39 de su Reglamento.

Y agrega el artículo 124 citado en su párrafo final: *"La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas."*

De manera que estos casos también podrán ser objeto de la consulta facultativa, para lo cual se requiere como se dirá, la iniciativa de los señores diputados.

iii) Reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

Conforme al inciso 22) del artículo 121 de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa, darse el reglamento para su régimen interior, el cual, una vez adoptado no podrá ser modificado sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de los diputados.

El artículo 101 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa dispone además, que las reformas deberán tramitarse mediante el procedimiento establecido en el artículo 124 de la Constitución, y no son admisibles las mociones para la desaplicación del Reglamento en casos concretos.

El artículo 124 tiene dos procedimientos: el general al que se somete todo proyecto de ley, debiendo cumplir los tres debates y el procedimiento de excepción, que se refiere a los actos que no tienen carácter de ley, al que nos hemos referido en el punto inmediato anterior.

De la conjugación de esas normas, la Asamblea Legislativa ha interpretado que las reformas se votan en una sola sesión, pero mediante la votación reforzada de las dos terceras partes de sus integrantes.

En la práctica, el Poder Legislativo ha introducido una serie de normas en su Reglamento que son evidentemente inconstitucionales. En efecto, al procedimiento de la formación de las leyes, no se le puede dar ninguna otra connotación, que no esté expresamente contemplada en la Constitución.

El Reglamento inventa votaciones calificadas, como por ejemplo el famoso concepto de las dos terceras partes de los diputados presentes. En la tramitación de esta Ley, a manera de ejemplo, el diputado Vargas Carbonell estimó al menos en diez

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

o quince las violaciones al artículo 119 de la Constitución, incluidas en el Reglamento.[14]

Estas normas no pueden ser impugnadas o mejor aún, su inconstitucionalidad no puede ser examinada, sino en virtud de un juicio previo, que se debe iniciar como consecuencia de los efectos de la aplicación individual de la ley aprobada defectuosamente.

Por ello es que los textos inconstitucionales del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa se mantienen incólumes, firmes y valederos.

La Ley ha introducido una posibilidad real de revisar esos criterios: la facultad de legislar, como lo hemos visto, no tiene otro límite como no sea el de la propia Constitución. De manera que ahora, cada vez que se pretenda una reforma al Reglamento se puede ejercer el control previo, por medio de la consulta.

En los tres casos que conforman la Consulta Legislativa Facultativa, el requisito formal para interponerla, es la firma de al menos diez diputados y presentarla antes de la aprobación definitiva del caso.

Desde luego que si en la discusión de un proyecto, por una iniciativa de los diputados, se presenta una moción para que el proyecto se consulte y la misma es aprobada, en este caso el titular para presentarla, será el Directorio de la Asamblea, en ejecución de un acuerdo del plenario, que se tramita, por mayoría de razón, como las excepciones del artículo 124 de la Constitución.

La consulta en estos casos, por no ser forzosa, deberá formularse en memorial razonado, el que debe contener los puntos cuestionados, los motivos en los que se sustentan las dudas y las objeciones, así como cualesquiera otros aportes, doctrinarios o jurisprudenciales, que respalden la consulta.

De aquí en adelante, la consulta sufre los mismos trámites que señalamos para la preceptiva: inicio del expediente, la solicitud de los documentos y antecedentes o copias certificadas, no se suspende ningún trámite, la Sala emite su criterio dentro del mes siguiente, etc.

No obstante que esta consulta difiere de la anterior, en cuanto al sujeto autorizado para presentarla, correspondiéndole en el primer caso al órgano legislativo y en éste a los diputados directamente, lo que se busca es un denominador común: que en la principal actividad legisladora y el normal funcionamiento de la Asamblea Legislativa se tenga la posibilidad de cuestionarse los alcances de las normas propuestas. Todo ello con el objeto de promulgar las que sean verdaderamente compatibles con la integridad del Ordenamiento jurídico vigente.

B. La Consulta Administrativa.

Llamamos así a la que se genera de la actividad de órganos constitucionales en ejercicio de sus funciones, cuando se estima que un proyecto de ley o bien una moción incorporada a ellos contradice especialmente a la Constitución.

Se dice especialmente, porque no toda violación constitucional puede ser objeto de esta modalidad de consulta. Únicamente procede cuando se trate de proyectos de ley o mociones incorporadas a ellos, cuando en su tramitación, contenido o efectos, se considere que se han ignorado, interpretado o aplicado los principios o normas relativos a la competencia constitucional atribuida al órgano respectivo.

Existen varios tipos de consulta a examinar:

a) Consulta de la Corte Suprema de Justicia.

La naturaleza particular de la función jurisdiccional postula una plena independencia constitucional para los órganos que la ejercen, como lo expresa Biscaretti en su obra Derecho Constitucional.[15]

Esta función puede entenderse desde el objeto de la misma, representado por la concreta actuación del derecho objetivo para tutelar derechos e intereses específicos, y como el complejo de los órganos que la realizan.

Es decir, se ejerce la función jurisdiccional o contenciosa, para declarar un derecho controvertido o reintegrar un derecho violado, por medio de los órganos establecidos en la misma Constitución.

La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo a que está anexa y la competencia es la especialidad del conocimiento de causas en razón de la materia.

En este ámbito, la consulta está referida a los proyectos de ley, en los que se intente modificar la jurisdicción o la competencia, contra los textos constitucionales.

---

14. VARGAS CARBONELL, Humberto, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, Actas Legislativas, folio 844, Archivo de la Asamblea Legislativa.

15. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *"Derecho Constitucional"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pág. 510.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La formalidad exige que la consulta se presente en memorial razonado y se evacue por medio de un acuerdo firme de la Corte Plena, dirigido a la Sala Cuarta.

Esta modalidad de consulta, por vía de interpretación del texto constitucional consagrado en el artículo 167, debe entenderse, en todo caso, que es preceptiva y no facultativa.

En efecto, la misma Carta Magna ha previsto que todo proyecto de ley que se refiera a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, debe ser consultado a la Corte Suprema de Justicia.

Por ello creemos que existe una antinomia. La Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que estas consultas pueden ser facultativas. La Corte Suprema de Justicia la dirigirá a la Sala Constitucional, cuando considere que el proyecto afecte su integridad.

Pero por otro lado, la misma Constitución Política en el artículo 167, indica que la consulta es obligatoria y que debe ser evacuada por la Corte Suprema de Justicia en pleno.

De manera que en este presupuesto, pareciera que las reformas introducidas en la Constitución Política para adecuarlas a las nuevas instituciones creadas en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no fueron completas, ya que no se justifica que existan dos órganos constitucionales, que puedan evacuar las consultas, como mecanismos de control.

Pareciera, entonces, que debe imperar la lógica jurídica y entenderse que puede la Corte Suprema de Justicia referirse a los proyectos de ley, para analizar la conveniencia de las reformas y reservar, exclusivamente, a la Sala Cuarta, los reparos de índole constitucional. Esto significa, en el más amplio sentido de la consulta, que puede la Corte Suprema de Justicia opinar sobre el proyecto, pero las dudas sobre la armonía constitucional solo las puede absolver la Sala Constitucional.

b) Consulta del Tribunal Supremo de Elecciones.

La importancia que para la vida democrática de este país, tiene el Tribunal Supremo de Elecciones nos ha llevado a conceptualizarlo con el rango e independencia de un Poder del Estado, como lo expresa el artículo 9 de la Constitución. Además se le ha otorgado la potestad de interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral. (Artículo 102, inciso 3) ibídem).

Por tal razón tanto el Amparo como la Acción de Inconstitucionalidad, son improcedentes contra el Tribunal Supremo de Elecciones en lo concerniente a la materia electoral. (Artículos 30, inciso d) y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Por materia electoral se entiende todo lo concerniente a la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, como lo señala el artículo 99 de la Constitución.

De manera que cualquier proyecto de ley, que en alguna forma se estime que atenta contra las competencias del Tribunal que provienen de la Constitución, podrá ser consultado ante la Sala, como acción legítima para proteger los mandatos de la Carta Magna.

Se requiere de un acuerdo del Tribunal, quien dirigirá la consulta, por medio de la presidencia.

c) Consulta de la Contraloría General de la República.

Por texto constitucional, la Contraloría General de la República es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa para ejercer los controles jurídicos y financieros sobre la Hacienda Pública, pero con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. (Artículo 183 de la Constitución).

Toda dependencia, institución, corporación, oficina, funcionario o empleado que maneje fondos públicos o intervenga en la ejecución de las leyes financieras, está bajo el control legal y financiero de la Contraloría General.

La cantidad tan enorme de asuntos que conoce esta institución y la gran experiencia y capacidad con que lo hace, le otorga a los Contralores Generales la convicción de tener que aplicar normas reñidas con la Constitución, por estar impedidos para desaplicarlas.

Tal acontecía con las llamadas "normas atípicas" del presupuesto de la nación, antes de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Dada la importancia de la institución, resulta también lógico que cualquier proyecto de ley que tenga como propósito alterar sus competencias, al ser éstas atribuidas por la Constitución, pueda ejercerse una razonable oposición de control, para evitar incongruencias constitucionales.

La consulta contralora, la debe hacer el jerarca de la institución.

ch) La Consulta del Defensor de los Habitantes.

Cuando se considera que los proyectos de ley infringen derechos o libertades fundamentales, reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país, entonces se puede presentar la consulta.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El defensor de los habitantes, llamado en Francia "mediador" y en la doctrina en general como el "Ombudsman", es el encargado de recibir reclamaciones de los ciudadanos y de tratar de mejorar los comportamientos de la administración, en aquellos puntos en que su funcionamiento parece defectuoso sin ser ilegal.

Es una institución que tiene por objeto la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad administrativa.

En la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se le ha concedido el control sobre las libertades fundamentales y los derechos humanos, en estado de proyecto legislativo.

Es el titular del cargo, el único que puede hacer la consulta.

La Consulta Administrativa, que como hemos visto es plenamente facultativa, se sujeta al procedimiento general y a los rasgos comunes antes referidos. Por ejemplo, la presentación debe hacerse después de la aprobación del primer debate y antes del tercero, en memorial fundamentado, sin suspensión de trámites y se resuelve dentro del mes siguiente al recibo de la gestión.

C. La Consulta Judicial.

El principio general se resume en el texto del artículo 102 de la Ley: *"Todo juez está legitimado para consultar a la Sala Constitucional, cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que debe aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento".*

Se puede dar en dos formas: facultativa y preceptiva.

a) De naturaleza facultativa.

En primer término se debe tener muy en claro, que el origen de la consulta es la duda objetiva, fundada.

Bajo ningún concepto se debe entender que la facultad de consultar contradiga las disposiciones del inciso 3), del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto pudiera considerarse que ese trámite en alguna forma pueda entenderse como expresión o insinuación de su opinión respecto al asunto que deba fallar.

La base esencial de esta modalidad de consulta, es la duda razonable y justificada. Basta la convicción del juez, en el sentido que la norma, el acto que deba aplicar o juzgar, la conducta u omisión sean contrarios a la Constitución, para que la consulta sea procedente.

En segundo término se debe tener presente que en la consulta, el juez no tiene interés personal, excepto el de administrar justicia en la mejor forma posible.

Por ello, no basta la simple sospecha para fundamentar la consulta: será imprescindible una elaboración de las contradicciones, criterios y fundamentos, en un verdadero caso para ser resuelto por la Sala.

Ningún antecedente consultivo, ninguna acción de constitucionalidad interpuesta o que se puedan interponer en el mismo proceso, obstan para ejercer la facultad. Es decir, no existe ninguna limitación para interponer la consulta.

El juez deberá dictar una resolución, en la que se deben incluir:

—la definición de las normas, actos, conductas u omisiones cuestionadas;

—la expresión de los motivos de duda;

—los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, cuando existan;

—cualquier otro fundamento de hecho o de derecho que sirva de respaldo a la consulta.

En la resolución se emplaza a las partes, para que comparezcan dentro de tercer día ante la Sala Constitucional, para hacer valer sus derechos.

Dentro de la misma resolución se ordena la suspensión de los trámites del proceso o recurso, hasta que haya sido evacuada la consulta y se ordenará el envío del expediente o las piezas pertinentes, según el caso, a la Sala Cuarta.

Lógicamente que la resolución del tribunal que ordena la consulta, deberá ser notificada a las partes y no se procederá con el trámite de la consulta, mientras la resolución no quede firme.

Contra esta resolución solo procederá la enmienda de la actividad procesal defectuosa, de oficio o a gestión de parte, para corregir errores materiales, puesto que la facultad consultiva no tiene recurso alguno.

Recibida la consulta la Sala debe dar audiencia a la Procuraduría General de la República, cuando no sea parte en el proceso o recurso principal.

Desde luego que es importante que el Estado esté representado en una diligencia de este tipo.

Posteriormente, dentro del término del emplazamiento, cualquiera de las partes que estuviere legitimada, podrá convertir la consulta en acción de inconstitucionalidad, en cuyo caso deberá hacerlo dentro del término improrrogable de quince días, contados a partir de la notificación de la decisión de la Sala que así lo ordene.

En este último caso, la Sala procederá con el trámite ordinario de la acción de inconstitucionalidad

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y se abstiene de evacuar la consulta, pero obligatoriamente deberá pronunciarse sobre ella al dictar el fallo correspondiente.

Si la consulta no es convertida en acción de inconstitucionalidad, la Sala procederá a evacuar la consulta sin más trámite y sin audiencia de partes, en el plazo máximo de un mes contado a partir de su recibo.

Al pronunciar su opinión en respuesta a una consulta, cualquiera que sea la modalidad que se presente, la Sala tiene dos mecanismos que puede utilizar: la resolución sintetizada con remisión a la jurisprudencia y precedentes, cuando se trata de declarar la inconstitucionalidad y el rechazo por considerar que se trata de una reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar, que haya sido rechazada.

La resolución final se notificará al tribunal, a la Procuraduría General de la República y a las partes apersonadas; tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la acción de inconstitucionalidad, salvo que no precluirá la presentación de la acción de inconstitucionalidad en este mismo proceso si fuera procedente.

En relación con la Consulta Judicial, son aplicables en lo que sean razonables, las disposiciones de la consulta en general y de la acción de constitucionalidad.

b) De naturaleza preceptiva.

La consulta judicial es obligatoria en un solo caso: cuando en la tramitación de un recurso de revisión, conforme al artículo 42 de la Constitución Política y los artículos 490 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, se esté alegando violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa.

Este Recurso tiene por objeto revisar una sentencia errada desde el punto de vista de los hechos, lo que produce una condena de un inocente, y también sentencias erradas desde el punto de vista del Derecho, e incluso, sentencias que no adolecen de error de derecho ni error de hecho, cuando se trata de aplicar retroactivamente una ley más benigna para el condenado, como lo afirma el doctor Francisco Castillo en su obra El Recurso de Revisión en el Derecho Penal Costarricense.[16]

En este presupuesto la consulta es obligatoria, con el único objeto que la Sala defina el contenido, las condiciones y alcances de los principios y derechos, sin entrar a valorar las circunstancias del caso concreto.

Hay aquí una muestra evidente, en el sentido que no se pretende con la consulta, invadir la esfera jurisdiccional del tribunal de instancia, sino la de mantener la organización jerárquica del Poder Judicial.

Por último es obligado citar los conceptos del jurista Eduardo Ortiz Ortiz al expresar que *"el juez es el único obligado a identificar la norma aplicable al caso que conoce y el único con potestad para aplicarla a ese caso. Si está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden, resulta absolutamente imperativo que pueda desaplicar la Ley cuando viola la Constitución y, naturalmente, que no puede aplicarla si la viola. Este imperativo se hace imposible si el juez no tiene la posibilidad de levantar la cuestión de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, cuando tenga la certeza o la sospecha fundada y razonable que la ley aplicable al caso es inconstitucional. Un ordenamiento que no le otorgue esta potestad comete en pecado de esa constitución, de imponer al juez la violación de ésta, sino puede desaplicar la ley violatoria. Y es el juez, además, quien con más pureza y plenitud puede exponer el conflicto constitucional, porque lo hace buscando el derecho aplicable y no la satisfacción de un interés personal, como las partes en el juicio."*[17]

7. CONCLUSIONES.

Como hemos podido advertir en este análisis, la consulta, como institución jurídica nueva dentro de nuestro Ordenamiento jurídico está llamada a ser un elemento esencial en procurar la justicia pronta y cumplida que exige la misma Constitución.

Muchos recursos económicos y tiempo se pueden ahorrar, si el mecanismo de consulta es adecuadamente utilizado por los órganos legitimados para hacerlo, siguiendo una línea constante y única sobre nuestro régimen constitucional.

Creemos no equivocarnos al estimar que el país sería más respetuoso de los derechos y libertades, si tuviéramos ante los tribunales de justicia más consultas y menos "recursos" de inconstitucionalidad.

---

16. CASTILLO, Francisco, *"El Recurso de Revisión en Materia Penal"*, Colegio de Abogados, Costa Rica, 1a. Edición, 1980, págs. 50 y sigts.

17. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, Actas Legislativas, folio 938, Archivo de la Asamblea Legislativa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN, REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS Y RESPONSABILIDAD

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

Pág.

Introducción 143

1. El agente en el proceso de distribución 143

2. Los principios comunes a los contratos de distribución: estabilidad y unidad 144

3. Las causas de terminación del contrato con responsabilidad para la casa representada 144

4. Derecho Internacional 145
   - 4.a. Convención de Ginebra 145
   - 4.b. Las Directivas de la Comunidad Económica Europea relativas a Agentes y representantes de Comercio 145
     - Duración y cesación 145
     - Indemnización debida al agente 145
   - 4.c. La Convención del Benelux sobre Ley Uniforme de Agencia 145

5. Jurisprudencia 146
   - 5.a. En la Jurisprudencia Extranjera 146
   - 5.b. En la Jurisprudencia de Costa Rica 146

6. Justificación de la indemnización 147

7. Naturaleza de la compensación debida 147

8. Derecho Comparado 148
   - 8.A. La Respuesta en el Sistema Romano 148
   - 8.A. a). Modelo alemán: (89 b HGB, ley de 1953) 148
   - 8.A. b). Modelo francés: art. 3 decreto de 1958. 148
   - 8.A. c). Modelo italiano 149
   - 8.A. ch). Los modelos en Centroamérica. 149
   - 8.B. La respuesta del Common Law 149

9. Aspectos prácticos sobre el cálculo de la indemnización debida 150
   - 9. a. La indemnización 150
   - 9. b. Pago de existencias 151
   - 9. c. Porcentaje razonable de la inversión 151
   - 9. ch. Responsabilidad contractual adicional 151

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

10. Garantía para el Agente del pago de las indemnizaciones por la casa representada nacional o extranjera 152

11. La responsabilidad solidaria de otras empresas relacionadas con la casa representantada nacional o extranjera 152

12. Las vías posibles de solución de conflictos entre representante y representado en materia de agencia comercial 153
12. a. Arreglo amigable entre el agente y la casa representada 153
12. b. Arbitral: compromiso arbitral el agente y la casa representada nacional y extranjera 153
12. c. Judicial 154

13. Ley Aplicable 154

14. Determinación concreta de la responsabilidad 154

Conclusión 154

Bibliografía 155

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Nos proponemos[1] con este trabajo mostrar la coherencia de nuestra ley con las orientaciones del sistema romano del cual somos parte, identificar los principios que la rigen y examinar sus aplicaciones prácticas jurisprudenciales en el campo específico de la responsabilidad por revocación unilateral del poderdante. El estudio que aquí se ofrece se refiere a los aspectos de Derecho Privado de la representación comercial; no comprende temas de Derecho Público, como los requisitos para la legitimación y titularidad necesarias para la protección legal.[2]

Conviene partir de la constatación de que "el 'agency' anglosajón es un concepto amplio que configura una serie de contratos diferenciados en el Derecho de raíz francesa."[3] Todos, sin embargo, entran dentro del concepto genérico de "distribución." Tanto por la amplitud del texto legal relativo a la representación de casas extranjeras, como por su posibilidad de extensión analógica a figuras especiales, consideramos que los supuestos legales costarricenses, que luego comentaremos, pueden cubrir muy diversas formas de contratos para la distribución.

1. El agente en el proceso de distribución.

La distribución no es una tarea simple, sino que, jurídicamente, comprende un complejo de prestaciones que corresponden a diversas obligaciones contractuales:

"La distribución puede indicarse globalmente como el paso del productor del bien o prestador del servicio al destinatario de uno y otro y, en ocasiones, de ambos."[4] Esto "implica el desarrollo de una serie de funciones para procurar mantener un mercado; debe realizar el representante una estrategia de mercadotecnia y a su vez un proceso de retroalimentación de información entre la casa matriz y el representante para el óptimo cumplimiento de sus funciones. Debe enfatizarse que la función principal del agente es la promoción y no la colocación de órdenes."[5] La "American Markenting Association" ha definido la "sales promotion" (o promoción de ventas) diciendo que "comprende las actividades que complementan la publicidad y la venta individual, coordinándolas y haciéndolas eficaces, por ejemplo, las campañas de escaparates, exposiciones, demostraciones y otros esfuerzos de venta no periódicos, que se apartan de la rutina."[6]

El agente puede considerarse como una forma de mandatario; la agencia es un mandato "sui géneris". En la definición de agente en el Derecho francés, que trae el artículo 1. del decreto de 1958, se dice que es un mandatario especial.

Nuestra jurisprudencia ha sido más específica:

"...participa de arrendamiento de servicios y participa del mandato..." (Sala Primera Civil, Nº 66 de las 9,00 h del 18 de marzo de 1977).

Esta participación del mandato ha llevado en Francia a hablar de un mandato de interés común y a sancionar su violenta revocación unilateral. El concepto de mandato de interés común (conferido también en interés del mandatario) ha llevado a hablar de su irrevocabilidad.[7] Sin embargo dada la "fiducia" (confianza) que debe regir las relaciones de agencia, distribución y representación comercial, se admite generalmente la revocabilidad, pero se establece una indemnización en favor del mandatario especial.

En el uso diario, lo mismo que en la ley, "las dificultades y tropiezos comienzan desde la propia anfibología de la palabra agente, junto con la palabra representante, que se emplean alternativa y

---

1. Este trabajo fue realizado con la colaboración de Daniel Alberto Pérez Umaña en los aspectos jurisprudenciales.
2. Sobre estos temas remitimos al Código de Comercio (art. 361) y a las leyes 4864 de 30 de noviembre de 1970, reformada (más bien "derogada") por la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978, La Gaceta Nº 64 de 3 de abril de 1978, reformada por la Ley 6333 de 7 de junio de 1979, La Gaceta Nº120 de 28 de junio de 1979.
3. JIMÉNEZ, Rodrigo. *Representación de casas Extranjeras.* Trabajos de Posgrado en Derecho Internacional, Universidad de Costa Rica, noviembre de 1987, p. 8 y también, del mismo autor: *Distribuidores o Representantes de Casas Extranjeras o de sus Sucursales o Filiales,* Revista Iustitia, Nº 27, año 3, marzo de 1989, p. 15.
4. HINESTROSA, Fernando, *Estudios Jurídicos,* cit., p. 756.
5. JIMÉNEZ, *op. cit.,* p. 11.
6. ESCOBAR, Gabriel, *Negocios Civiles y Comerciales,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, p. 429.
7. V. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale,* Giuffré-ed., Milano, Vol. V, p. 55.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

juntamente para designar a la persona que desempeña funciones de intermediación",[8] en la distribución de bienes o servicios.

"Contrato de agencia, contrato de concesión, contrato de distribución. Todos entran dentro de la función global de distribución, han tenido un desarrollo histórico ya prolongado, más el primero...

... Lo importante es tener en cuenta que el contrato de distribución, lato sensu (agencia, concesión, distribución, Franchising), considerado en sí mismo, es definitivo y tiene funciones propias, que se proyectan en las respectivas obligaciones para ambas partes..."[9]

...Los contratos de distribución son contratos de coordinación de distintas actividades y servicios; establecimiento de relaciones y coordinación de actividades futuras, en los sentidos ya dichos. De todas maneras son rasgos comunes a todos ellos su estabilidad, permanencia, continuidad."[10] Sobre este punto insistiré más adelante. Estas razones justifican la aplicación de procedimientos analógicos en la medida de lo admisible para supuestos no regulados, con fundamento en los principios comunes.

En la doctrina nacional esto se ha admitido:

"...siendo la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras la única ley especial en Costa Rica que regula este tipo de contratos, aunque sea en forma indirecta pues se trata de una legislación hasta cierto punto antigua, y tomando las normas del Código de Comercio como supletorias de dicha ley, debemos aceptar como un hecho que cuando se trate de contratos internacionales de Franchising aplicables en Costa Rica deberá de concertarse el contrato, en lo que sea aplicable de acuerdo con dichas leyes..."[11]

En estos contratos la eficacia puede prolongarse casi indefinidamente; por lo general, en función de esto, las partes realizan inversiones y actuaciones con miras a largo plazo. Esta es una de las características de la agencia comercial en sentido amplio, dentro del sistema de Derecho Comparado a que pertenecemos, según se aclarará más adelante.

2. Los principios comunes a los contratos de distribución: estabilidad y unidad.

La nota de la estabilidad caracteriza a estos contratos. "El requisito de la estabilidad ha sido destacado por Mossa, para quien esta nota, entendida como actividad ejercida de un modo continuo, no puede faltar en el contrato de agencia."[12]

"Siendo una relación que presupone una colaboración estable entre agente y concedente, el contrato de Agencia es por naturaleza contrato de duración."[13]

Por otra parte, la diversidad de prestaciones no impide una consideración unitaria del vínculo; se trata de un contrato único con diversas valoraciones de poder y deber, relativas a la formalización de otros negocios.

"En la agencia todos los envíos de mercancías por un empresario y todos los recibos de ella y sus ventas a terceros por el intermediario, constituyen *una sola relación jurídica,* un solo contrato, motivo por el cual todos estos hechos deben analizarse e interpretarse como elementos de un todo para salvar las contradicciones que puedan existir entre alguno o algunos de ellos y la esencia misma del negocio unitario y la conducta general de las partes. Es decir, mil actos de recibo y de distribución de bienes ajenos constituyen un solo negocio de agencia."[14]

3. Las causas de terminación del contrato con responsabilidad para la casa representada.

En la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 (Art. 4), se establece:

"Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, con responsabilidad para la casa extranjera:

e) el nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante cuando los afectados han ejercido la representación, distribución o fabricación en forma exclusiva.

f) toda modificación unilateral, introducida por la casa extranjera a su contrato de representación, distribución o fabricación, que lesione los derechos

---

8. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 759.
9. HINESTROSA, *op.cit.*, p. 768.
10. HINESTROSA, *op.cit.*, p. 769.
11. MONGE, Gonzalo, OREAMUNO,Carlos, *El Franchising*, tesis de Grado, Facultad de Derecho, U.C.R., p. 114
12. GUNERA LAZZARONI, *op.cit.*, p. 12.
13. GUNERA LAZZARONI, *op.cit.*, p. 12.
14. ESCOBAR, Gabriel, *Negocios Civiles y Comerciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, p. 402.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

o intereses de su representante, distribuidor o fabricante.

g) cualquier otra falta grave de la casa extranjera que lesione los derechos y obligaciones contractuales o legales que tiene con su representante, distribuidor o fabricante."

En diversos ordenamientos, progresivamente, se ha venido reconociendo, en el momento de cesación de la llamada relación DE AGENCIA (en sentido amplio), un derecho a una indemnización en favor del agente auxiliar en la distribución, como expresión de un deseo de los legisladores de tutelar preferentemente al contratante débil; se le ha garantizado así a éste un resarcimiento por la inevitable pérdida de su clientela.

Esto es observable tanto en el Derecho Internacional, como en la jurisprudencia, extranjera y nacional.

4. Derecho Internacional.

Con la excepción de la Convención de Naciones Unidas, de evidente influencia anglosajona, también en el plano Internacional se ha venido reconociendo este derecho en el momento de revocación unilateral de contratos estables de distribución o representación, con excepción de la Convención de Ginebra, de clara influencia anglosajona. En efecto:

4. a. Convención de Ginebra de febrero de 1983. Convention on Agency in the International Sale of Goods.

Constituye una verdadera excepción, al menos si se compara con las tendencias dentro del sistema de tradición romana; construida sobre el concepto de "agency" del Common Law, más "liberalizante", menos onerosa para las transnacionales en caso de terminación por voluntad unilateral del principal. En todo caso, por referencia de contraste, se enuncia.

Art. 1: La convención se aplica cuando una persona, el agente, tiene poder o aparenta tenerlo en representación de otra persona, el principal, para concluir un contrato de venta con un tercero...

CAPÍTULO IV. (Termination of the authority of the agent).

Art. 17: La autoridad del agente concluye: a) por mutuo acuerdo con el principal... c) por revocación del principal o renuncia del agente...

4. b. Las directivas de la Comunidad Económica Europea relativas a Agentes y Representantes de Comercio.

Destaca particularmente el Proyecto de Directiva presentado al Consejo el 29 de enero de 1979, relativo a los agentes y representantes de comercio.

Uno de sus objetivos es, precisamente, el mejoramiento y la protección de los derechos del agente, el cual, aunque independiente, normalmente se presenta en posición de subordinación económica respecto al "comitente".[15]

Duración y cesación.

El contrato, según la directiva de la C.E.E. puede ser de duración determinada, determinable o indeterminada.

Indemnización debida al agente.

La C.E.E. prevé dos tipos de indemnización (cuando hay cese unilateral, sin que haya incumplimiento del agente):

a) la indemnización de preaviso (art. 28) , a favor del agente (en los contratos a tiempo indeterminado),

b) la indemnización de clientela, que corresponde al agente si se dan las siguientes condiciones:

—que haya incrementado la clientela o bien haya desarrollado en medida sensible los negocios con la clientela ya existente,

—que gracias a la actividad del agente , el "comitente" obtenga ventajas, inclusive posteriores.

Las liquidaciones que se hagan luego del cese de la relación referentes a negocios cumplidos se rebajan de la indemnización de clientela.

Se fija como monto máximo de esta indemnización de clientela la ganancia promedio anual de los últimos cinco años.

4. c. La Convención del Benelux sobre Ley Uniforme de Agencia.

Estipulada entre Holanda, Bélgica y Luxemburgo el 26 de noviembre de 1983:

Establece una ley uniforme en materia de contrato de agencia.

Una diferencia con las directivas de la C.E.E. se encuentra en materia de cese del contrato a tiempo determinado, el cual, si prosigue después del término final, se considera renovado por un período.

La concesión de venta puede ser pactada a tiempo determinado o indeterminado.

---

15. FRIGNANI, *op. cit*, p. 238.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

5. Jurisprudencia.

Este Derecho ha sido generalmente reconocido tanto por nuestros jueces como por la JURISPRUDENCIA EXTRANJERA :

5. a. En la jurisprudencia extranjera:

5. a. 1. Bélgica:

Si bien en algunos países como Italia ha sido resuelta en sentido negativo por la jurisprudencia,[16] en otros como Bélgica se reconoce al concesionario el derecho cuando la relación cese sin su culpa grave.[17]

En este país se han afirmado los criterios para cuantificar la indemnización:

a) el aumento de la clientela que, aportada por el concesionario, quede para el concedente después de la cesación de la relación,

b) los gastos realizados por el concesionario para el disfrute de la concesión que vayan en ventaja del concedente,

c) las cargas financieras conexas al despido de personal con las que el concesionario debe afrontar la reducción de su contrato.

5. a. 2. Alemania:

En Alemania se han declarado con lugar los reclamos de los concesionarios y agentes, desde 1958, aunque todavía se discute el tema. Se ha dicho que para el reconocimiento de la indemnización es indispensable que el concedente se pueda beneficiar de la clientela lograda por el concesionario.

5. a. 3. Francia:

En Francia es célebre la sentencia de Amiens de 1973 que reconoció el derecho a la indemnización por el daño sufrido por la pérdida de clientela. Esta sentencia fue casada por la Corte de Casación[18] que, sin embargo, excluyó la ilegitimidad del receso, pero igualmente condenó por "la fuerza de la brutalidad de la ruptura de la relación".

5. a. 4. U.S.A.:

"La jurisprudencia, pero también la legislación de los Estados Unidos de América en algunos casos, ha mirado con censura estas prácticas, de modo de no permitir la terminación del contrato al cabo de ese plazo exiguo de renovación o sancionarla como acto de deslealtad, con condena a indemnización de perjuicios, dentro del principio del abuso del derecho, que se manifiesta en el desequilibrio económico entre las partes."[19]

5. b. En la jurisprudencia de Costa Rica:

La jurisprudencia costarricense ha concedido esta indemnización para el caso de injustificada negativa de prorrogar el contrato, la cual es en gran medida equivalente a la revocación unilateral.

"Dentro del contexto proteccionista del contrato, el representado deberá responder de las pérdidas sufridas por el representante por culpa suya y de la terminación del contrato en las condiciones que estipula la ley."[20]

En un caso se afirmó:

"Aun cuando el contrato de representación comercial celebrado entre las partes de este litigio fue desarrollándose en sucesivos plazos anuales, al no ser prorrogado por causas ajenas a la actora concesionaria, siempre resultan aplicables las disposiciones de la Ley respectiva, según la cual la casa matriz debe cubrir una indemnización a la concesionaria por la terminación del contrato." (Sala Primera Civil, Nº 282 de las 8 h del 30 de setiembre,1977).

"Si la agencia representante se ha mantenido en actividad durante varias décadas y la casa fabricante ha participado en su originación y funcionamiento; si la agencia local ha recibido manifestaciones de aprobación por parte de su representada hechas en el sentido de que se encuentran satisfechos con los servicios que la agencia ha prestado a través de todos esos años, tanto a favor de los clientes, como de la misma casa fabricante; si la agencia local ha mantenido una buena organización, una buena existencia de repuestos y ha ampliado sus

16. Casación 21 de junio de 1974, Casación 13 de enero de 1984.
17. Ley 27 de julio de 1961, art. 3.
18. 9 de marzo de 1976.
19. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 777.
20. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 30.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

instalaciones, todo con el propósito de mejorar sus actividades, no se falta a las reglas de la sana crítica cuando se acoge y aprecia la prueba para tener como cierto que la actora no ha faltado a sus deberes de representación y que tiene el derecho a ser indemnizada conforme a la ley, porque no ha dado motivo justificado para que la casa fabricante rompa unilateralmente el vínculo contractual que le une con su representante local." (Sala Primera de la Corte, Nº 31 de las 15,45 h del 14 de junio de 1983).

En otro caso donde, debido a ajustes oficiales se produjo una disminución en las ventas y la "casa matriz" revocó la representación, se consideró esta razón injustificada y se otorgó el derecho a la indemnización: "El contrato de representación de casas extranjeras es tratado bajo una legislación proteccionista, de orden público, donde la parte que se supone débil —el representante— es protegido contra el más fuerte, —representada— cuando se le imputan a aquél determinados hechos, y éstos deben dejar en el ánimo del juzgador la convicción clara, indubitable de que su conducta cayó en falta grave a los intereses de la representada; de ahí que si bien en la especie se demostró que se dio una disminución en la venta de los artículos, que provocaron el rompimiento del contrato, no se comprobó que ello sucediera por conducta negligente o ineptitud del representante, pues, por el contrario, la actora allegó al debate prueba documental en que se indica que los productos afectados en el mercado, lo fueron por medidas o ajustes de orden oficial, lo que perfectamente pudo haber provocado la disminución o estancamiento de las ventas, por lo que se concluye que la accionante tiene derecho a la indemnización reclamada conforme a la ley respectiva." (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, Nº 200 de 15,40 h del 29 de abril de 1981. Ordinario de C.F. Ltda c. B.A. y otra, del Juzgado Primero Civil de San José).

En otro caso, una modificación unilateral del contrato que afectó a una de las líneas representadas, facultó al representante para dar por terminado ese vínculo y para ser indemnizado: "Si bien es cierto que el contrato de representación entre actora y demandadas comprendía tres líneas de productos y que la modificación unilateral del contrato, por parte de la segunda afectó a solo una de ellas, lo que motivó que la accionante diera por roto el convenio, también lo es que ésta no hizo más que usar la facultad que le confiere la Ley de Representantes de Casas Extranjeras para dar por terminado su contrato de representación, toda vez que la casa matriz y su afiliada con aquella modificación lesionaron sus derechos e intereses." (Tribunal Superior Segundo Civil, Seción Primera, Nº 200 de 15,40 h del 29 de abril de 1981. Ordinario de C.F. Ltda. c. B.A. y otra del Juzgado Primero Civil de San José).

6. Justificación de la indemnización.

La estabilidad y unidad, principios rectores de estos contratos tienen importancia en la justificación de la indemnización. Es por esa estabilidad que el agente invierte en la promoción y ejecución de su función; sería, entonces, contrario a la equidad que estas inversiones y los gastos que haga, una vez realizados, vayan a beneficiar al poderdante que realiza una revocación unilateral, apoderándose del terreno arado y sembrado por el representante. Este merece ser indemnizado.

"...los contratos de distribución, por lo mismo que implican inversiones fuertes, orientación y estudios iniciales costosos, en donde los gastos iniciales habrán de ser amortizados lentamente y en donde cada esfuerzo tiende a mejorar y consolidar la situación en curso, se conciben económica y jurídicamente por o para largo tiempo, lo cual no impide que se celebren a corto plazo...

"...el agente necesita un tiempo largo para montar y desarrollar su empresa, para amortizar sus inversiones, y es natural que a medida que transcurra el tiempo adquiera más confianza y más estabilidad, que no tiene por qué quedar bajo la amenaza del desaparecimiento en pocos meses."[21]

"La ley es específica cuando protege al representante de casas extranjeras, poniendo una cuantiosa indemnización a pagar a cargo de la casa matriz por su incumplimiento... el fin es dar estabilidad jurídica y garantía de reparación adecuada por los esfuerzos realizados..."[22]

7. Naturaleza de la compensación debida.

La responsabilidad contractual especial: la compensación debida.

Se discute si se trata de una responsabilidad por incumplimiento contractual, ya que, más bien, se afirma que el "representado" debe poder poner tér-

21. HINESTROSA, *op. cit*, p. 777.

22. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mino (pues tampoco se le puede obligar a tener como auxiliar a aquel que ha dejado de gozar de su "fiducia") al contrato, siempre que indemnice debidamente al representante o distribuidor.

Para determinar el tipo de responsabilidad contractual es conveniente recordar que, aunque, a veces, se ha asimilado el "representante de casas extranjeras" a un "trabajador", no se trata, en realidad, de una responsabilidad laboral; falta verdaderamente la subordinación jurídica.

La verdad es que nos encontramos frente a una figura distinta, legalmente determinada, de responsabilidad contractual especial (legalmente fijada).

Esta parece haber sido la orientación seguida dentro del sistema romano (Civil Law) a que pertenece nuestro Ordenamiento, tanto en las recientes convenciones internacionales, como en la jurisprudencia (extranjera y nacional), lo mismo que en la doctrina más autorizada.

"Se ha discutido y seguirá debatiéndose sobre la naturaleza de esta compensación en favor del agente a la terminación del contrato: tomada inicialmente a manera de una indemnización por la ruptura injustificada del contrato, abarca y absorbe una preocupación más amplia.

La novedad —del Código de Comercio alemán de 1953— que contiene e introduce consiste en una compensación en favor del agente a la terminación del contrato, inicialmente delante de algunas circunstancias específicas que no se pueden calificar de violación de aquél por parte del empresario, pero que sí atienden a las condiciones especiales de la relación o personales del agente: antigüedad del vínculo, utilidad de la agencia, trabajo del agente para la apertura de nuevos mercados, para el aseguramiento de otros de parte del empresario, la situación de negocios en curso que ya el agente no podrá adelantar y consumar... no se toma como perjuicios y su resarcimiento, sino como compensación equitativa al finalizar un contrato de cooperación."[23]

En todo caso, en nuestro medio, los criterios legales son claros y la compensación se reputa como indemnización por la modificación o revocación unilateral.

8. Derecho Comparado.

Ante la carencia de una mejor regulación en relación con las diferentes figuras de distribuidores comerciales, o agentes en sentido amplio,conviene observar el universo donde se encuentra nuestro Derecho Positivo. Somos (lo hemos sido por dos mil años) parte de un sistema de Derecho, precisamente el sistema denominado por John Henry Merrymann "tradición romano canónica", sistema dinámico, evolutivo, permeable y permeante, en el cual estamos inmersos.

En la materia que nos ocupa (aunque también en otros sectores del comercio internacional) es clara una mayor afirmación de la tutela del contratante débil en el sistema romano a que pertenece Latinoamérica jurídicamente, frente a las tesis del Common Law.[24]

8. A. La respuesta en el Sistema Romano.

Reconocen el derecho a una indemnización: Francia, Alemania, Suiza, Italia, Austria, Brasil, Argentina.

Hay diversos modelos:[25]

8. A. a). Modelo alemán : (89 B HGB, ley de 1953).

Admite la indemnización en favor del agente en caso de terminación unilateral, sin embargo supone:

a) Que el principal se beneficie de los nuevos clientes que le procuró el agente o de la expansión del volumen de negocios de viejos clientes.

b) Que el agente pierda el derecho a la retribución que con base en negocios estipulados o realizables en el futuro con clientes por él adquiridos, hubiese mantenido.

Este modelo fue seguido por Austria con una Ley en 1960.[26]

8. A. b). Modelo francés: art. 3 decreto de 1958.

"Entendida la agencia como un mandato estable de interés común, basado primero en la doctrina y luego en el Decreto de diciembre de 1958, en Francia se llegó al mismo resultado de la estabilidad de la agencia y de su no revocabilidad unilateral, intempestiva y sin justificación, como quiera que el mandato de interés común es una figura universalmente aceptada."[27]

---

23. Ver HINESTROSA, Fernando, *Estudios Jurídicos*, Umaña Trujillo, Bogotá, 1983, p. 760.

24. Ya lo hemos demostrado en nuestro trabajo sobre *"La excesiva onerosidad de la deuda externa latinoamericana"*, publicado en la Revista Judicial, N-46, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

25. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 231.

26. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 761.

27. Cfr. CATONI, *La rupture du contrat d' agent commercial*, París, 1970, cit. HINESTROSA, *op. cit.* p. 773.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El citado decreto dispone una indemnización relacionada con el perjuicio que el agente sufre por causa de la cesación de la relación. La determinación de la medida de la relación se deja a la apreciación judicial.

8. A. c). Modelo italiano:

Art. 1751 del CÓDIGO CIVIL:

Habla de un monto proporcional a lo liquidado en el curso del contrato.

Se remite a dos tipos de indemnización:
normal (de disolución de la relación)
una parte fija: 1% del monto de las sumas pagadas al agente
otra parte variable, en proporción inversa al monto de los pagos, prevista solo para los grados más bajos
supletoria en caso de disolución de la relación por iniciativa del "comitente" por hecho no imputable al agente , así como por otras causas.

8. A. ch). Los modelos en centroamérica.

En Centroamérica, "aunque las legislaciones difieren entre sí en varios aspectos, básicamente coinciden en :

1. Establecimiento de causas legales justas, para dar por terminado el contrato de agencia, distribución o representación;

2. Tales causas hay que probarlas, ante los organismos competentes;

3. De no existir tales causas, el principal o concedente tiene que otorgar una indemnización, fijada por la ley, al representante o concesionario;

4. Mientras no se pague esta indemnización los productos no se podrán importar (si son fabricados en el extranjero);

5. El principal o concedente está obligado a adquirir los créditos e inventarios de productos del concesionario o agente al terminarse el contrato, sin mediar causa justa, bajo las condiciones señaladas en la ley;

6. El principal o concedente no puede nombrar otro agente o distribuidor, mientras no se le pague la indemnización, o la deposite ante el organismo competente, en caso de demanda o reclamación;

7. Los derechos concedidos por tales leyes son irrenunciables, aunque podrá convenirse en una transacción..."[28]

8. B. La respuesta del Common Law.

En principio, en el Common Law, se admite que la agencia puede concluir por voluntad unilateral del "principal..." El principal puede revocar la autoridad del agente en cualquier momento."[29]

"No todos los ordenamientos reconocen al agente un derecho a ser indemnizado... excepción la constituyen los países del Common Law, además de otros, donde no se hace este reconocimiento",[30] salvo en casos especiales, según veremos.

La doctrina norteamericana reciente abunda en estas consideraciones:

"La autoridad del agente puede ser revocada en cualquier momento por el 'principal' aunque la autorización originaria hubiese sido calificada de 'irrevocable'. Esto resulta inevitablemente del hecho de que la agencia es una relación consensual y un principal, en consecuencia, no puede ser obligado a mantener a otro como su agente."[31]

En los Estados Unidos "no se requieren especiales formalidades para la revocación, aunque la autoridad hubiera sido concedida previendo que la revocación sería efectiva solamente si se hiciera en una determinada manera. La revocación informal es permitida, aunque la autorización originaria hable de la necesidad de satisfacer ciertas formalidades para su eficacia..."[32]

Parte de la "jurisprudencia" norteamericana ha matizado estas aseveraciones:

Si tal revocación es incorrecta y constituye un rompimiento del contrato por parte del principal, el agente puede reclamar daños del principal, aunque la revocación efectivamente termine la relación"[33]

---

28. GUNERA LAZZARONI, Gerardo. *La agencia en exclusiva*. Posgrado en Derecho Internacional, Universidad de Costa Rica, 1987, p. 6

29. SMITH AND ROBERSON' S, *Business Law, Uniform Commercial Code*, West P. Co. St. Paul, 1982, p. 324.

30. GUNERA LAZZARONI, *op. cit.*, p. 34.

31. REUSCHLEIN, Harold Gill; GREGORY, William A., *Agency and parternship*, Hornbook series, West Publishing Co. St. Paul, 1979, p. 84.

32. REUSCHLEIN, Harold Gill, GREGORY, William A., *Agency and parternship*, Hornbook series, West Publishing Co. St Paul, 1979, p. 85.

33. SMITH and ROBERSON' S, *Business Law, Uniform Commercial Code*, West P. Co. St. Paul, 1982, p. 324. Hay varios casos: por ejemplo: Knudsen & Richardson vs. Laurent, 159 Iowa 189, 192, 140, N.W. 392, 393 (1913). Restatement Sec. of Agency 386, 1958.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En los propios Estados Unidos de América se encuentran las leyes de 1961 y 1971, protectoras de la estabilidad del concesionario y el Código de Comercio unificado plantea ya el tema del contrato de franchising.[34]

9. Aspectos prácticos sobre el cálculo de la indemnización debida.

En algunos ordenamientos se fijan criterios amplios, como en Bélgica, donde La Ley del 27 de julio de 1961, establece en su artículo 2 que, cuando una concesión de venta exclusiva es convenida por un plazo indeterminado no puede, salvo falta grave de una de las partes a obligaciones, ser rescindida sin un preaviso razonable o "una justa indemnización".

9. a. La indemnización.

Cuando la revocación viene del concedente, la indemnización a favor del concesionario es fijada a través de los siguientes elementos: a) el mayor valor de la clientela aportada por el concesionario y que se traduce a favor del concedente; b) los gastos que el concesionario ha expuesto en vista de la explotación de la concesión y c) las indemnizaciones que el concesionario debe a su personal, que se ve en la necesidad de despedir como consecuencia de la rescisión del contrato.[35]

En Costa Rica la materia se encuentra regida por las leyes y reglamento ya citados, en forma específica, de modo que el margen de valoración discrecional es reducido. La Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 en su artículo 2: dispone:

"Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con una suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los últimos cuatro años o fracción de vigencia del contrato en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos años o fracción, en el caso de los distribuidores."

"Para efectos de esta ley, la antigüedad de los contratos de representación, distribución o fabricación de hecho, se computará desde el inicio de las relaciones entre las partes" (Art. 10).

El citado artículo 2 se traduce en la siguiente fórmula:

n: años de tiempo servido, hasta un máximo de 9

4 meses utilidad x n : 36 4 m x 9

m: 1 mes: suma utilidad 48 últimos meses / (dividido entre) 48

TOTAL: + de comisiones de 48 meses entre 48; esto multiplicado por 4 x 9.

Paralelamente, el tema se encuentra regulado por el REGLAMENTO A LA LEY 6209 de 9 de marzo de 1978: Nº 8599- MEIC de 1978:[36]

Artículo 1:

"El monto de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 2 de la Ley Nº 6209, se determinará:

a) Para los representantes de casas extranjeras, sumando las comisiones recibidas durante los últimos cuatro años o fracción de vigencia del contrato, incluyendo las comisiones correspondientes sobre pedidos pendientes. El total anterior se dividirá por el número de meses que constituye el período de cálculo a efecto de establecer el promedio mensual de utilidad bruta, que se multiplicará por el número de años o fracción de vigencia del contrato, cuyo resultado se multiplicará por cuatro.

b) Para los distribuidores o codistribuidores, sumando la utilidad bruta percibida durante los dos últimos años o fracción de vigencia del contrato, resultado que se dividirá por el número de meses que constituye el período de cálculo para determinar el promedio mensual de utilidad bruta, que se multiplicará por el número de años o fracción de vigencia del contrato, total que se multiplicará por cuatro.

c) Para los fabricantes, sumando la utilidad bruta percibida durante los últimos cuatro años o fracción de vigencia del contrato. El total que resultare se dividirá entre el número de meses que forman el período de cálculo, para determinar el promedio mensual de utilidad bruta. Este promedio será multiplicado por el número de años o fracción de vigencia del contrato y su resultado será multiplicado por cuatro.

---

34. HINESTROSA, *op.cit.*, p. 765.

35. Ver GUYENOT, Jean. *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977.

36 D. 8599 de 5 de mayo de 1978. Alcance Nº 108 , a La Gaceta Nº 115 de 16 de junio de 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d) Para el representante de Casas Extranjeras que a su vez sea distribuidor, codistribuidor o fabricante, sumando todos los resultados de los cálculos señalados en los incisos a), b) y c) anteriores.

e) Para el distribuidor o co-distribuidor que sea también fabricante sumando los resultados de los procedimientos señalados en los incisos b) y c) anteriores."

Para el representante de casas extranjeras, el citado texto reglamentario se traduce en la misma fórmula (equivalente a la expuesta por la propiedad conmutativa de la multiplicación):

Suma de comisiones de 48 meses entre 48. Todo esto multiplicado por 9 y por 4.

Artículo 2:

"Para establecer la utilidad bruta a que se refieren los incisos b) y c) del artículo anterior, se tomará como tal la diferencia entre el precio de venta del producto y su costo."

Artículo 3:

"Las indemnizaciones señaladas en el art. 1 de este Reglamento, en ningún caso podrán exceder el total de 36 meses de indemnización."

9. b. Pago de existencias:

Por expresa disposición de la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 en su Artículo 3:

"Cuando se produzca la cancelación de una representación, distribución o fabricación, la casa extranjera representada deberá comprar la existencia de sus productos a su representante, distribuidor o fabricante, a un precio que incluya los costos de estos productos más el porcentaje razonable de la inversión que éste haya hecho. Este porcentaje que será determinado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio."

"El costo del producto no sólo debe incluir el precio en que lo adquirió el representante, sino todos los costos adicionales como lo son cargas fiscales, transporte, pago de personal, bodegaje y otros gastos en que pudo incurrir el representante."[37]

"A la cancelación del contrato la casa extranjera deberá:

... b) comprar la existencia de los productos al costo, incluyendo los gastos directos, locales y de internación más un diez por ciento (10%) para cubrir gastos financieros." REGLAMENTO A LA LEY 6209 del 9 de marzo de 1978: Nº 8599- MEIC. Artículo 4:

Se ha interpretado que esto es una opción del representante (EL AGENTE) y una obligación para la casa representada (NACIONAL O EXTRANJERA): "...siempre que lo quiera la distribuidora la casa matriz debe comprarle los repuestos..." TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL SEC. 1a, Nº 908 de las 8,00 h de 16 de noviembre de 1984.

9. c. Porcentaje razonable de la inversión:

"Este porcentaje fue determinado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio por el decreto 8599 de 5 de mayo de 1978 en un 10 por ciento... Las legislaciones centroamericanas algunas mencionaron el porcentaje de inversión, otras no. Pero todas ponen la obligación de compra del producto y pagar el valor total del inventario de bienes muebles del representante..."[38]

9. ch. Responsabilidad contractual adicional:

Si la decisión de revocación unilateral causa daños y perjuicios adicionales, cuya causalidad sea imputable directamente a LA CASA REPRESENTADA NACIONAL o EXTRANJERA , no hay obstáculo para que por el camino ordinario de incumplimiento contractual estos puedan ser reclamados. Este reclamo, sin embargo, no goza de la garantía antes citada. Este reclamo es perfectamente acumulable al mínimo irrenunciable fijado por la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

Aquí el punto a considerar estaría en la determinación de esos daños adicionales y en la prueba de la causalidad eficiente entre la conducta y el resultado.

Por ejemplo, la forma pública e imprudente como se realice una revocación podría causar una lesión a la reputación mercantil.

Por ejemplo también, recordamos la jurisprudencia francesa sobre la responsabilidad por la revocación abrupta del vínculo, con base en los principios de violación de contrato de mandato de interés común.

Es dudoso que el mero aviso de revocación unilateral (si se da con un debido preaviso) pueda hablarse de incumplimiento contractual, pues el "principal" debe poder deshacerse del representante en quien ha perdido confianza, por lo que la ley fija una compensación (la llama indemnización) en forma reglada y única en principio, salvo, como se dijo, que se demuestre una causalidad eficiente adicional, dada la pluralidad de calificaciones de que pueden ser objeto los hechos jurídicos.

---

37. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 38.

38. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 38.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Aquí entramos en el campo de la prueba de los daños adicionales reclamables, que correspondería identificar a EL AGENTE.

10. Garantía para el agente del pago de las indemnizaciones por la casa representada nacional o extranjera:

Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 Artículo 9:

"Las indemnizaciones previstas en esta Ley deberán ser pagadas en un pago único y total, inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere. La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez. Si no lo hiciere, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación de los productos de la citada casa extranjera."

"En el caso del pago de indemnización al representante Costa Rica exige una vez presentada la demanda el depósito en el juzgado del monto... si no depositare o pagare la casa extranjera, la autoridad judicial dará órdenes a las aduanas para que no permitan el ingreso o la importación del bien o bienes que la Casa Extranjera importaba por medio del representante que accionó la demanda."[39]

Nuestra jurisprudencia ha sido estricta en la consideración del tipo de garantía admisible: "La garantía que debe rendir la casa extranjera en los casos de cobro de indemnización por un representante, distribuidor o fabricante de aquélla, no puede serlo una carta de un banco con un término fijado por la casa, toda vez que el fin de dicha garantía es que en caso de éxito de la demanda, ésta se haga efectiva en cuanto el fallo adquiera firmeza, por lo que debe cubrir el monto total de la indemnización reclamada durante todo el tiempo que dure el proceso y porque de aceptarse tal garantía la misma puede resultar inocua con solo dejar de renovar la carta de garantía la parte que la otorga". (Sala Primera Civil, Nº 253 de las 8,05 h del 30 de julio de 1979).

11. La responsabilidad solidaria de otras empresas relacionadas con la casa representada nacional o extranjera.

Hay tres supuestos (dos legales y uno jurisprudencial) donde se admite la responsabilidad de empresas de la unidad económica LA CASA REPRESENTADA NACIONAL Y LA MATRIZ EXTRANJERA:

1. El que asuma la misma actividad de la casa extranjera, ejercida por medio de un representante, distribuidor o fabricante: tal es el caso de la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 que en su Artículo 6 dispone:

"La persona física o jurídica que asume total o parcialmente cualquier actividad comercial que antes ejercía una casa extranjera a través de un representante, distribuidor o fabricante, responderá de la continuidad del contrato de representación, distribución o fabricación, salvo que la casa extranjera hubiera cubierto, previamente la indemnización correspondiente."

2. El caso de la continuidad del contrato con las consiguientes responsabilidades para el sucesor, salvo que la indemnización haya sido cubierta, en el supuesto de la Ley 6333 de 7 de junio de 1979 que en lo que interesa, adiciona artículo 4 de la Ley Nº 6209 de 9 de marzo de 1978, así:

"Cuando una casa extranjera cambie de domicilio, razón social, se transforme, se subdivida, cambie de objeto, lo mismo que se fusione con otra o sea absorbida por otra no es causa de terminación del contrato de representación, agencia o distribución. La empresa con la cual se hubiere fusionado, la hubiere absorbido o haya sido autorizada para el uso de las marcas, responderá solidariamente hasta por el monto de la indemnización en los mismos términos, pudiendo por lo tanto el concesionario ejercer las acciones que otorga esta ley contra las cuales se hubiese fusionado, la hubiese absorbido o contra cada una de las subdivisiones en que se hubiese desdoblado la empresa o recibido la autorización para el uso de la marca."

"La casa extranjera que cambie de domicilio, razón social, se transforme, fusione, sea absorbida o cambie de objeto, responde solidariamente al pago de la indemnización."

Este principio ya contemplado en el artículo 4 inciso H de la Ley 6209 y en su exposición de motivos, ha sido ratificado por la jurisprudencia en el Tribunal Superior Segundo Civil número 200 de las 15,40 h del 20 de abril de 1981. Los países centroamericanos no contemplan esta regla.[40]

---

39. JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 40.

40. Así: JIMENEZ, *op.cit.*, p. 41

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. La responsabilidad solidaria de las empresas que constituyan una unidad económica:

Si bien, como ya se explicó, el principio del "Disregard of legal entity", llamado también el "Piercing the corporate veil" no se encuentra admitido en Costa Rica, más que un par de esporádicas alusiones en materia laboral y en materia tributaria, en el campo de la representación de casas extranjeras, la ley amplía su esfera de imputaciones y sin realmente "disregard" (como se expresa en el Derecho Anglosajón) la personalidad jurídica, realiza atribuciones adicionales a sujetos que no eran parte de la relación jurídica.

Hay un caso (que como caso aislado, no constituye jurisprudencia de conformidad con nuestro sistema de Derecho, pero que es de gran interés como precedente), sin embargo, donde se atribuyó responsabilidad solidaria en consideración a la unidad económica: "Si la sociedad matriz demandada y la filial para Centroamérica, codemandada, constituyen una unidad económica, ambas deben responder solidariamente por la indemnización, a que están obligadas a favor de la actora representante, como obligación comercial que es". (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, Nº 200 de 1981. Ordinario de C.F. Ltda. c. B.A. y otra, del Juzgado Primero Civil de San José).

12. Las vías posibles de solución de conflictos entre representante y representado en materia de agencia comercial:

12. a. Arreglo amigable entre el agente y la casa representada.

A pesar del carácter irrenunciable de las disposiciones examinadas, conviene hacer una distinción entre los actos de disposición al perfeccionarse el vínculo y los que ocurran una vez que éste entra en su fase de eliminación de efectos, como ocurre ahora en este caso.

Preventivamente no es posible disponer de ninguna de las situaciones jurídicas que la ley otorga al representante. Sin embargo, nada obsta para que una vez "causadas" sean objeto de actos de disposición.

Valen aquí razones análogas a las que justifican la irrenunciabilidad de la prescripción, pero la renunciabilidad de ésta una vez cumplida: hay un interés público de por medio. Es pues, nulo, todo negocio que tienda a regular el curso de la prescripción, como es aquí nulo todo negocio que contradiga los términos legales. Por un lado esto se justifica en que sólo se puede disponer de lo que ya se tiene, además de que la posibilidad de renuncia podría atentar gravemente contra el citado interés público, pues, generalizándose en los contratos quedaría practicamente abolida. "La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia -de Colombia- ... sostuvo que la prestación del agente es renunciable sí, pero no preventivamente, sino una vez causada, es decir, luego de la terminación del contrato."[41]

De este modo, no encuentro obstáculo para que *el agente y la casa representada nacional o extranjera* puedan llegar a un arreglo extrajudicial.

12. b. Arbitral: Compromiso arbitral entre el agente y la casa representada nacional y extranjera.

El arbitraje, en principio, se presenta como un medio idóneo para resolver los conflictos en el comercio internacional. Sus ventajas se encuentra en su carácter más ágil y económico. Sin embargo, muchas de las ventajas que se suelen atribuir a la vía arbitral no son tales necesariamente. Frente a la defendida "economía" que se atribuye a la institución, se ha afirmado que no es evidente que su costo sea necesariamente más bajo y que más bien a este respecto lo que hay es una desventaja, pues los árbitros deben ser pagados. Frente a la defendida mayor velocidad, se ha sostenido que en muchos casos un arbitraje puede durar varios años. Esto es particularmente cierto en los casos en que una de las partes se niegue a cooperar, por ejemplo en cuanto a la formalización del compromiso, en cuanto a la designación de los árbitros, en cuanto a la aceptación de su competencia, o bien, al discutirse la validez y eficacia del compromiso o del propio laudo o se pongan obstáculos para su ejecución.[42]

En todo caso, a pesar de lo expuesto, es mi criterio que el arbitraje, si es internacional, no resulta admisible. En el arbitraje se otorga a la parte demandada judicialmente la posibilidad de oponer la excepción de compromiso (o de litis pendentia si el arbitraje estuviere en curso). Con esto, ella puede excluir la jurisdicción de los tribunales comunes, o sea puede excluir la potestad de los tribunales nacionales para conocer de los problemas relacionados con

41. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 783.

42. Sobre el tema puede revisarse información más amplia en el trabajo que publicamos en la Revista Judicial Nº 40, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, titulado: "El contrato de arbitraje en el comercio internacional".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

su aplicación. Esta posibilidad está excluida en Costa Rica por la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 que en su Artículo 7 establece:

"La jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables."

Esta competencia exclusiva de los tribunales costarricenses ha sido reafirmada por el Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Segunda, en su sentencia Nº 590 de las 14,40 h del 29 de agosto de 1984 y por la Sala Primera de la Corte, en sentencia Nº 37 de las 15,30 h del 11 de mayo de 1982.

Cabe aclarar, sin embargo que el texto legal habla de tribunales costarricenses; pareciera que nada impediría un arbitraje realizado por costarricenses, ya que los árbitros, por ley, son parte del sistema jurisdiccional nacional.

12. c. Judicial.

En caso de no llegarse a un arreglo queda abierta a EL AGENTE la vía judicial para el reclamo de sus derechos y para hacer efectiva la garantía concedida por la ley.

13. Ley aplicable.

La Ley Nº 4684 de 30 de noviembre de 1970 (art. 2, al que se refiere la consulta) Ley de Distribuidores o Representantes de Casas Extranjeras o de sus Sucursales Filiales y Subsidiarias fue derogada por la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 que expresa en su artículo 11: "Derógase la Ley Nº 4684 de 30 de noviembre de 1970".

Rigen en cambio la Ley 6209 de 9 de marzo de 1978 y la Ley 6333 de 7 de junio de 1979 (Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras).

No se plantea problema de aplicación de la ley en el tiempo, por cuanto estamos frente a disposiciones de orden público. Sencillamente rige la nueva ley, aunque parte de la ejecución de un contrato que haya ocurrido dentro de la vigencia de la ley anterior.[43]

"La intervención del Estado por razones de interés público, económico, político, social, de salud pública o de moralidad, puede desembocar en la expedición de normas que tienen vigencia general inmediata..." (como otra manifestación del "orden público").[44]

14. Determinación concreta de la responsabilidad:

a) Con base en la Ley de Protección a los Representantes de Casas Extranjeras.

Se resumen en:

a) Indemnización

Con base en la fórmula:

"+ de comisiones de 48 meses

dividida entre 48.

Todo esto multiplicado por 4 y por 9".

b) Pago de comisiones pendientes

c) Compra de existencias más un 10 %

d) Contractual adicional

Depende de la demostración de cualquier causalidad adicional, que correspondería identificar a EL AGENTE, si fuere del caso.

CONCLUSIÓN

Con base en lo expuesto resulta posible reclamar responsabilidad en la forma dicha, a LA CASA REPRESENTADA NACIONAL Y EXTRANJERA por una decisión de revocar unilateralmente una relación contractual mantenida con EL AGENTE a lo largo de varios años, responsabilidad que, de acuerdo con lo expuesto podría extenderse a las demás empresas de la misma unidad económica domiciliadas en otros lugares.

---

43. Sobre el concepto de Derecho de orden público, puede consultarse nuestro trabajo Derecho Público- Derecho Privado, publicado en la Revista Judicial Nº16, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

44. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 781.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

BORLOZ, Míriam, La representación en el Derecho Mercantil Internacional LA CASA REPRESENTADA NACIONAL, Revista Judicial Nº37, junio de 1986.

ESCOBAR, Gabriel, Negocios Civiles y Comerciales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

FRIGNANI, Aldo, Il diritto del commercio internazionale: Manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti, IPSOA INFORMATICA, Roma, 1986.

GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1984.

GUNERA LAZZARONI, Agencia en exclusiva, Posgrado en Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

GUYENOT, Jean. ¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

HINESTROSA, Fernando, Estudios Jurídicos, Umaña Trujillo, Bogotá, 1983.

JIMÉNEZ, Rodrigo, Representación de Casas Extranjeras, Posgrado en Derecho Internacional LA CASA REPRESENTADA NACIONAL, Universidad de Costa Rica, 1987.

MELICH ORSINI, José, La resolución del contrato por incumplimiento.

MESSINEO, Francesco, Manuale di diritto civile e commerciale, Giuffrè-ed., Milano, 1958.

MONGE, Gonzalo, OREAMUNO,Carlos, El Franchising, tesis de Grado, Facultad de Derecho, U.C.R.

MORA, Fernando. Los agentes auxiliares en la ley costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas, Nº10, diciembre de 1967.

PÉREZ VARGAS, Víctor, Derecho Público- Derecho Privado, Revista Judicial Nº16, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

PÉREZ VARGAS, Víctor, El contrato de arbitraje en el comercio internacional, Revista Judicial, Nº 40, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

PÉREZ VARGAS, Víctor, La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana. Revista Judicial, Nº 46, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

REUSCHLEIN, Harold Gill, GREGORY, William A. Agency and parterniship, Hornbook series, West Publishing Co. St. Paul, 1979.

RODRÍGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1967.

SMITH AND ROBERSON'S, Business Law, Uniform Commercial Code, West P. Co. St. Paul, 1982.

STITCHKIN BRANOVER, El mandato Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

* * *