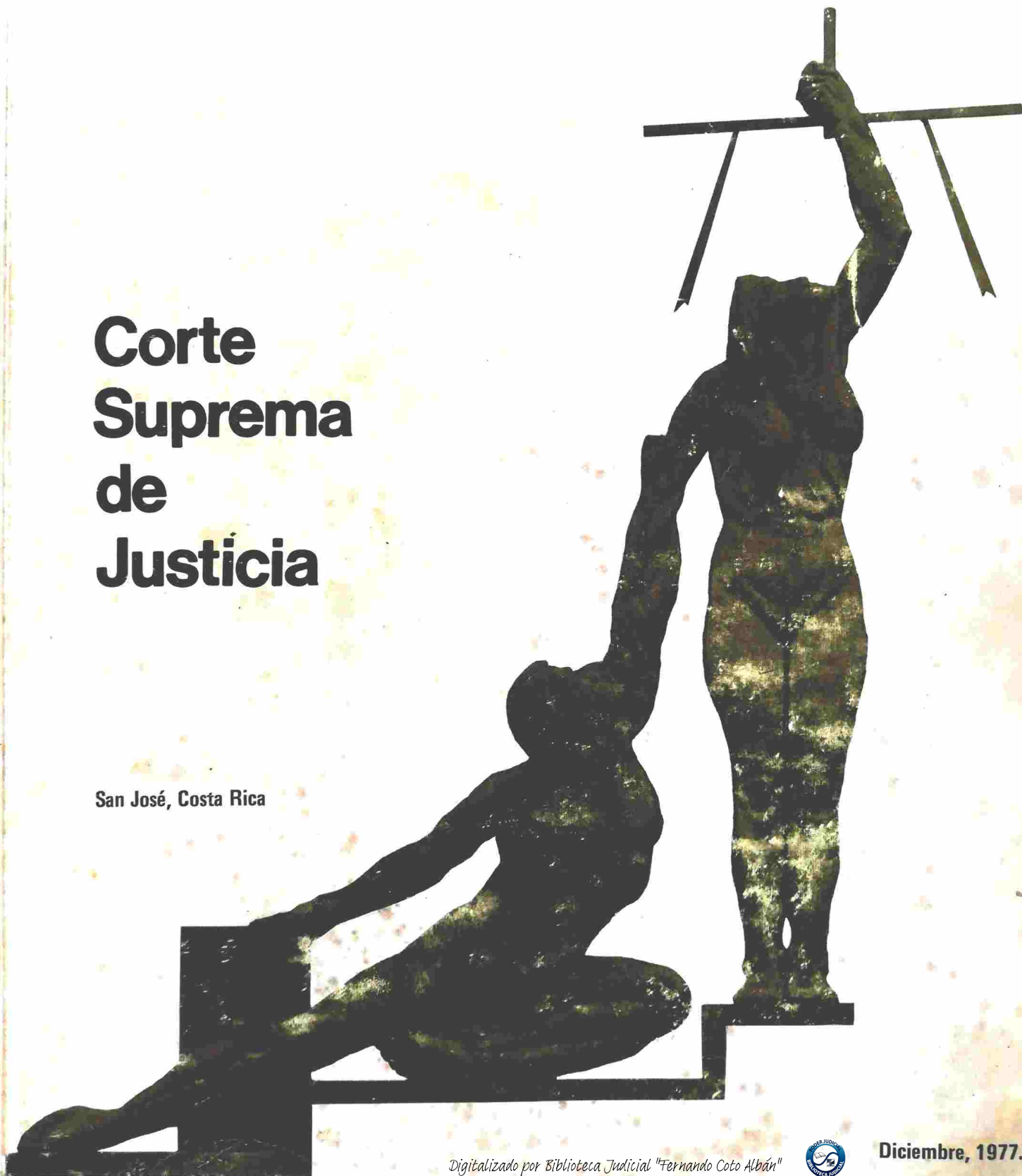


REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año II - No. 6 - Diciembre, 1977.

**Publicación trimestral
Director: Dr. Víctor Pérez Vargas**

**Sede:
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.**

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

SUMARIO

Discurso del Magistrado Lic. Rafael Benavides Robles	7
La Posesión	11
Lic. Ricardo Zeledón.	
La Reforma Agraria en el Perú	33
Lic. Francisco Morera.	
El Aborto	51
Dr. Jorge Hernán Rojas Sánchez (coordinador)	
Lic. Luis Guillermo Rivas Loáiciga	
Licda. María Emilia Solera Flores.	
Evolución histórica y función económica de la letra de cambio	63
Dr. Gastón Certad.	
Las tachas en el nuevo proceso penal	71
Dr. Luis G. Herrera C.	
La dimensión familiar en materia empresarial en el sistema latino:	81
Las empresas familiares	
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
Reseñas bibliográficas	105
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.	
Información normativa	107
Licda. Marcelina Zeledón C.	
Reseña legislativa extranjera	111
Lic. Ricardo Zeledón.	
Jurisprudencia	117
Digesto.	



P R E S E N T A C I O N

La trayectoria multidisciplinaria mantenida hasta el momento por la Revista ha tenido aceptación; gracias a ella el civilista, el penalista, el constitucionalista, el comercialista, el agrarista, etc., han encontrado en nuestras páginas siempre algún punto de interés específico. Esta vez ofrecemos ensayos en Derecho Civil, Derecho Agrario, Derecho Penal, Derecho Comercial y Derecho Procesal.

Nos honramos en publicar el discurso pronunciado por el Magistrado Lic. Rafael Benavides Robles, con motivo de la celebración del aniversario de la Anexión del Partido de Nicoya.

El Lic. Ricardo Zeledón, que actualmente realiza estudios en el "Istituto di Diritto Privato", "Sezione Diritto Agrario", de la Universidad de Pisa y en el "Istituto di Diritto Agrario Internazionale Comparato" con sede en Florencia, nos ha enviado una interesante monografía sobre la posesión; ahí se ponen en evidencia los diversos problemas que ella plantea, los cuales, por cierto, se remontan a las famosas discusiones entre Proculeyanos y Sabinianos en torno a quién tiene mejor derecho: el propietario con título inscrito más antiguo o el propietario que aunque tiene título más reciente es además poseedor, solución esta última aceptada por la doctrina mayoritaria y por nuestra jurisprudencia. En el presente estudio se realiza la caracterización teórica de la figura y junto a ella se citan interesantes datos históricos, como las doctrinas de Savigny relativa al "animus" y al "corpus" y la posición objetiva de Ihering. Se pasa luego a la identificación de los sujetos de la posesión y del objeto sobre el cual recae. Es de importancia práctica la sistematización del valor de la buena fe en la institución, lo mismo que el enfoque positivo sobre la tutela posesoria y la prescripción positiva que realiza el autor.

Por su parte, el Lic. Francisco Morera, quien también realiza estudios especializados de Derecho Agrario en Pisa y Florencia como profesor becario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, nos ha enviado su valiosa contribución sobre "La reforma agraria en Perú", un tema siempre actual, como lo califica el autor. En el texto se analizan los principios básicos de la ley peruana, se examina el procedimiento de afectación y los medios de valoración y pago, los tipos de adjudicaciones (individual y social), la asistencia técnica y crediticia, y otras regulaciones. Destaca el autor la vigencia de la necesidad de verdaderas reformas agrarias en América Latina y el valor del ejemplo peruano, tanto por sus presupuestos de fondo como por la viabilidad demostrada.

Continuamos la publicación de los trabajos del Primer Seminario de Derecho Penal; ofrecemos esta vez el estudio que sobre "El aborto" realizaron el doctor Jorge Hernán Rojas Sánchez junto con los licenciados Luis Guillermo Rivas Loáiciga y María Emilia Solera Flores. Ahí se

conjugan las exigencias teóricas con las exigencias positivas: después de la definición y clasificación de la figura se pasa a la determinación de su etiología, a la determinación de sus elementos estructurales y, finalmente, al examen de los artículos correspondientes de nuestra legislación penal, con apoyo en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. El trabajo es un verdadero "aporte al análisis de algunas figuras penales que existen en nuestro país".

Continuamos también la publicación del interesante estudio del Dr. Gastón Certad, sobre Títulos cambiarios, iniciada en el número anterior de esta Revista. El capítulo que hoy ofrecemos, después del planteamiento teórico general ya publicado, se refiere a los aspectos históricos de la institución y en particular del principio de la responsabilidad cambiaria. Se analiza el endoso también desde el punto de vista histórico y se pasa finalmente a la fundamentación económica de la letra de cambio y a su significación práctica en las relaciones crediticias, haciéndose la distinción teórica y positiva respecto al pagaré. Se destaca finalmente el carácter formalista del título: "En ella la forma constituye su propia sustancia. Faltando esa forma, o siendo defectuosa, el contenido carece del valor jurídico que se buscaba, porque la ley ha querido condicionar su existencia a la existencia de la forma".

Hemos recibido la colaboración científica del Dr. Luis G. Herrera C., Juez Superior de Limón, con el trabajo sobre "Las tachas en el nuevo proceso penal". En este breve pero claro y sintético estudio se define y clasifica la tacha y se comentan las normas procesales a ella relativas, entre otras las referentes a la capacidad testifical, a las causales, al procedimiento, a la legitimación, a la oportunidad, a la forma de plantear el incidente, a la prueba, resolución y efectos de la tacha. Estudios como el presente son de gran utilidad práctica para abogados y funcionarios judiciales.

Ofrecemos finalmente en la sección de doctrina la relación costarricense sobre el tema Empresa y Familia, presentada en las Segundas Jornadas Italo Latinoamericanas de Derecho Comparado que se celebraron recientemente en nuestra Capital. En este trabajo se delimita la categoría "empresa familiar" en el plano teórico y en el plano positivo dentro del sistema latino, observándose que la regulación obedece a toda una concepción que afirma el valor y dignidad de la persona humana. La unidad cultural que sirve de trasfondo a estas manifestaciones del fenómeno es la latinidad, según la opinión de los grandes comparatistas de nuestros días.

Hemos querido incluir en este número junto a la Reseña bibliográfica, a la Información normativa y la Jurisprudencia la interesante reseña del nuevo Código Civil de la República Democrática Alemana, realizada por el Lic. Ricardo Zeledón. Se determinan ahí los principios generales inspiradores de la nueva normativa que desarrollan las políticas estatales, entre otras el aumento de propiedad socialista. El valor de la reseña en examen está, como lo considera su autor, "en la importancia jurídica que reviste conocer la experiencia vivida por otros pueblos pues ello significa una apertura mental que nos permite conocer nuevas e interesantes instituciones y nos ofrece toda una diversa gama de soluciones".

Noviembre, 1977.

Víctor Pérez Vargas.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL MAGISTRADO LIC. RAFAEL BENAVIDES ROBLES, CON MOTIVO DEL ANIVERSARIO DE LA ANEXION DEL PARTIDO DE NICOYA

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia,
Señores Magistrados,
Señoras y Señores:

Deseo expresar la complacencia con que la Corte Suprema de Justicia se reúne hoy en la ciudad de Filadelfia, con ocasión de dos importantes efemérides: un aniversario más de la anexión del Partido de Nicoya a Costa Rica y el centenario de la fundación del cantón de Carrillo.

Nicoya, debido al auge que había tenido en la primera mitad del siglo XVI, fue declarada, en 1574, Alcaldía Mayor, dependiendo directamente de la Audiencia de Guatemala, y sin ninguna relación de gobierno con Nicaragua y Costa Rica. Sin embargo mantenía la Alcaldía Mayor muy estrechos contactos con nuestro país. Por eso no es de extrañar que por su propia voluntad se uniera a Costa Rica en 1824. La anexión se efectuó mediante la voluntad popular expresada libremente en un plebiscito. Como ciudad más importante de Guanacaste, le correspondió a Nicoya ser el factor decisivo en este trascendental hecho histórico.

A pesar de las reiteradas protestas de nuestra hermana república del Norte, la anexión quedó confirmada en el Tratado de Límites Cañas-Jerez de 1858, ratificado por el Laudo Cleveland de 1888. En el ínterin, entre el Tratado y el Laudo, hubo todavía intentos en Nicaragua para anular la anexión. Entonces vibró, austero y enérgico, el verbo del General Jerez, impugnando tan atrevido procedimiento, y también un ilustre nicaragüense

lanzó desde la augusta tribuna de la prensa esta elocuente protesta:

"En Nicaragua saben hasta los niños de pecho que el pueblo liberiano es por educación, por simpatía y costumbres, esencialmente costarricense, y no creemos prudente que Nicaragua se encapriche en darle a un pueblo una patria que desecha, con mengua de la paz general del Estado".

En épocas pasadas no supimos corresponder al beneficio que nos hizo este noble y generoso pueblo guanacasteco. Nos limitamos a expresar nuestra gratitud con el sonoro vocablo. Casi nos hicimos merecedores del apotegma de Víctor Hugo: *"Mostrarse ingrato es demostrarse pequeño"*. Afortunadamente en los últimos tiempos Costa Rica ha querido reconocer el gesto de nuestros hermanos guanacastecos y así vemos hoy su territorio cruzado por espléndidas carreteras y muy buenos caminos, redes eléctricas y telefónicas, acueductos. Se han construido grandes puentes, magníficos aeropuertos y edificios públicos. Centros universitarios, colegios, escuelas, sucursales y agencias bancarias, centros de salud y de asistencia técnica, etc.

Loor a la Provincia de Guanacaste y a sus hijos.

El 16 de junio de 1877 el Presidente de la República, don Vicente Herrera emitió el Decreto número XXII mediante el cual se erige un nuevo

cantón en la provincia de Guanacaste con las poblaciones de Filadelfia, Palmira, Sardinal y Belén y se le designó con el nombre de "Carrillo" en homenaje al Jefe de Estado Braulio Carrillo Colina.

Carrillo nació en San Rafael de Oreamuno, en 1800. Hizo sus estudios de derecho en León de Nicaragua y después de viajar por Honduras, El Salvador, y Guatemala, regresó a su patria en 1830. Fue Fiscal de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de este Poder. Diputado al Congreso Federal reunido en Sonsonate y San Salvador. Jefe Supremo de Estado en sustitución del señor José Rafael Gallegos, asumió el mando en mayo de 1835. En el propio año de su nominación por la Asamblea Nacional tuvo que hacer frente a un grave trastorno que amenazaba destruir el principio de unidad nacional: la llamada Guerra de la Liga, que acaudillaban los ciudadanos más influyentes de Cartago, Heredia y Alajuela. El propósito de tal insurrección era combatir las medidas que derogaban los diezmos a favor de la Iglesia, y defender la llamada Ley de la Ambulancia que turnaba la capitalidad entre las cuatro principales ciudades. Trató Carrillo de llegar a un arreglo con los facciosos, pero éstos se negaron a todo arbitrio por lo que el gobernante hubo de recurrir a la fuerza para develar lo que por la fuerza querían imponer.

Don Manuel Aguilar sucedió a Carrillo como Jefe Supremo (en mayo de 1837) pero don Braulio, en vista del descontento reinante contra el gobierno dio el golpe de Estado del 27 de mayo del año siguiente. Al apoderarse de las riendas del gobierno de tal manera dio un funesto ejemplo de conculcar el orden constitucional, cuya violación jamás había podido consumarse anteriormente. Pero él, Carrillo, lo explica así: *"En mayo de 1838 vivía yo en un bosque, retraído de toda intervención pública, cultivando con mis propias manos un terreno, porque aunque había servido el mismo destino los años 1835 y 1836, el día que lo entregué al ciudadano designado por la Asamblea, me retiré con menos fortuna que la que antes poseía, como ha sucedido al presente: no señalo la causa, por no recordar pérdidas y favores; pero el testimonio público no puede menos de ser afirmativo, porque jamás llené mi bolsillo con su bien, ni con el privado de las personas. De allí fui traído a salvar al Estado de la anarquía que le amenazaba, como dije al principio; y es tan sabido este incidente, que todo el pueblo de la Capital suspiraba por el momento en que yo viniera, porque vio en la acefalía abierta la caja de Pandora. Lejos de perse-*

guir a mis enemigos anteriores, les ofrecí mi amistad; y ellos, auxiliando desde entonces mis proyectos, contribuyeron a afirmar el orden público. . . Salvé al Estado de la anarquía doméstica, le preservé de la guerra externa, le conduje por las sendas de la moral; promoví su riqueza y comercio, dando impulso a la agricultura con la supresión de impuestos sobre las tierras de labor, concediendo en propiedad a los poseedores las que eran del común, abriendo y mejorando caminos, habilitando y poblando puertos; crié y sistemé la hacienda pública; pagué la deuda externa y la interna reconocida por la Asamblea. Preparé la respetabilidad y defensa del Estado. . . Los pueblos me obedecían sin violencia, ¡porque cosa rara! cien hombres apenas guarnecían todo el Estado inclusive los puertos y fronteras; y esta voluntad popular expresada tan espontáneamente, me convencía de su contento, base indisputable de toda legitimidad, y verdadera esencia de la libertad civil".

Sin embargo esta falta de Carrillo fue la base de la organización de Costa Rica. Estableció los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos. *"El Código General de 1841 fue una de las primeras obras en su género llevadas a cabo en las nacientes repúblicas latinoamericanas. Se ignora quién o quiénes fueron los codificadores, pero es casi seguro que Carrillo que era uno de los pocos jurisconsultos en aquel entonces interviniera en la adaptación. El Código Civil es, en su mayor parte, una trasplantación del Código Civil francés o de Napoleón. El Código Penal es trasunto atenuado en su severidad del Código de España emitido en 1822. El Código de Procedimientos Civiles y el Penal fueron formados por sistemas inspirados en leyes y doctrina españolas. El conjunto indica, sin embargo, un espíritu de progreso y de orden indiscutible"* (Tomado de La Gaceta en el Centenario del Código General. Agosto de 1941).

Era Carrillo un hombre pequeño, grueso, sencillo. Vivía en casa modesta; en una parte de ella su esposa atendía una pequeña tienda y en la otra estaba el despacho de don Braulio en donde éste, en mangas de camisa, atendía los asuntos de gobierno. No fue nunca vocero de la aristocracia tradicional cartaginesa. Más bien fue representante de los burgueses nuevos de San José con quienes emprende las luchas para crear un nuevo orden de cosas (fue cartaginés de nacimiento pero josefino de sentimiento).

En 1842, cuando el país entraba por una ruta de progreso y bienestar, aparece el General Mora-

zán en hombros de costarricenses descontentos. Para repeler la invasión armada, Carrillo levanta tropas y confiado, las entrega al Brigadier Vicente Villaseñor. Pero éste, en el sitio llamado El Jocote pacta con el invasor y juntos emprenden el avance hacia San José. Para no sacrificar a los pueblos en lucha fratricida, Carrillo decide "salir pobre, enfermo y sin recursos a buscar el pan extranjero en lejanas tierras". Se radica en El Salvador, ejerciendo su profesión en la ciudad de San Miguel. Cierta tarde se hallaba tendido en su hamaca, que pendía de dos árboles, en sitio campestre, cuando enemi-

gos personales, aprovechándose de las revueltas civiles que envolvían al país, le dieron muerte despiadadamente. Así acabó, a la edad de 45 años, uno de los hijos más preclaros y eminentes de Costa Rica.

He querido destacar las virtudes de nuestro benemérito, porque al hacérsele, hace un siglo, el homenaje de darle su nombre a este bello lugar, se reconoció además en sus pobladores la nobleza, valentía y orgullo que les hiciera merecedores de vivir bajo este cielo, nobleza, valentía y orgullo que les llevó a declararse nuestros hermanos.

Filadelfia, Guanacaste, 25 de julio de 1977.

LA POSESION

Lic. Ricardo Zeledón.(*) (**)

A Leda, compañera de mi vida.

SUMARIO:

Premisa	12
1.— Definición	12
2.— Etimología	13
3.— Concepción en el Derecho clásico, Romano e intermedio	13
4.— La naturaleza jurídica de la posesión. La polémica Savigny (Teoría subjetiva)-Ihering (Teoría objetiva). Crítica. Las tesis actuales	15
5.— Los elementos de la posesión	19
6.— (sigue) los sujetos. Capacidad del poseedor. Legitimidad. Concurso en la posesión	19
7.— (sigue) el objeto. Bienes no susceptibles de posesión	19
8.— (sigue) la relación del sujeto y el bien	21
9.— Las categorías posesorias: formales (independientes: autónomas formales y otras; y, dependientes: formales mixtas y detentación), e impropias (posesión integral, posesiones parciales, impropias mixtas, y detentaciones impropias)	21
10.— Adquisición de la posesión. Originaria y derivada. Formal e impropia. Con y sin la propiedad	22
11.— Pérdida de la posesión. Causas de extinción: imputables al poseedor, imputables a terceros, causas objetivas	23
12.— La buena fe. En sentido objetivo y subjetivo. Principios del Código Civil	24
13.— Los vicios de la posesión. Clandestinidad, violencia, mala fe, discontinuidad y equívoco	26
14.— Los efectos de la posesión: A) La tutela posesoria, B) Prescripción adquisitiva; C) Derechos y obligaciones del poseedor	27
15.— Consideración conclusiva	30

(*) El autor actualmente realiza estudios en el "Istituto di Diritto Privato. Sezione Diritto Agrario" de Pisa, en la "Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Firenze" y en el "Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato" con sede en Florencia, como profesor de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

(**) Las traducciones son de entera responsabilidad del autor.

PREMISA

La posesión es uno de los conceptos en torno al cual los juristas de todos los tiempos han trabajado en forma más ardua. En Derecho Civil es la materia más llena de dificultades en cuanto a su origen histórico; al fundamento racional de su protección; a su terminología; a su teoría; a los diversos elementos que la integran; a los modos de obtenerla, perderla y conservarla; a los requisitos; a los efectos; al objeto mismo.

El motivo para que existan tantas dificultades en torno a este Instituto es que los ordenamientos jurídicos de los diversos estados le dan soluciones jurídicas distintas, y peor aún, a través de los tiempos las tesis que se sostienen: en pro o en contra de su mejor regulación, de darle contenido jurídico o no, en estructurarla como figura independiente —o hacerla depender de la propiedad, en fin, de restarle o darle su importancia, están íntimamente ligadas a movimientos políticos, culturales, religiosos, en virtud de los cuales no solo cobra matices distintos, sino que a veces no se le puede identificar porque varía hasta su terminología.

Para el estudio de la posesión debemos partir de dos indiscutibles supuestos: que difícilmente encontraremos un punto fijo de partida que sea común para las concepciones teóricas o positivas, y que difícilmente podremos ubicar normas generales en virtud de las cuales poder analizar desde un mismo punto de vista la posesión romana, la ger-

mana, la francesa, la española, o la nuestra. La explicación es sencilla: es un instituto muy sensible a las mutaciones de los factores de la producción, y en consecuencia en la crisis de las relaciones que de ellos derivan (por la dialéctica de los fenómenos sociales), aparece las más de las veces como contradictorio, al tiempo que, por su naturaleza no se presta mucho a los estudios metafísicos tan propios de la ciencia jurídica.

Con estas dificultades nos proponemos enunciar en la forma más esquemática posible las formas de manifestarse la posesión en sus diversos aspectos: definición, etimología, naturaleza, elementos, requisitos, determinar las cosas que son susceptibles de posesión, la adquisición y pérdida, buena fe, los vicios, el tiempo y los efectos, tratando de dar una visión teórica general. (*).

1. La posesión, en su acepción estricta y propia, es una subordinación de hecho, consciente, tutelada por el ordenamiento jurídico, que se ejerce en los bienes en forma exclusiva, total o parcial, en virtud de la cual una persona actúa sobre los mismos como si fuera su titular, con las limitaciones que señala la ley y el interés social.

En sentido amplio, es toda relación material con la cosa con un mínimo de voluntad.

Respecto a la definición del término han sido muchas y muy variadas las que han aportado los autores y las legislaciones (1), empero, la estudiaremos en su acepción estricta y propia.

La subordinación es la dependencia que vincu-

(*) Originalmente esta investigación comprendía un análisis de la figura posesoria que culminaba con un estudio de las acciones posesorias, sin embargo hemos preferido separar ambos temas para darles la atención que se merecen. N. del A.

(1) Las codificaciones han optado por definirla pura y llanamente, unas, en tanto que otras señalan sus principales rasgos. El *Código Civil Francés* (Art. 2228) la define como "la detentación o el goce de una cosa o de un derecho que tenemos o que ejercemos nosotros mismos, o por otra persona que la tiene o que la ejerce a nuestro nombre". El *Código Civil Italiano* (Art. 1140) establece que "la posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad que corresponde al ejercicio de la propiedad o de otro derecho real". El *Código Civil Suizo* (Art. 919) se limita a enunciar que "es poseedor de una cosa aquel que la detenta efectivamente en su poder". El *Código Español* (Art. 430) distingue la "posesión natural" que consiste en el poder de hecho sobre una cosa o en el disfrute de un derecho, de la "posesión civil" que será este mismo poder de hecho o disfrute de un derecho unido a la intención de tener la cosa o el derecho como propio. El *Código Civil Alemán* (R.F.A.) no contiene ninguna definición, pues se ha sostenido que la situación práctica más importante no es definir la posesión como tal sino determinar las condiciones para su adquisición, conservación o pérdida, que serán aplicadas al poseedor. En América Latina existen también bastantes definiciones que en definitiva son similares a las europeas. En Colombia se establece que "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en su lugar y a nombre de él" (Art. 762). El *Código Civil Chileno* establece que "la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en su lugar y a nombre de él" (Art. 700, que se diferencia del colombiano solo en la puntuación, aunque aquél es copia de éste). El *Código Civil Cubano* establece (Art. 430) que "la posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos" (copia casi literal del Español explicable en razones jurídico históricas). Nuestro *Código Civil* en su artículo 277 la define como "la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto de derecho". La doctrina es pródiga en definiciones. Para Collin y Capitant (*Curso Elemental de Derecho Civil*, Reus, 3, Ed. Madrid, 1952, II, II, p. 514-15) dicen que "la posesión es una relación de hecho entre una cosa y una persona, en virtud de la que esta persona, puede realizar sobre la cosa actos materiales de uso y de transformación, con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho real a que éste normalmente corresponde. . . En suma lo que se posee no es tanto una cosa como un derecho real sobre esa cosa. Poseer es ejercitar un derecho, ya nos pertenezca o no". Planio y Rippert (*Tratado Elemental del Derecho Civil*, Cajica, México, 1955, p. 67-68) la conceptúa como "un

la el bien a las limitaciones y a las iniciativas unilaterales del poseedor, es la facultad del titular de ejercer en el bien los actos materiales de uso, goce y transformación, en fin, de comportarse con ánimo de señor y dueño con las limitaciones que señala la Ley y el interés social; esta subordinación es de hecho, en contraposición a la de derecho, pues importa el poder físico frente al jurídico, sin que ello implique desconocer los efectos que produce, ya que es fuente de un verdadero derecho. Debe ser consciente: solo en la medida en que esté incorporado el "animus domini" los efectos posesorios tendrán plena validez. La posesión produce efectos jurídicos —aún cuando sea un hecho— que entran en la esfera jurídica del titular. La exclusividad es nota característica, toda vez que sobre un mismo objeto no es posible que más de una persona tenga el dominio absoluto, pudiendo desde luego ser total o parcial. El ejercicio ha de verificarse en los bienes, con lo cual soslayamos el problema conceptual inicial de distinguir entre la posesión ejercida en las cosas y la ejercida en los derechos. Finalmente, hemos distinguido al que actúa "como si fuera su titular" del que lo "es" en la relación material con la cosa o el ejercicio del derecho.

2. El término posesión para unos deriva de "possessio" que por su parte proviene de "sedere" y del prefijo "post", que significa sentarse, estar sentado; para otros deriva de "positio pedium" que es posición de pie; en todo caso coinciden ambos orígenes con el sinónimo germánico del primero "sitzen" y "be sitzen" que le da a la posesión un significado físico, material, de hecho (2).

3. La tutela de la posesión en el derecho antiguo constituye uno de los puntos oscuros del mismo ya que en el estudio de las fuentes griegas no se encuentra la distinción entre el "ius possessionis" y el "ius possidendi", que parece ser conquista romana. La defensa era normalmente ejercitada con la defensa del título que la legitima por lo que se deduce que el "ius possessionis" se encuentra incluido en el "ius possidendi" de ahí que en doctrina una tutela antigua de la posesión es implícitamente excluida o implícitamente admitida con mayores o menores limitaciones, según la extensión que se le dé al reconocimiento de parte del Estado al derecho de autodefensa consentido a los privados (3).

El Derecho Romano —que es donde se da el nacimiento y primera etapa de desarrollo de la posesión— entendió por "possessio" la situación de los privados que tenían el más amplio poder jurídicamente posible sobre fundos que no eran objeto de propiedad privada, que se ejercía en relación con las concesiones del "ager publicus" en diferentes formas: "ager occupatorius" que correspondía a la posesión de un terreno del Estado para cuyo disfrute era indispensable el pago de un canon, con la reserva del concedente de revocar en cualquier momento; el "ager quaestorius" que era adjudicado por el questor con el derecho de disfrutar del bien temporalmente con opción de adquirir la propiedad a través de venta; y el "ager vectigal" que se daba en relación con bienes del Estado, de un municipio o bien de una colonia, concedido —con carácter irrevocable— por un plazo de cinco años, contra el pago de un canon. La posesión

estado de hecho que consiste en detentar una cosa de manera exclusiva y en efectuar sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si uno fuera su propietario". Arturo Alessandri Rodríguez (*Derecho Civil de los Bienes*, Zamorano y Caperán, 2, Santiago, 1940, p. 138) la conceptúa así: "la posesión consiste en el apoderamiento de una cosa, en la materialidad de tenerla como si fuera propietario, ejecutando los actos de propietario". Para Eduardo Rodríguez Piñeres (*Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano*, La Luz, Bogotá, 1923) "la posesión es un estado de hecho que consiste en tener un bien exclusivamente y de manera real o simbólica, con ánimo de señor y dueño". Federico Puig Peña (*Compendio de Derecho Civil Español*, Aranzadi, 2, Pamplona, 1972, p. 446) entiende la posesión como "una situación jurídicamente tutelada por cuya virtud una persona obtiene una cosa o ejercita un derecho, de tal forma que, actúa sobre los mismos como si fuera su titular verdadero". Don Alberto Brenes Córdoba (*Tratado de los Bienes*, Editorial Costa Rica, San José, 1963, p. 34) como "la tenencia de una cosa bajo el poder y voluntad de una persona, o el goce de un derecho".

La *Jurisprudencia Patria* ha declarado que "la posesión es el estado de hecho que consiste en retener una cosa de modo exclusivo y en realizar en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que si fuera propietario. . . Es el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida de modo perpetuo y exclusivo a la acción y a la voluntad de una persona" (Sent. Cas. No. 97 de 15:15 hrs. del 21 de agosto de 1968, Ordinario A.M.M. contra J.M.G.C. y otros. Juzgado Civil de Santa Cruz).

- (2) Bonfante afirma que en las fuentes romanas no se relaciona la expresión posesión con ese significado material, sino más bien con un significado jurídico de poder, señorío, dominación. Cfr. Bonfante, P. *Instituciones de Derecho Romano*, (Reus, Madrid, 1929). p. 352-53. —Para un análisis más amplio— a JARAMILLO VELEZ, L. *La posesión en el Derecho Romano* (Revista de Estudios de Derecho, Medellín, 1958).
- (3) Las teorías de mayor relevancia sostenidas son: la *Teoría de Lipsius* según la cual la protección posesoria existió como una acción ejecutiva que corresponde a la "actio iudicati" romana; la *Teoría de Rabel* que sostiene que el Estado no admitió el principio de autodefensa irrestricto, sino que lo disciplinó como medio legítimo, pudiendo ejercerse solo en casos previamente determinados o cuando hubiere resistencia; y la *Teoría de Paoli* que siguiendo un criterio formal admite la existencia de la tutela posesoria en los casos de despojo y violencia. Cfr. Paoli, E. En voz "Possesso. Diritto Greco" *Novissimo Digesto Italiano* (UTET, Torino, 1966) XIII, p. 322-23.

romana no se puede estudiar desde un ángulo unitario pues comprende una serie de situaciones totalmente heterogéneas que van desde la simple detentación hasta aquellas formas que tenían la "actiones in rem", que se perfilaron como propiedad. No obstante los elementos comunes de las diversas situaciones de la "possessio" hay diferencias en estructura y efectos jurídicos. Se conocieron en la época clásica la "possessio naturalis" también llamada "possessio corpore" que es la simple detentación (el elemento material que constituye la base de toda posesión), la cual no tuvo ninguna protección jurídica no obstante que constituye el fundamento de las otras relaciones de posesión tuteladas por la ley; la "possessio" (sin ningún adjetivo) constituye una relación de hecho que se establece con la detentación acompañada de la voluntad de tener la cosa para sí, es la categoría más importante porque es la "possessio" por antonomasia, constituida por la "possessio naturalis" o "possessio corpore" (detentación) más el elemento subjetivo llamado "animus rem sibi habendi", a favor de la cual el pretor estableció la protección de los interdictos, conociéndose por esto como "possessio ad interdicta"; y la "possessio civilis" que es la misma posesión anterior pero adquirida con "iusta causa" bajo una relación considerada idónea por el derecho civil con la que se transfiere el "dominium" (4). El Derecho Romano distingue la propiedad de la posesión: la propiedad es una esfera de poderes que el derecho atribuye donde le son reconocidos ciertos presupuestos, mientras que la posesión no consta de poderes jurídicamente aceptados pero sí efectivamente ejercitables, por lo que no se adquiere en base a presupuestos reconocidos por el derecho, sino con la actuación material (efectiva) de su contenido (5).

El Derecho Intermedio no sigue el patrón elaborado por los romanos. El Derecho Germánico no distinguió la "possessio" del "ius possidendi" ni del "dominium" porque las condiciones socio-económicas no lo permitirían; en este derecho se

habló de la "Gewere" (en traducción de la lengua latina quiere decir vestiduras o investiduras), que indicaba un hecho material (nunca un concepto jurídico-ideal), que encontró tutela jurídica con el título legítimo: el detentador demostraba con solo el juramento en tanto que el reclamante debía probar el fundamento de su demanda. El Derecho Feudal siguió el espíritu germánico que lo informaba, teniendo amplia difusión en el sistema de las investiduras hasta llegar a la teoría del "dominium utile" y del "dominium directum", con el objeto de no exigir el "animus possidendi" y de no hacer distinción entre acciones posesorias y petitorias, pues la influencia germánica no es sólo jurídica sino que lo es también social y económicamente, exigiendo desde ahora solo la intención de goce. Los glosadores aceptaron la "possessio" como una "res facti" debiendo llevar a la base de su teoría la distinción de la "possessio naturalis" con la "civilis", (para admitir luego dos clases de posesión sobre la misma cosa), viendo en esta última la del señor o la del concede en precario, y en la "naturalis" la del vasallo y la del precarista. El Derecho Canónico no encontró obstáculos a la concepción de los glosadores —porque la vio en beneficio de los oficios eclesiásticos—, y al conceptualizar la posesión como la del que de hecho ejercita un derecho o entiende ejercitarlo, ampliaron la institución a posesión de padre, de hijo, de cónyuge; siendo sin embargo su mayor aporte en cuanto exigió la buena fe continuada. Los postglosadores ante el amplísimo material que tenían procedieron a separar la simple detentación —a la hora de hacer la distinción entre la "possessio civilis" y la "naturalis"— del campo jurídico, pues se vio a la "naturalis" como una "civilis utilis". La Codificación no logra desgraciadamente aclarar la situación del instituto por lo que el Code Napoléon define (Art. 2228 cit.) la posesión casi en los mismos términos en que se desarrolló en el Derecho intermedio por lo que podríamos acusar un vacío científico jurídico de la línea de pensamiento que inspira el código.

-
- (4) Biondi, B. *Istituzioni di Diritto Romano* (Giuffrè, 3, Milano, 1956), p. 311-13. Cfr. en este mismo sentido un interesante análisis de las fuentes que hace Doveri, A. *Istituzioni di Diritto Romano*, (Le Monnier, Firenze, 1866), II, p. 411-15; y Bonfante (*Instituciones*, ... *supra* nota 2, p. 357-58) quien solamente distingue entre "possessio naturalis" y "possessio civilis" (como en el Derecho Intermedio) y para quien la segunda categoría de "possessio" es el "oscurecimiento del concepto de posesión".
- (5) La distinción puede satisfacer en un sentido formal pero en la práctica no tiene valor si no es como directiva, pues debe intervenir una específica valoración para distinguir el ejercicio de la posesión del que no lo es. Para un amplio análisis de la figura posesoria en el Derecho Romano en general, y en particular sobre las soluciones fácticas que ocasiona la calificación del hecho Cfr. Cannata, C.A. voz "Possesso. Diritto Romano" en *supra* nota 3, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 323-30.

Debido a esta incertidumbre conceptual, a la ausencia de cientificidad en la figura es que Savigny en 1803 (en su obra *Das Recht des Besitzes*) pretende encontrar la originaria concepción romana (6).

4. La discusión en torno a la naturaleza jurídica de la posesión —hecho o derecho?— es tan antigua como el instituto mismo. En el Derecho Romano se encuentran delineadas las divergencias pues gran cantidad de normas lo refieren como si se tratase de un hecho, mientras otras tantas toman el criterio opuesto (7). Las concepciones doctrinarias no escapan a la contradictoriedad y al igual que los antiguos, los modernos toman posición en uno u otro sentido (8). Todo el trabajo realizado para encontrar la solución al problema no ha encontrado una verdad indiscutible, antes bien, como sucede en las batallas jurídicas por encontrar la naturaleza, definición o principios de un instituto —cuando no de una rama del Derecho— lo que queda es la confusión y el desorden, haciendo que el conocimiento claro y específico se haga cada día más huido (9), lo que desgraciadamente influye en las codificaciones (10).

Merece destacarse, eso sí, dos teorías elaboradas a finales del siglo pasado y principios del

presente en torno a las cuales se esclareció bastante el instituto, al tiempo que permitió a los juristas modernos optar por continuar en la discusión, considerarla carente de importancia, o bien incorporar nuevos elementos que hicieran luz. Las teorías son producto de la discusión Savigny-Ihering, clásica en este tema, en la que el primero sostuvo una tesis subjetiva y el último la objetiva, conociéndose con esos adjetivos las respectivas teorías.

Federico Carlos de Savigny parte de la idea romana de que la posesión se adquiere mediante la conjunción de dos elementos: el "corpus" y el "animus". Para que exista la posesión no basta detentar la cosa, sino que se hace necesario el querer detentarla, no es la simple aprehensión material de la cosa ni menos querer esa aprehensión, se requiere que se verifique en cierta forma determinada. Solo puede ser reconocido poseedor el que se comporta como propietario de la cosa que detenta, que decide sobre la cosa en la misma forma que el propietario porque éste está facultado a ejercerla y se niega a reconocer en un tercero el mejor derecho. Esta distinción se hace porque el "animus possidendi", que consiste en la intención de ejercer la propiedad, puede emplearse tanto para el propietario que ejerce su posesión, como aquél que la ejerce a nombre de otro. El concepto de la posesión exige solo el "animus domini" —que

-
- (6) Un amplio análisis de la posesión en el Derecho Intermedio se puede verificar en Barassi, L. *Diritti Reali e Possesso* (Giuffrè, Milano, 1952) II, p. 34-62; Besta *I diritti nelle cose* (Cedam, Padova, 1933) p. 76; Schuper, F. *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia* (Città di Castello, 1907) Vol. II; Barni, G. voz "Possesso, Diritto Intermedio" en *supra* nota 3, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 330-33.
- (7) En el estudio de las fuentes romanas se encuentra la posesión como un hecho contrapuesto al derecho en las máximas "res facti non iuris est", "est facti", "res facti", "de captivis et de postliminio". Mientras que una serie de leyes lo consideran explícitamente como un derecho "possessionis ius", "possessionis iura", "plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet"; los jurisconsultos siguen tesis similares: Papiniano dice: "possessio autem plurimi facti habet". Existieron tesis que la concibieron como un hecho y un derecho a la vez: Paolo que por una parte decía "possessio rem facti non iuris est" afirmaba también que "Qualiscunque possessor hoc ipso quod possessor est plus iuris habet quam ille qui non possidet"; y Ulpiano que después de haber reconocido en el pupilo la posibilidad de perder la posesión (porque es de hecho), habla del "ius possessionis" y define el tener así: "habere eum dicimus qui utitur et iure possessionis fruitur". El presente análisis de las fuentes se encuentra en Finzi, E. *Il possesso dei diritti* (Giuffrè, Milano, 1968) p. 24-25.
- (8) Los glosadores Teófilo, Attalata, Stefano, Brachilogo, Rogerio, Placentino y Accursio entendieron la posesión como un hecho; los postglosadores que la ven aparentemente como un hecho son Dino, Alciato, Menochio, Connano, Fabro, Pothier, Pichardo, Barbosa, y como derecho Bartolo, Baldo, Gifanio, Bacovio, Grozio, Merenda y Truamino. Entre los modernos encontramos una cantidad indescriptible de autores por una y otra teoría, baste citar que según la corriente que funda la posesión en un derecho subjetivo nace en Alemania (Ihering, Cosach, Enneccerus, Gieke, Von Thur), que continúa en Francia (Aujay), Italia (Cesareo Consolo, De Ruggiero, Fadda, Maroi, Ferrara, Messineo), y España (Manresa, Sacevola, Falcon, Sánchez Román, De Diego, Casso, Pérez González, Castán); y como un hecho que es un derecho a la vez la corriente elaborada por Savigny en Alemania y seguida por los franceses casi en general entre los que destacan Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Trisier, Planiol y Rippert, los italianos Mattiolo, Cogliolo, Ruggieri, Patriarca, Bonfante, Germano, y los alemanes Marezoll, Huscheke, Ardnts.
- (9) Finzi, *supra* nota 7, p. 32, señala "Todo este enorme trabajo intelectual aplicado a la solución del problema, ha estado en gran parte desperdiciado. Desperdiciado no solo desde el punto de vista empírico, por la poca o ninguna importancia práctica que hubiere tenido la solución, sino también y más desde el punto de vista novedoso y puro del conocimiento, del logro definitivo de una verdad inconfundible. Desperdiciado necesariamente porque regresa a la solución de un problema que no es un problema o que al menos siéndolo, no es puesto con más precisión o con mayor claridad.
- (10) Nuestra codificación se refiere a la posesión como "facultad", como "un hecho" (Arts. 279, inc. 2, 281, 284, 307, 318, 354, 357, 358, 360, del C.C. y los arts. 660, 661 y 690 del C.P.C.), en otras parece referirse a la misma como un "derecho" (arts. 277, 278, 279, 280, 284, 353, 354 y 360 del C.C.), y en otras parece asumir una doble posición (arts. 279 inc. 2, 281, 284, 353, 356 y 360 del C.C.).

es el recurso científico que usa Savigny para la defensa de su tesis—, el cual se puede entender como la intención de hacer con la cosa aquello que podría legalmente hacer su propietario, sin reconocer en otro ese carácter. El “animus domini” ha de existir en todos los casos en que exista posesión, y donde exista un caso dudoso se debe optar —por la vía de presunción— que solo la demostración en contrario es motivo para aceptar su inexistencia. Del análisis de la concepción savigniana la pregunta que cabe es por qué se le llama subjetiva? Lo que sucede es que se consideran dos elementos de la posesión indispensables para que ésta exista: el “corpus” y el “animus”, con el mayor énfasis sobre el elemento volitivo que debe estar en el sujeto que la ejerce, existe el “corpus” pero con la limitación del “animus” pues la simple presencia de la cosa, el simple hecho de poseer no permite la configuración del instituto; e incluso el “corpus” debe tener un mínimo de voluntad, de discernimiento, con lo que parece trasladar caracteres de un elemento al otro, pero esto se debe a la inclinación de dar preponderancia al aspecto volitivo sobre el físico (11). La teoría subjetiva hace distinción entre la posesión originaria y la derivada. El Derecho Romano dio protección a una serie de detentadores que no podían tener “animus domini” porque reconocían la propiedad existente en otra persona, tales son los casos del enfiteuta (arrendatario vitalicio), del acreedor prendario (que tiene la cosa en garantía de crédito), el secuestrario (depositario de la cosa embargada), y el precarista (ocupante de una parcela del “ager publicus”, por voluntad del Estado, pero con la obligación de devolverla cuando fuere requerido para ello) donde encontramos la protección posesoria al detentador en los dos primeros casos, en los dos últimos unas veces sí y otras no, mientras que el locatario, comodatario, depositario, carecían totalmente de dicha protección. Ante casos concretos Savigny considera que existen anomalías, distinguiendo entre posesión originaria la que no las

tenía, y derivada la que se encontraba en el caso anómalo, escogiendo la terminología a los efectos de destacar la violenta desviación de los principios normales, desviación que consiste en que la posesión le es sustraída por su propia voluntad a aquél que normalmente debería tenerla, para dársela a otra; por esta concepción se explica el caso del acreedor y el secuestrario, pero ninguno otro más, por lo que el autor remite al estudioso al carácter que le dé la ley.

Rudolf von Ihering es el autor de la teoría objetiva de la posesión. Tiene un fundamento práctico-jurídico, específicamente en lo que respecta a la prueba —ocasionando problemas en el Derecho Alemán de la época que había elaborado grandes y voluminosos catálogos con toda clase de actos posesorios—, pues niega el carácter que pudiera tener cualquier intento probatorio sobre el “animus domini” o el “animus possidendi” que son estados psicológicos del sujeto que no se pueden reflejar en el mundo exterior (12). Rechaza la posición savigniana y busca un criterio objetivo y finalista que estuviere acorde con su posición respecto al Derecho: el corpus no consiste en el poder físico sobre la cosa, sino en la relación de exterioridad que le da a la propiedad, la relación exterior que vincula al titular con la cosa, entendiendo por exterioridad del dominio “*el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Ese estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente: para las unas se confunde con la detención o “possessio ficta” de las cosas; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus mieses en pleno campo; el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc., todo el mundo los encierra en su casa*” (13), pues “*en efecto la seguridad de la posesión no descansa solo en el elemento físico, es decir en las*

(11) La labor de Savigny fue fundamentalmente la de hacer un estudio profundo de las fuentes romanas, traduciendo e interpretando con uso de estudios lingüísticos el verdadero alcance y valor de la normativa y las máximas existentes en aquel tiempo. A la primera edición de su *Das Recht des Besitzes* continuaron otras por las cuales el autor aclara objeciones e incluso modifica su pensamiento, con la intención de elaborar una teoría coherente y fiel a la concepción romana. Citar los textos daría una idea panorámica de la evolución conceptual pero ello traería confusión en vez de colaborar a esclarecer el asunto.

(12) Irónicamente Ihering dice: “Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento; y qué juramento! Un juramento sobre un estado del alma. Y qué estado del alma! Imagínese un aldeano llamado a prestar juramento sobre el “animus domini”, que los grandes juristas no han llegado a comprender”. En *La voluntad en la posesión* (Posada, Trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1910), p. 159.

(13) Ihering, R. *El fundamento de la Protección Posesoria* (Posada, Trad. Adolfo Posada, Madrid, 1912) p. 180.

medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral o jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirados por el sentido jurídico o por la Ley" (14). Así pues, el concepto del corpus se puede perfectamente reducir a un sencillo problema de sentido común, de lógica apreciación en cada caso, viendo el destino económico que siguen las cosas, sin necesidad de aplicar criterios rígidos. La conducta exterior para reflejar el corpus no difiere en el dueño, el locatario, el arrendatario, el comodatario, el usurpador o el ladrón, motivo por el cual para brindar la protección posesoria a que se refiere la ley, es conveniente conocer la situación jurídica de fondo; si se pudiese determinar el carácter con que tiene la cosa cada quien, se vería que solo hay tenencia y no es necesaria la protección posesoria (aunque se podría efectuar si así lo dispusiese el legislador), pero hay que presumir la posesión si existe el "corpus", salvo una causa excluyente o cuando se determina que el que se dice poseedor es tan solo un representante o dependiente del verdadero poseedor de la cosa (15).

La polémica Savigny-Ihering tiene todo un contexto que no se refiere precisamente a la distinción jurídico dogmática de un instituto. Peor aún, no se da en un plano de igualdad pues a la época

en que Ihering escribía ya Savigny estaba muerto y la mal llamada polémica en realidad fue unilateral. Decimos que existe un trasfondo porque Savigny fue propulsor de la Escuela Histórica, sostenedora que el derecho no es obra del legislador sino que brota de las capas profundas del pueblo (sostenida en su escrito "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia"), en tanto que Ihering vuelve a la problemática del iusnaturalismo, y vuelve a agitar todo aquello que la Escuela Histórica había eliminado de la conciencia jurídica: la política del derecho, la reforma del derecho, los fines del derecho, el derecho comparado, los principios fundamentales del Derecho, y en el periodo conceptual de su pensamiento reconoce que toda construcción jurídica debe estar al servicio de la vida y llenar sus exigencias, sostiene que el derecho es obra de la voluntad, de la lucha y tensiones que se suscitan entre los hombres y que defienden intereses contradictorios, este proceso no es inconsciente ni espontáneo del acontecer histórico como lo creía Savigny, sino creación de voluntades y acciones concretas, de individuos o grupos de individuos con intereses determinados.

El gran mérito de Savigny es el aporte científico de encontrar la autonomía institucional de la posesión a través de los interdictos (16), y haber

(14) *Ibid.*, p. 181.

(15) Ihering hace una formulación algebraica según la cual se determina la posesión y la tenencia en su concepción y en la de Savigny, con lo cual también pretende dar solución a las "anomalías" que tanto perturbaban a éste. La simbología y estructura es la siguiente:

x = posesión
y = tenencia
c = mera relación de hecho
a = el mínimo de voluntad necesaria para tener la cosa
A = animus rem sibi habendi
n = disposición que niega la protección posesoria

la teoría subjetiva se grafica así:

$x = c + a + A$

$y = c + a$

y la de Ihering así:

$x = c + a$

$y = c + a - n$

Cfr. la exposición de Allende, G. *La posesión* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959) p. 11.

De estas fórmulas se puede concluir que según la idea de Ihering lo que para él es la posesión para Savigny es la tenencia. Empero, no debemos llamarnos a engaño en las situaciones que de estas fórmulas puedan derivarse, pues para llegar a ellas Ihering dio significado a los términos que quizá Savigny nunca le hubiera dado, y por las leves diferencias entre un término y otro nunca podría alcanzar una validez absoluta.

(16) Hernández Gil, A. al respecto nos dice: "La aportación culminante de Savigny consiste en haber reducido la posesión a un mínimo básico, dotado de autonomía respecto de la propiedad. Al cabo de un proceso de siglos que había desembocado en presentar la posesión, bien como ingrediente o en función de la propiedad, bien como la imagen exterior de los derechos posibles. Lo primero era fruto principalmente de la doctrina romanista; lo segundo, resultado del influjo de la "Gewere" y de la extensión con que el ordenamiento canónico dispensaba la tutela posesoria. Por un camino la posesión venía absorbida por la propiedad; su cometido consistía en hallarse al servicio de ésta. El rígido y agotador individualismo de la propiedad como expresión de la libertad de dominación traía también hacia sí a la posesión. El fundamento de ésta se hacía descansar generalmente en ser probabilidad, germen de la propiedad o consecuencia. Por el camino de la extensión a todos los derechos ganaba una amplitud nebulosa. El iusnaturalismo racionalista, de otro lado, singularmente el formulador de la doctrina del pacto social, venía a convertir la posesión en etapa: del imperio de la fuerza y del derecho del primer ocupante se pasa a la propiedad, legitimadora plena del poder sobre las cosas.

Al inquirir el significado autónomo de la posesión, Savigny no desconoce que puede presentarse como emanación del derecho de propiedad ("ius possidendi"). Lo que afirma es la existencia además de unos derechos estricta y exclusivamente derivados de la posesión ("ius possessionis"). Solo el "ius possessionis" forma parte de la teoría

hecho un análisis fiel de las fuentes romanas, transportando a su época una sistematización teórica inexistente. No obstante esto, su teoría fue sometida a duras críticas, al punto que el mismo Savigny debió conciliar sus tesis en el caso de las anomalías, creando la posesión derivada para dar explicación a los casos en que no se presentaba el "animus domini", con la desdicha de no haber cubierto con este ajuste todos los casos que pretendió explicar. La crítica a su teoría está en que Savigny estudió los casos de excepción que hoy carecen de la importancia práctica y teórica que tuvieron para él. La más dura crítica, sin embargo, fue la elaborada por Ihering (en sus obras "El fundamento de la protección posesoria" y "La voluntad de la posesión"), por la cual se pretendió regresar a la vertebral concepción propietaria.

La tesis de Ihering se aprecia en la medida que se comprenda la de Savigny, pues pende de ésta en lo fundamental. La concepción objetiva no entra al fondo del análisis posesorio como lo hizo Savigny, sino que concentra su atención en la tutela de la posesión —que fue comentada tangencialmente por aquél— encontrándose el fundamento central de su tesis en la defensa de la concepción propietaria, de la cual debía depender la posesión —al igual que los otros derechos—, sin justificar cualquier concepción autonomista. Su teoría no escapa a las contradicciones. Después de avalar la tesis de la prioridad de la posesión, llega a establecer que el postulado de que la posesión sin la propiedad no tiene sentido. Se encuentra cierta incerteza en

cuanto al uso de los términos, al punto que pierde la nítida distinción de Savigny entre el "ius possessionis" y el "ius possidendi". El hacer depender la posesión de la propiedad se debe no a razones de alto contenido doctrinario, sino, a dificultades de orden probatorio. Finalmente conviene indicar que la diferencia Savigniana entre tenencia y posesión, basado en la voluntad, la soslaya Ihering al afirmar que ve en tal distinción solo razones prácticas: una la protege el ordenamiento jurídico y la otra no.

La evaluación de la polémica con las críticas que se le pueden hacer dependen enteramente del estudioso que quiera tomar partido (17), quien no, la ha de conocer como una discusión jurídica interesante.

Las tesis sostenidas con posterioridad —cuando han sido emitidas, porque la doctrina por lo general ha optado por soslayar este problema—, han encontrado la presencia de un interés legítimo (18), no un hecho porque el hecho no se adquiere, no se modifica, no perece, y no es considerado como un derecho subjetivo porque siempre es un derecho que se da respecto al titular efectivo del mismo. Carnelutti, por el contrario, ve un derecho de acción (19) pues el poseedor tiene solamente el derecho procesal a que el juez provea sobre la demanda dirigida a aceptar que él tiene la posesión. Los hay también que hablan de la posesión como un hecho, pero los términos utilizados son bastante diferentes: estado de hecho (20), situación de hecho o hecho jurídico (21), y hay quienes

posesoria propiamente dicha. La posesión ocupa una posición equidistante de la propiedad y de la mera tenencia. De la primera se diferencia en igual medida que se contraponen el hecho y el derecho; en cuanto a la segunda, la distinción radica en producir o no efectos jurídicos. . . Savigny dota de autonomía a la posesión sobre la base de la tutela interdictal. El que los interdictos vengan atribuidos a toda posesión y no solo a la que conduce a la usucapción le sirve especialmente para alejar aquella de la propiedad. Y, correlativamente, la falta de tutela interdictal le conduce a oponerse a la equiparación entre posesión y ejercicio de los derechos. En *La función social de la posesión* (Alianza Editorial, Madrid, 1969) p. 16-19.

- (17) "Un balance final de las concepciones examinadas arroja que en tanto para Savigny la posesión es una institución estructuralmente independiente de la propiedad, que, sin embargo, requiere en el poseedor un "animus domini", para Ihering se presenta siempre como dependiente de la propiedad, si bien no requiere ninguna actitud anímica cualificada. El gran paso que podría representar para la autonomía de la posesión y para la apreciación de su existencia eliminar ese elemento intencional tiene como contrapartida establecer de lleno la posesión en la órbita de la propiedad. El "animus domini" no lo combate Ihering por lo que hay en él de su sustancia dominical, sino por la recóndita interioridad en que se alberga. Reemplaza el dato psicológico por el presupuesto sociológico. Efectúa la eliminación de aquel a expensas de profundizar la raíz de la posesión en las estructuras dominicales. En vez de elejamiento hay acercamiento. "El realismo y la practicidad que indudablemente persigue Ihering se traducen en silenciar las motivaciones voluntarias de la posesión. Carecen de un alcance más amplio. Por eso ocurre que quien hoy se plantee el problema de inquirir la función social de la posesión, como institución correctora de la propiedad, encuentra un punto de partida más útil en el formalista Savigny que en el realista Ihering. Aquél colocando la posesión al servicio de la persona y en misión de paz se aproxima más al mundo de las realidades sociales que Ihering, el cual, colocando sobre la persona la envoltura del propietario, piensa no tanto en una mejor ordenada convivencia cuando en la más cómoda y segura defensa del dominio. En Ihering, desde el punto de vista de la preocupación social, solo se encuentra su apuntada disconformidad con el sistema romano de la propiedad. Esto permite suponer que no compartía el designio individualista. Pero cuál fuera su pensamiento social respecto de la posesión, queda en el enigma". En Hernández Gil, *Ibid.*, p. 32-33.

- (18) Zanobini. "Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato" en *Studi per Ferrara*, 1943, II, p. 707.

- (19) Carnelutti, F. *Sistema del diritto processuale civile* (Cedam, Padova, 1938) I, No. 1.

- (20) Milone. *Il possesso delle cose e dei diritti* (Napoli, 1912) cit. por Protetti, en *infra* nota 22, p. 37.

- (21) Trabucchi, A. *Istituzioni di Diritto Civile* (Cedam, 21 Ed., Padova, 1975) p. 432 ss.; Barassi, L. *supra* nota 6.

utilizan los términos indiferentemente sin seguir una definición previa.

5. Tradicionalmente se han mencionado el "corpus" y el "animus" como los elementos de la estructura posesoria. El "corpus" es el elemento material que lleva implícito el bien en sí: el objeto de la posesión y el poder que sobre el mismo se ejerce, que se traduce en la posibilidad de comportarse con el bien como si fuera su dueño. El "animus" es el elemento volitivo, psicológico, anímico, es la intención o voluntad de ejercer los actos materiales y conducirse como dueño del hecho que ostenta como derecho real. Seguir esta concepción —a nuestro juicio— es incorrecto porque no agota la estructura de la posesión, mucho más rica y compleja de lo que refleja ese binomio. Los elementos de la posesión son el sujeto o poseedor, el objeto o bien, y las relaciones del sujeto respecto al bien (22). En lo referente al poseedor debemos establecer los requisitos (capacidad y legitimidad) y su relevancia en la relación. En cuanto al objeto, deben estudiarse los bienes en que la relación posesoria es idónea. La relación entre el sujeto y el bien debe analizarse en el contenido específico de la relación posesoria, que es formal cuando el titular la ejerce e impropia cuando se ejerce a través de otro.

6. Sujetos de la relación jurídica posesoria pueden ser las personas físicas y las personas jurídicas.

Todos los sujetos jurídicamente capaces pueden poseer. Para la posesión formal se requiere la capacidad de ejercicio (porque los incapaces de comprender o querer no pueden ser titulares, v.gr. el "infans" o el "furiosus" que lo hacen a través de representante). En la posesión impropia se da una relación jurídica entre representante y representado, donde solo el que tenga capacidad jurídica puede representar, entrando aquí todos aquellos casos que se ejercen a nombre de otro —bien sea por delegación o por incapacidad del titular—, y todos los de los órganos que actúan a nombre de la persona jurídica.

Siendo capaz el sujeto para poseer, pueden existir impedimentos relativos a su cualidad: legitimación. Es constitutiva cuando existe la derogatoria al principio de la capacidad, como en el caso de las servidumbres (art. 308) en que no puede adquirirse si no es al servicio de otro fundo, por lo que, debe tenerse la legitimación de ser el propietario o poseedor del fundo dominante. Legitimación modificativa, cuando la legitimación no es requisito para la posesión formal, tal es el caso del usufructuario, comodatario, representante, que pueden ejercer las acciones posesorias, pero en ellos falta el "animus". Legitimación impeditiva, que es el caso de los trabajadores asalariados a quienes se les ha negado siempre la facultad de ejercer las defensas posesorias.

En sede del sujeto posesorio, Italia desarrolla el concurso en la posesión, que se conoce en un doble sentido: convergencia de poseedores, cuando varios sujetos, cada quien por su cuenta, ejercitan la posesión sobre el mismo bien; y, coposesión, cuando varios sujetos, de acuerdo entre ellos, posean el mismo bien, sin que el goce de uno influya en el de los demás. (23).

La jurisprudencia italiana ha distinguido el tratamiento que se debe dar, según sea una persona jurídica, o una asociación o una sociedad sin personería jurídica. En cuanto a la persona jurídica es el órgano que posee a nombre de ella. En la asociación o sociedad sin personería éstas no tienen órganos jurídicamente relevantes, ni jurídicamente ejercen la voluntad de aquella, por lo que se ha establecido que existe una situación de coposesión o de detentación, así como hay comunión de derechos (24).

7. Objeto de la posesión es un bien, o sea aquella porción del mundo material que se encuentra físicamente delimitada, bajo el control del hombre, para cumplir un fin determinado. En sentido jurídico, en su más amplia expresión viene a colocarse en la esfera del objeto del derecho (como ordenamiento y norma) y en su noción restringida, de

(22) En este sentido Protetti, E. *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria* (Giuffrè, 4a. Ed., Milano, 1974); Gentile, F.S. *Possesso e azioni possessorie* (Jovene, Napoli, 1974); y Montel, A. *Il possesso* (Trat. Vassalli, Utet, 2a. Ed., Torino, 1962).

(23) Los autores que comentan este aspecto, desconocido prácticamente con ese tratamiento doctrinario en nuestro país, son muchos, baste citar a Gentile y Montel, que referimos en la nota anterior.

(24) Un amplio análisis del caso con comentarios jurisprudenciales se pueden consultar en Montel, A. "I soggetti del rapporto possessorio" en *Giurisprudenza agraria italiana* (Ramo, Roma, 1966) Año XIII, p. 71-79, 71-73.

objeto de una situación subjetiva (como derecho subjetivo) (25).

La doctrina tradicional ha establecido que todos los bienes son susceptibles de posesión, indicando las salvedades. Lo correcto es decir que no todos los bienes son susceptibles de posesión. No lo son los "bienes fuera de comercio"; los bienes inmateriales —con los que existe discusión—; las cosas inseparables: partes no separadas de cosas compuestas; la posesión del agua que fluye o la de la energía eléctrica; la posesión de "status"; e incluso, la posesión del subsuelo y el espacio de la misma propiedad que por razones de utilidad pública se han vedado.

La noción de bienes fuera de comercio proviene de la distinción del Derecho Romano entre "res in commercium" y "res extra commercium". Para Biondi la *"cosa fuera de comercio es aquella que está fuera del círculo de las relaciones patrimoniales privadas"* (26): comprende la "res publicae" que tiene como titular al "populus", o sea al Estado, y "res universitatis" respecto a los entes públicos menores, en cuanto a los bienes públicos; y, todas aquellas otras que habitualmente se comprenden fuera del comercio: las cosas comunes ("res communes omnium") como el aire, la luz, el calor del sol, pues por su inagotabilidad no tiene sentido plantear el problema de la subjetividad jurídica; las "divini iuris", dentro de las cuales se encuentran aquellas "res sanctae" (como las murallas y las puertas de la ciudad); las "ius divinum", como el sepulcro (que en nuestro país se refiere

con el delito de "profanación de cementerios y cadáveres" del art. 207 del C.P.); el cadáver (salvo que se utilice para fines científicos o didácticos —Biondi usa el criterio opuesto—); y el hombre como tal, que es sujeto y nunca objeto de comercio (27) (28).

Los bienes inmateriales tradicionalmente han sido considerados no idóneos como objetos de la posesión. El Derecho Romano estableció que solo se podrían poseer los bienes corporales: "possideri autem possunt quae sunt corporalia", admitiéndose en cuanto a los incorpóreos una "quasi possessio" (29). Hoy la antigua distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos se encuentra superada (30). Nuestro país desde hace mucho había tomado la delantera —jurisprudencialmente hablando (31)— al eliminar la distinción.

No puede ejercerse tampoco posesión sobre las partes no separables de las cosas compuestas, pues la prescripción adquisitiva sobre una parte no haría prescribir la del todo que no se ha poseído: la posesión parcialmente ejercida no reputa la del todo.

Carácter particular tiene la posesión del agua que fluye, pues *"el agua que corre, y en cuanto corre, no es nunca la de antes, y puesto que, por otra parte, no por eso se podría negar la consistencia del derecho sobre ella y la posesión de ella, es necesario considerar que la posesión de agua que fluye está constituida por la circunstancia de que el sujeto recibe una cantidad constante e invariable de agua, aunque esta agua cambie continuamente"*

- (25) Sobre tema tan sugestivo como es el de la delimitación conceptual de la figura "bien", confróntese la sistematización hecha por Pugliatti, S. en voz "Beni" en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1959) V, p. 164 y ss., y de nuestro artículo 253 del Código Civil.
- (26) Y agrega "Fuera de comercio no quiere decir, como a veces se afirma, fuera del ordenamiento jurídico, ya que las cosas a las que se da tal calificación están en el ámbito del Derecho; están sin embargo sujetas a un particular régimen jurídico, que esencialmente y en su función no corresponde al privado, si bien se modela sobre él". En: Biondi, B. *Los bienes* (Bosch, Trad. de la 2a. Ed. It., Barcelona, 1961) p. 263.
- (27) *Ibid.*, p. 262-73.
- (28) Anotaciones doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales sobre los bienes de dominio público se encuentran en la nota No. 18 de don Rogelio Sotela a p. 13-14 de Brenes Córdoba, A. *Tratado de los Bienes* (Editorial Costa Rica, San José, 1963). Cfr. recientes publicaciones que analizan el tema: Cassese, S. *I Beni Pubblici* (Giuffrè, Milano, 1969), Cammarano, G. *Saggio sulla pubblicità del beni pubblici* (Cedam, Padova, 1972), y, Sandulli, A.M. voz "Beni pubblici" en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1959) V, p. 277-300.
- (29) Peña-Herrera, V.M. *La posesión* (Editorial Universitaria, Ecuador, 1965) p. 36-37.
- (30) Protetti dice que "cuando afirmo de poseer a título de propiedad, no poseo el derecho de propiedad, sino el bien objeto del derecho; cuando poseo a título de servidumbre, no poseo el derecho de servidumbre, sino el bien objeto del derecho de servidumbre. Por tanto la posesión "uti dominus" se distingue de la posesión "uti servitutis" o "uti fructuarius" por la extensión del contenido del poder de hecho sobre el bien, y por la simultaneidad en este último de más posesiones a contenido diverso", en *supra* nota 22, p. 42, donde cita la sentencia de casación de 21 de octubre de 1971, No. 2968, en *Giurisprudenza italiana*, 1972, I, 1, p. 694. Cfr. igualmente Finzi, E., *supra* nota 7, Montel, A. *supra* nota 22, y Voltaggio, L., *I beni immateriali* (Giuffrè, Milano, 1962).
- (31) Don Alberto Brenes Córdoba seguidor de la antigua concepción crítica la jurisprudencia: "En rigor, solo las cosas corporales debieran ser objeto de posesión, porque son las únicas en que pueden ejercerse actos materiales; mas en jurisprudencia se consideran también susceptibles de posesión los derechos o bienes incorpóreos. Poseer un derecho es estar en el goce de él o en posibilidad legal de ejercitarlo", *supra* nota 28, p. 35.

(32). Igual situación ocupa la posesión de la energía eléctrica.

La llamada posesión de "status" no se refiere precisamente a la figura posesoria. No se trata de la posesión de un hecho o un derecho, es un medio de prueba.

Si la antigua concepción estableció el derecho de propiedad —y consecuentemente el de posesión—: "usque ad sidera et inferos", actualmente esta concepción ha recibido innumerables limitaciones tanto de orden público como de orden privado, limitándose aquellas resquebrajadas características de "plenitud" y "exclusividad" porque la posesión se puede realizar plenamente en el suelo, pero limitada en el subsuelo y el espacio aéreo.

8. La relación entre el sujeto y el bien tiene que ver con el contenido específico de la relación posesoria. La primera distinción se encuentra entre la posesión formal de la impropia. Es formal cuando la persona que tiene el bien y ejerce la posesión son el mismo sujeto, dándose la relación directa, inmediata, con el bien. Es impropia cuando no existe un sustrato posesorio directo, pero se resuelve en una relación elevada jurídicamente a posesión ("fictio iuris"). Esta es la concepción que sigue nuestro Código Civil (Art. 280): "*el derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse en nombre propio o en nombre de otro*", a cuya normativa nos atenemos.

9. Luego de hacer un análisis de los bienes no susceptibles de posesión, de indicar aisladamente una serie de formas posesorias, el ideal es hacer una elaboración teórica sobre un posible esquema científico en el cual se pueda dar cabida a todas las

categorías posesorias. Nos limitamos a dar a conocer el elaborado por Gentile (33) que nos merece todo respeto.

El cuadro conceptual sobre el que se fundamenta el esquema tiene muchas variantes. La distinción fundamental tiene que ver con la estructura misma de la relación posesoria: posesión formal e impropia. La legitimación influye y se discrimina la posesión independiente de la dependiente. El requisito causal hace distinguir la falta del "animus possidendi" que introduce las posesiones atípicas, diversas de las autónomas. El acto continuado de posesión hace separar la posesión plena ("uti dominis") de las limitadas, y en el campo de las posesiones dependientes, las mixtas (a título de usufructo, uso o habitación) de la detentación. Por la "adprehensio" distingue la posesión pura de la viciada. Por la intención que acompaña el acto de la aprehensión, será de buena o mala fe. Por la naturaleza del bien, la posesión puede ser sobre bienes muebles, complejos mobiliarios, o inmuebles. Por la circunstancia que precede o sigue la adquisición de la posesión, aparecen la posesión tolerada, la de título, la de título y buena fe, o, de título, transcripción y buena fe. Según la tutela acordada al poseedor se distingue la posesión simple de la potencial.

A) Las posesiones formales.

1. Independientes. Aquellas relaciones posesorias cuyo titular al momento de la "adprehensio" no estaba vinculado con una relación jurídica que, habilitándolo a poseer, lo subyugase en el mismo tiempo a otro poseedor (impropio).

(32) Messineo, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954), III, p. 211.

(33) Gentile, F.S. *Possesso e azioni possessorie*, supra nota 22, p. 159-72, que graficamos así:



a) **Posesiones autónomas formales.** Son protegidas por la "*actio spoli*" (acción de despojo), son resolubles, admiten la metamorfosis en posesión impropia, pueden degradarse a posesiones dependientes. Ejemplos son la posesión "*uti dominus*" sobre muebles no registrables, la "*uti dominus*" sobre inmuebles, y las posesiones especiales (sobre servidumbres discontinuas, o continuas no aparentes).

b) **Otras posesiones independientes.** Se dan en las posesiones atípicas (sin "*animus domini*"), posesiones privadas sobre bienes demaniales y posesiones toleradas.

2. Posesiones formales dependientes. Son todas las demás. Son modificables mediante sustitución de un título por otro, idóneo a incidir sobre el grado de dependencia (de detentación a posesión mixta o viceversa), pueden subir a posesión señorial, a través de la "*traditio brevi manu*".

a) **Posesiones formales mixtas.** Son tuteladas en todos los casos por la "*actio spoli*", pueden subir a la autonomía también merced de la "*contradictio*", o mutación del título por causa proveniente del tercero, admiten la metamorfosis en posesiones impropias, con la caducidad del título se convierten en detentaciones, y son resolubles si el poseedor ha cumplido la adquisición con el conocimiento de un pretendido despojo. Ejemplos son la posesión a título de usufructo o uso sobre muebles no registrados, posesión a título de usufructo o uso sobre muebles registrables, posesión a título de usufructo, uso o habitación en inmuebles.

b) **Las detentaciones.** Son autónomas, justificadas por un título no traslativo ni constitutivo de derechos reales de goce y que no entran en la categoría de las no autónomas; no autónomas, aquellas del huésped, siervo, del trabajador subordinado, del órgano de la persona jurídica, y posesiones del concesionario, que se da en bienes demaniales en concesión de la administración pública, protegidos con la "*actio spoli*" contra los privados.

B) Las posesiones impropias. Son las "*sine corpore*", a través de otra persona; su contenido

puede ser circunscrito solo a través del confronto con la posesión formal dependiente, de la cual se encuentra unida. Poseedores impropios pueden ser aquellos autónomos o mixtos y —excepcionalmente— algunos detentadores, por lo que la figura se descompone en: posesión impropia autónoma, (integral o parcial), posesiones impropias mixtas (a título de usufructo, uso o habitación) y detentaciones impropias.

1. La posesión integral. Es aquella relación que atribuye a otro la detentación, o sea el uso de la cosa en virtud de un título no constitutivo de derecho real de goce (locación, comodato, depósito, prenda, etc.), es protegida por la "*actio spoli*" también contra el detentador que clandestinamente intervenga el título de su posesión; se convierte en posesión formal "*uti domini*" por la "*adprehensio*"; se distingue por venir a menos el título de adquisición: "*ex tunc*" (por nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, etc.), o "*ex nunc*" (caducidad del término, renuncia). Ejemplos son la posesión integral de muebles no registrados, de muebles registrados, de complejos mobiliarios y sobre inmuebles.

2. Posesiones parciales. Son la posesión del "*nudo propietario*", que con la extinción del derecho del usufructuario, usuario, o habituario, adquiere la posesión integral, con la sucesiva eventual "*adprehensio*" la posesión plena; y la posesión impropia a título de servidumbre, que es la posesión del titular de la servidumbre a través del usufructuario, usuario, habituario, que es tutelado por la "*actio spoli*".

3. Las posesiones impropias mixtas. Se encuentran representadas por las posesiones impropias del usufructuario, del usuario o habituario, que son transformables a posesión integral, a través del mutamento del título (pero no con la "*intervensio possessionis*") y se convierten en formales por la aprehensión, aplicándoseles las reglas de las mixtas formales.

4. Detentaciones impropias. En Italia no es posible pues no se puede detentar a través de otra persona, pero existiendo de hecho se transforma en posesión formal con la aprehensión.

10. La adquisición de la posesión se verifica según

la doctrina (34) (35) en forma originaria y derivada. Originaria si depende única y exclusivamente del acto realizado por el adquirente de la posesión, como es el caso de la ocupación de una cosa que carece de propietario ("res nullius"), que ha sido abandonada ("res derelictae"), por robo o hurto, o de la aprehensión de la cosa con el convencimiento de que es propia: lo característico es la aprehensión: como dice Messineo "*poniendo la mano sobre ella, si es mueble, o asentándose sobre ella, si es inmueble*". Se llama adquisición derivada aquella que depende de la transmisión del anterior poseedor, que implica el desplazamiento de la cosa de un sujeto ("tradens") a otro ("accipiens"), mediante la entrega ("traditio"), que puede ser a favor de una persona que ya tenía la detentación ("brevi manu"), o cuando existe transferimiento material ("constituto possessorio"), bien sea con la propiedad, o sin ella (en los aspectos que explícitamente señale el ordenamiento jurídico).

En Costa Rica se establece (Art. 280 C.C.) que "*el derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse en nombre propio o en nombre de otro*". Distingue la adquisición formal de la impropia. En la adquisición formal debe verse que el "adprehens" tenga capacidad, y que el acto de aprehensión en la forma se realice en el "corpus", en la voluntad que esté presente la del agente sin que medie vicio, en la causa que sea lícita, y en las circunstancias que no sea facultativo. La adquisición impropia de la posesión tiene íntima relación con la legitimidad —a diferencia de la formal (posesión real) donde domina la forma—, de ahí que se requiere la existencia de un acto idóneo para formar una relación jurídica de este tipo, siendo tanto actos jurídicos como hechos (convencción, disposición testamentaria, poder de la autoridad judicial o administrativa, norma legislativa, legado, etc.), y por tal, provendrá de la obra del interesado, por representación voluntaria, o por disposición legal.

La posesión derivada se obtiene formal, o impropriamente: con, o sin la propiedad. Esto ya lo hemos dicho.

La forma de presentarse la posesión es inte-

grada en el derecho de propiedad, como uno de los modos de manifestarse; o bien la posesión en sí, sin ligamen con la propiedad u otro derecho real. Es autónoma solo en el segundo caso. Esta distinción es real porque la posesión se adquiere en dos formas: a) con la propiedad; y b) sin la propiedad.

Nuestro Código Civil establece (Art. 278) que "*el derecho de posesión se adquiere junto con la propiedad y se hace efectivo por la ocupación o tradición del derecho o cosa de que se trata*". La posesión en esta hipótesis no es autónoma, es un atributo de la propiedad, y como tal, al adquirirse el todo se adquiere la parte. Para salvar la posible situación según la cual el propietario no poseedor transmitiera su propiedad, el legislador indica que la efectividad se adquiere con la tradición. Debe entenderse solo con la tradición, y no con la ocupación —como indistintamente las usa el código—, por ser dos situaciones diferentes: la tradición es el acto de entrega y toma de posesión de la cosa, según el artículo 482, mientras que la ocupación se refiere a las cosas que no pertenecen a nadie, según el 485.

Independientemente del derecho de propiedad, la posesión se puede adquirir por consentimiento del propietario (Art. 279 inciso 1) cuando éste desmembra el dominio (Cfr. Art. 264) manteniendo para sí la propiedad, y todas las acciones que devienen de ella, mas no las de la posesión; por el hecho de conservar la posesión por más de un año (art. 279, inc. 2), pero en este caso dicha posesión para que configure el derecho de poseer debe ser de buena fe (Art. 284), contándose dicho tiempo desde que se tome públicamente o cuando clandestina, desde que conste al despojado (Art. 279, inc. 2), pues el mero hecho de poseer hace presumir el derecho (Art. 281), salvo que exista prueba en contrario (Cfr. Art. 92 y ss. Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre de 1961); cuando la Ley faculta al acreedor a mantenerse en la posesión de la cosa (art. 279, inc. 3); y a nuestro juicio —aún cuando el Código Civil no lo elenca la transmisión "mortis causa" de la posesión que consiste en que la ejercida por el causante pasa al heredero (Cfr. los arts. 863 y 479

(34) En este sentido Torrente, A. *Manuale di Diritto Privato* (Giuffrè, 9a. Ed., Milano, 1975) p. 352-53; Trimarchi, P. *Istituzioni di Diritto Privato* (Giuffrè, 2a. Ed., Milano, 1975) p. 587; Trabucchi, A. *supra nota* 21, p. 437-39; Messineo; F. *supra nota* 32, p. 218-20.

(35) Aún cuando nuestro Código Civil (Libro II, Tít. II, Cap. II) no refiere, al tratar la posesión, que ésta se puede adquirir en forma originaria, los artículos 485 y siguientes tienen toda la normativa de la cual se pueda hacer la construcción doctrinal en este sentido, o bien, dándole una interpretación ampliativa al inciso 3 del art. 279.

del C.C.) con todos sus efectos, pues nuestro Código en este sentido sigue la concepción alemana (36).

No hay adquisición de la posesión (Art. 279 inc. 1) cuando el titular permite el disfrute parcial del bien, sean los "actos facultativos o de mera tolerancia". Esta hipótesis no debe confundirse con aquellos actos realizados —de buena fe— por el poseedor en fundo ajeno (37) cuando el titular no ejerce las defensas correspondientes.

11. La pérdida de la posesión podría ser estudiada en varios aspectos: cuando cesa el "corpus", cuando cesa el "animus", cuando cesan ambos a la vez; se podría analizar con la pérdida de cada uno de sus elementos; o bien, se puede hacer el estudio desde el punto de vista de las causas extintivas. Seguimos el último criterio (38) pues la pérdida tiene lugar al verse afectado el vínculo sujeto-objeto. Las causas de extinción son: causas imputables al poseedor, causas imputables a los terceros, y causas objetivas.

Las causas imputables al poseedor tienen como característica común que se ve afectado el "animus possidendi". Existe una voluntad de parte del sujeto de la relación que es contraria a este "animus", pues se renuncia a él en forma expresa o a través de un comportamiento tácito: se da el abandono o la inercia en el ejercicio, aún cuando la cosa permanezca en la esfera de acción del sujeto.

Las causas imputables a los terceros operan cuando aún subsistiendo en el poseedor la voluntad de continuar poseyendo, esa voluntad no tiene eficacia alguna puesto que carece del poder de

hecho sobre el bien. Existe un obstáculo material y permanente que se opone al ejercicio del poder de hecho del poseedor. El obstáculo puede provenir de la cosa misma (cuando se trate de un animal salvaje que readquiere su libertad o el domesticado que escape de la custodia), pero se hace más evidente cuando son terceras personas las que intervienen y producen la ruptura en la posesión: el caso típico es el despojo (Arts. 319, 325 del C.C.; 660 y ss. del C.P.C., y 225 del C.P.).

Las causas objetivas afectan la relación en el "corpus". Son de diferentes clases. La desposesión del bien con ocasión de la expropiación por motivos de interés público (Art. 45 de la Constitución Política, en relación con la Ley General de Expropiación por causa de utilidad pública No. 36 de 26 de junio de 1896), por el extravío de los bienes muebles (interpretación a "contrario sensu" de los arts. 854 y 485 del C.C.), por el perecimiento del bien, por la incapacidad absoluta del poseedor, y por la constitución de una servidumbre sobre fundo propio pues se pierde la posesión absoluta sobre la parte del predio en que la adquiere el fundo dominante (art. 302 del C.C.). -

12. Para que pueda tener efectos jurídicos, sea, ser reconocida por el ordenamiento jurídico y con base en ella ejercer los derechos y acciones que la tutelan, la posesión debe ser de buena fe. Nosotros entendemos la buena fe como la creencia del poseedor de ser el titular del derecho real que ejerce, por ignorar vicios que pudiere tener (39) (40).

(36) En cuanto a la transmisión de la posesión "mortis causa" existen dos tesis: la romana según la cual por la herencia pasan al heredero todos los derechos del causante, incluso el dominio, pero no la posesión por constituir ésta una relación de puro hecho, que exige para su adquisición de la aprehensión material de la cosa; y la germana, que permite que por la herencia no solo la propiedad, sino también la posesión se transmita sin necesidad de aceptación ni de aprehensión material. Al igual que nuestro C.C. el de Italia (de 1942) por el art. 1146 conceptúa la sucesión en la posesión, lo cual es comentada por casi todos los autores, lo que nos exime de la cita.

(37) Cuando existe un poseedor de buena fe que realiza actos de posesión conforme lo establece la ley, en terreno ajeno, por más de un año, el conflicto suscitado deberá resolverse por lo dispuesto por los artículos 92 y siguientes de la Ley de Tierras y Colonización (cit.) y el artículo 5 de la Ley de Informaciones Posesorias No. 4545 de 20 de marzo de 1970.

(38) En este mismo sentido cfr. Natoli, U. *Il possesso* (Pacini, Pisa, 1971) I, p. 112-19.

(39) Para los hermanos Mazeaud "la buena fe es la creencia por parte del poseedor, de que es propietario de la cosa; o con mayor amplitud de que es titular del derecho real que ejerce. . . La buena fe implica la existencia de un título o, cuando menos, la creencia en la existencia del título", Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil* (Ejea, Buenos Aires, 1969), II, IV, p. 159; para don Alberto es "poseedor de buena fe el que no conoce el vicio que invalida el título en que funda su posesión; y de mala fe el que sí conoce esa circunstancia y también aquel que posee sin título de ninguna especie" *supra nota 28*, p. 39.

(40) En algunas legislaciones —sobre todo las que tienen notable influencia del Code Napoléon, como la nuestra— se ha hablado de la legitimación de la posesión, que podría referirse a la posesión ejercida "en calidad de propietario, continua, pública y pacífica" (art. 856). Esta figura implica analizar todas las situaciones comprendidas, pero su estudio en sí mismo se encuentra ausente de significado, y por tal, equivocado, porque podría hacer pensar que existe una justa causa que en concreto no necesariamente existe. Quizás lo más correcto es hablar de una "possession ad usucapionem" como refiere Montel, pues si tiene la plenitud de caracteres objetivos, también cumple con los efectos menores. Empero, y dadas las condiciones especiales de nuestra institución de estudio, lo preferible es comprender que ésta presenta rasgos característicos que son curso normal en el Derecho Privado, a los cuales debemos atenemos conforme a la letra y espíritu del código respectivo, por ello preferimos concentrar el análisis sobre el elemento de la buena fe antes de presentar al lector un perfil institucional equivocado como hemos afirmado.

El primer problema que se debe analizar en torno a la buena fe es el distinguir entre las dos categorías que de ella ha creado la doctrina: buena fe en sentido objetivo y buena fe en sentido subjetivo. El concepto de buena fe en sentido subjetivo (41) tiende a catalogar un determinado comportamiento del sujeto de acuerdo al criterio general de buena fe, sosteniéndose unas veces que tiene un substrato de carácter psicológico y en otras un aspecto ético, lo que hace denotar cierta antinomia (42). Se conceptúa la buena fe en sentido objetivo cuando es el legislador el que prescribe los efectos que han de tener en las diversas hipótesis que elenca (43).

La distinción conceptual, junto con una abrumadora discusión doctrinal —sobre todo en los países con influencia alemana— y una buena dosis de jurisprudencia obedece a que se ha optado por no darle —legislativamente— todo el marco legal que defina y conceptúe la buena fe, con lo que, se deja a juristas y jueces para que determinen tan difícil situación. En nuestro Código no encontramos este problema porque el artículo 285 establece la normativa objetiva previendo los posibles casos con lo cual la distinción es inexistente. El artículo 285 en mención establece que *"En todos los casos en que la ley exige posesión de buena fe, se considera poseedor de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe: pero si la posesión fuere de buena fe en su principio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho. Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente, y cesa también desde la notificación de la demanda en que otro reclame el*

derecho de poseer" (44).

La fatiespecie es compleja con los siguientes principios:

a) Es poseedor de buena fe el que al momento de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. La buena fe se nos presenta en esta premisa como una situación subjetiva del poseedor. El debe representarse en su psique al momento de la toma de posesión la situación como va a ocupar: de buena o mala fe. Tómese en cuenta que la expresión "creía tener el derecho de poseer" aparta cualquier situación objetiva para determinar que su creencia es infundada. Es una mera situación del sujeto. *"En este sentido la buena fe asume el significado de convicción, persuasión, o la creencia de que una situación o hecho jurídico es legítima"* (45).

b) No hay buena fe si hay duda en el sujeto. Es la negativa de premisa anterior. Si el poseedor —con motivo suficiente— aprecia subjetivamente su situación y duda de ella, ésta deviene en mala fe. La duda debe ser con motivo suficiente, porque el poseedor de buena fe que ha adquirido por sí o a través de otro se encuentra imposibilitado —las más de las veces— para conocer perfectamente los antecedentes y condiciones de la cosa poseída, más aún para adquirir certeza de que ésta carece de vicios.

c) Si se adquiere de buena fe y luego viene la duda, la primera se mantiene. Es otra disgregación de la primera hipótesis. Aquí la buena fe objetiva debe mantenerse sobre la subjetiva. Es una concepción diferente porque el efecto no depende de la condición psíquica del sujeto sino de la apreciación objetiva que de ella se haga.

d) Cesa la buena fe cuando se tiene certeza de la mala fe. Como la buena fe se concreta en la ignorancia de vicios en la cosa que se tiene —según dijimos— entonces al tenerse la certeza de lo

(41) Cfr. Natoli, U. *L'attuazione del rapporto obbligatorio* (Giuffrè, Milano, 1966) I, p. 2 y ss.

(42) La antinomia conceptual de comentario nace de la discusión de Wachter, para quien la buena fe no necesariamente debe fundarse sobre un título, y Bruns, que refiere al dato normativo, al cual atribuye una razón de carácter ético, por la cual la buena fe pierde su relevancia cuando depende de la culpa grave. Para los autores Busnelli-Vallini la discusión no es real, Cfr. *La buona fede nel possesso* (Pacini Editore, Pisa, 1971) p. 5-12.

(43) Giampiccolo, R. "La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato" en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1965, I, p. 335.

(44) En nuestro país —a partir de don Alberto Brenes Córdoba, con su máxima "poseedor de buena fe es el que no conoce el vicio que invalida el título en que se funda su posesión; y de mala fe el que sí conoce esa circunstancia y también, aquel que posee sin título de ninguna especie" (que citamos en *supra* nota 39), obliga a analizar el art. 285 desde el ángulo del justo título (que para nosotros es el acto traslativo del derecho real en virtud del cual se justifica e inicia la posesión, a pesar de que pudiera ser defectuosa la relación con quien tenía el bien). Para ser acordes con nuestra línea de pensamiento, veremos la figura en las hipótesis que señala la ley, para determinar cómo se afecta la relación jurídica posesoria, pues seguir el criterio de don Alberto es seguir un criterio propietario de la posesión, baste el ejemplo del poseedor sin título donde se presupone la mala fe.

(45) Zaldivar, F. *Notas sobre la prescripción civil* (Facultad de Derecho, Tesis, San José, 1970) p. 71.

contrario, la posesión ejercida con buena fe cesa.

e) Cesa la posesión de buena fe desde el momento en que se notifique la demanda de un tercero que alega mejor derecho. Desde el nacimiento mismo de nuestro Código Civil —en 1888— existió el principio en comentario, el cual sirvió para que litigantes inescrupulosos, abusando en el ejercicio de la acción, pusieron en aprietos a poseedores de buena fe causándoles daños que la misma ley autorizaba, razón por la cual la jurisprudencia patria —con gran tino— declaró que el cese de la buena fe se da a partir del momento que recaiga sentencia condenatoria, pues la solidez del título puede mantenerse —y aún ratificarse— cuando la demanda fuere declarada sin lugar (46).

13. La doctrina que sigue el criterio de la legitimación de la posesión ha desarrollado siempre la tesis de los vicios de la posesión (47).

La posesión es viciosa cuando aún existiendo ésta, sus efectos jurídicos son inexistentes. Existe, pero sin efectos jurídicos. El vicio puede nacer con la posesión misma o sobrevenir a ella, impidiendo hacer uso de sus principales garantías: el derecho de ejercer las acciones posesorias y sin poder aprovecharse de la prescripción para adquirir la propiedad. Los vicios señalados doctrinariamente con mayor difusión son clandestinidad, violencia, mala fe, discontinuidad y equívoco.

El Código Civil exige que para ser útil la posesión, ésta debe ser pública. El vicio de clandestinidad existe cuando un poseedor realiza actos de posesión no públicos, en un bien, con el objeto de evitar que el perjudicado tenga conocimiento de ellos, pues su intención es afectar la exclusividad —total o parcial— de aquél. Podría discutirse si la clandestinidad es un vicio que tiene efectos "inter partes" o "erga omnes", ante la disyuntiva, pensamos que si bien es cierto la conveniencia de la publicidad debe operar respecto a la sociedad —genéricamente hablando— también lo es que ello implicaría aceptar que el vicio se presenta en dos formas: relativo y absoluto, el primero cuando fuere del conocimiento de la sociedad pero no del titular, y el otro, si fuere desconocido por todos. Una fórmula así no es correcta, debe tener relación solo con el perjudicado. La posesión que inicia

clandestina para tener utilidad debe recobrar la publicidad y ejercerse de buena fe.

La violencia vicia la posesión cuando el poseedor se mantiene como titular del bien haciendo uso de las vías de hecho, sean éstas materiales o morales, impidiendo con ello que el perjudicado pueda recobrarla o continuar poseyendo el bien. La violencia puede ser material o moral. Será material cuando el poseedor hace uso de la fuerza física o mecánica para repeler la acción del perjudicado: será física aquella que empleé solo o acompañado de otras personas (parientes, empleados o amigos), contra la persona o los bienes del perjudicado, siendo en los segundos la que destruya las vías de acceso, cercas, partes del bien, etc.; la fuerza mecánica es aquella que puede generar el poseedor a través de medios como armas, trampas o máquinas que repelen la intrusión del perjudicado o las personas con quien aquél trabaja, vive o comparte el bien. La violencia es moral cuando se vicia el consentimiento por amenazas, que implican la promesa de realización de un mal futuro, o la coacción, que conlleva la posible ejecución de un mal presente. Cuando la violencia cesa y el perjudicado no hace uso de los medios que tiene a su disposición para recobrar su posesión a través de los procedimientos que señala la ley, entonces no solo desaparece el vicio del consentimiento, sino que también la posesión deviene en pacífica, y a partir de ese momento es útil al titular; desde luego que la posesión pacífica implica que sea de buena fe.

La mala fe es la creencia —o certeza— del poseedor de no ser el titular del derecho real que ejerce. Quien posee de mala fe no por el simple hecho de quererlo va a transformar su posesión en buena fe, se requiere, por el contrario, el concurso de la voluntad del perjudicado para que el vicio desaparezca, la cual puede ser tácita o expresa. El poseedor de mala fe no puede emplear la fuerza contra la persona a quien corresponda un mejor derecho de poseer la cosa; si emplea la fuerza, a sabiendas de su condición, queda sujeto a las mismas disposiciones civiles y penales de aquel que con violencia despoja a otro de lo que le pertenece (Art. 306). Contra el que posea de mala fe y ha dejado de poseer procede la acción reivindicatoria;

(46) Cas. 9 hrs. y 15 minutos del 12 de junio de 1929; cit. por Sotela, en *supra* nota 28, p. 41.

(47) Aun cuando no estamos de acuerdo con esta doctrina —por las razones que ya hemos expuesto— enunciaremos los vicios como forma ilustrativa, a los efectos de que el lector tenga un marco general de referencias en cuanto a la posesión.

cuando el reivindicador se dirige solo contra el actual poseedor, no contra el que lo fue de mala fe, tendrá —durante el tiempo que aquel poseyó con vicio— las mismas obligaciones en razón de los frutos, deterioros y perjuicios (Art. 321). Y en este sentido, el poseedor de mala fe es el responsable de los deterioros que haya sufrido la cosa, salvado el caso de que tal deterioro provenga de un vicio de ella, o que también hubiera ocurrido en poder del dueño; queda en la obligación de devolver los frutos: los percibidos y los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad; si no la hubiere, deberá devolver el valor que tenía o hubiere tenido al tiempo de la percepción (Art. 329).

Igualmente, para que la posesión sea útil debe ser continua (Art. 856 C.C.). La continuidad es aquel estado posesorio en virtud del cual la posesión se manifiesta por una sucesión de actos ininterrumpidos, que se dan a intervalos lo suficientemente cortos como para no crear lagunas. El vicio de discontinuidad se presenta en la posesión cuando los intervalos existentes entre acto y acto, o entre unos y otros, son lo suficientemente amplios como para no poder identificar al titular del derecho real que se ostenta, o bien, que se tenga duda sobre su identificación. La determinación del vicio consiste en el análisis de los periodos o intervalos que separan un hecho del otro, tomando en consideración las dificultades naturales de la posesión de la cosa, pues la continuidad absoluta es inexistente. Como la continuidad es requisito para la prescripción, debe tenerse en cuenta que puede ser suspendida o interrumpida: en el primer caso, la corrida se suma a la posterior, y en la interrupción, se pierde la ejercida y debe iniciar nuevamente a correr para ser tomada en cuenta.

Un último vicio que se menciona es el del equívoco. Acontece cuando los actos posesorios o de goce pueden explicarse en dos maneras distintas. El vicio recae en los elementos constitutivos, no en sus cualidades secundarias. Su existencia es continuamente ostensible, y aparentemente más fácil de distinguir que los otros vicios. Este vicio se presenta casi siempre con la propiedad indivisa,

donde los copropietarios que poseen la cosa en común tienen derecho a ejercer actos de posesión sobre la totalidad, pero existe el equívoco de determinar si los actos ejercidos son parciales o exclusivos. Mientras dure el equívoco la posesión es vana.

Los vicios —a nuestra forma de analizar la institución— tienen una importancia relativa pues éstos afectan generalmente la forma y no el instituto mismo. Los vicios no trascienden a otras personas por el hecho de la transmisión del bien como sucede con los otros derechos reales, el vicio no va unido a la cosa, sino a la relación misma, por lo que, por la transmisión se libera el vicio, y se podría afirmar que aprovechan al poseedor-adquirente pues por el simple hecho de la adquisición deviene en perfecta aún cuando hubiera sido siempre viciada. La doctrina moderna por lo general opta por obviar el estudio de los vicios a la hora de estudiar la posesión, pues tienen más cabida dentro de la prescripción.

14. La posesión, como subordinación de hecho ejercida en los bienes que goza de tutela, tiene efectos jurídicos. El fundamento de los efectos jurídicos es darle contenido y eficacia al instituto, por lo que, se encontrarán muchos tratamientos de ellos según la definición propietaria de cada ordenamiento (48). Tradicionalmente se ha hablado que los efectos son dos: las defensas posesorias y el derecho de hacer uso de la prescripción para adquirir la propiedad. Nosotros consideramos que del análisis exhaustivo del Código Civil nos encontramos una serie de efectos que no son precisamente encasillados en estos dos, por lo que hemos preferido hacer otro parangón, donde incluimos los derechos y obligaciones del poseedor.

A) La tutela posesoria consiste en la facultad que tiene el poseedor de defender su posesión de cualquier perturbador a través de los medios que le otorga la ley. Unos —siguiendo en línea de máximas a Savigny— han visto en la protección posesoria una forma de hacer efectivo el principio de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, mientras que otros —comandados por Ihering— han visto en la protección una forma de proteger al propietario pues parten del supuesto

(48) Italia, para dar un solo ejemplo, tiene una amplia gama de efectos que han sido clasificados en muchas formas, pero una simple mención podría ser: la adquisición de frutos (del poseedor de buena y mala fe), las reparaciones y mejoras, el derecho de retención ("ius retentionis"), la adquisición de los muebles de buena fe, y la prescripción.

que poseedor y propietario casi siempre son el mismo (49). Nuestra legislación consagra la protección posesoria en forma bastante amplia, que va desde la facultad de defenderla repeliendo la fuerza con la fuerza, hasta la de recurrir a la autoridad judicial para que dirima la situación (Arts. 305 y 317). El hacer uso de la fuerza tiene como límite el hecho que la misma no se puede efectuar como medio de sustituirse en la posesión ya ejercida —aún cuando se trate de despojo—, sino, solamente, para impedir que quien pretenda perturbar o despojar la posesión no cumpla su cometido, es, podría decirse, una forma de legítima defensa civil, que podrá emplearse solo en el caso de agresión ilegítima y con proporcionalidad en el medio empleado, y para realizar ésta, la ley faculta al ofendido a que recurra a la autoridad (en nuestro caso la Guardia de Asistencia Rural) para que coadyuve en esa legítima defensa, pero ésta, antes de actuar, debe constatar que el recurrente es el poseedor, que la agresión se está verificando en ese mismo momento, y en el caso de que se trate de una acción contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño, que se ha poseído por más de un año o que se tiene título legítimo para poseer (Art. 307), y solo una vez hecho esto, ofrecerá su ayuda en la protección al bien que se intenta despojar o perturbar, pero, insistimos, solo como medio de legítima defensa, que en el caso de la autoridad tiene como fin el evitar un mal mayor o que se perpetúe un acto ilícito. Si el poseedor ha sido privado indebidamente no podrá tomarse la posesión en forma violenta, aún cuando se trate del que legítimamente le corresponda, pues en el caso de que el poseedor se encuentre ejerciendo la subordinación de hecho en el bien y se oponga a ser sustituido, el reclamo deberá ser ante los Tribunales de Justicia (Art. 317), pues de hacerlo personalmente o a través de otros quedará en las mismas condiciones del poseedor de mala fe (Art. 306 en relación con el 225 del C.P.). La autoridad

judicial deberá constatar primero que nada que el reclamante tenía la posesión y que ha sido privado ilegítimamente (Art. 318), para instruir conforme a la normativa de los interdictos (Arts. 652 y ss. del C.P.C.), hasta determinar lo que en derecho corresponda, pero no aceptará el reclamo si se trata de una acción intentada contra el que tenía mejor derecho de poseer, salvado el caso de quien hubiera sido despojado con fuerza o violencia (Art. 319), pero en ambos casos deberá realizar todas las diligencias probatorias para llegar al convencimiento de estar en presencia de uno u otro caso. (50).

B) La prescripción adquisitiva es el medio a través del cual se adquiere la propiedad por el ejercicio de la posesión en ciertas condiciones y durante un tiempo determinado. Las condiciones son las de haber poseído en calidad de propietario, continua, pública y pacíficamente (Art. 856), durante diez años en los inmuebles y tres en los muebles (Arts. 860 y 862), pudiendo beneficiarse con la ejercida por el causante (Art. 863) a los efectos de completar el tiempo requerido por ley. La adquisición, sin embargo, de la propiedad —tratándose de bienes inmuebles— no se verifica automáticamente, sino que el titular deberá recurrir a la autoridad judicial o administrativa (51) para que se proceda a realizar una serie de diligencias tendientes a constatar el ejercicio del derecho de posesión, para luego ordenar que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad.

C) Tanto o más importante que los efectos provenientes de la defensa posesoria o del ejercicio de la prescripción para adquirir la propiedad, encontramos otros, que en forma inmediata definen y califican el instituto posesorio. Estos efectos provienen directamente de la relación posesoria y se manifiestan como derechos y obligaciones del poseedor, que reunidos cobran unidad de sentido, permitiendo su estudio científico.

Una serie importante de efectos proviene de la

(49) El tema del fundamento de la protección posesoria se encuentra con gran cantidad de tesis, encontradas las más de las veces, y cuyo punto de vista depende enteramente de la posición filosófica del autor. Cfr. a manera ilustrativa la voz "posesión" en *Enciclopedia Jurídica Española* (Seix, Barcelona, 1910) XXV, p. 156, donde se ofrece toda una interesante gama de opiniones al respecto. Para un conocimiento sistemático y amplio de la historia de la protección posesoria y el fundamento de la misma, consúltese a De Los Mozos, J.L. *Tutela interdictal de la posesión* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962).

(50) Del presente tema nos ocuparemos en otra oportunidad, donde incluso analizaremos la defensa posesoria a través del delito de Usurpación, que es la forma más utilizada en nuestro país —sobre todo en los campos, donde hay ausencia de profesionales en derecho— que trae como consecuencia que la defensa posesoria se convierta en una ofensa —sin proporcionalidad— y donde el ofendido —que muchas veces no lo es— toma posesión del bien en ausencia del poseedor por encontrarse aquél en prisión o con orden de desalojo. Por ahora comentamos —tangencialmente— la defensa civil.

(51) Actualmente se puede intentar la inscripción a través de las Leyes de Informaciones Posesorias. Con la No. 139 de 14 de julio de 1941, ante los Tribunales Civiles, y, con la No. 4545 de 20 de marzo de 1970, ante el Instituto de Tierras y Colonización.

posesión como derecho real. Acontecen siempre con ocasión de restituir la cosa poseída al titular, de lo que nacen derechos y obligaciones. a) Restitución de cosa: al haber reivindicado el titular del bien su derecho, quien la tenga en su poder la debe restituir. Se pueden presentar dos situaciones, que el poseedor después de la demanda haya dejado de poseer ("possessio ficta"), o que, el poseedor sea titular de un derecho (real o de crédito) con el cual pueda excepcionar al reivindicante. En el primer caso, una vez autorizado por el Juez, el reivindicante podrá tomar posesión de la cosa porque el ex poseedor continúa siéndolo aún cuando no ejecute su actividad posesoria y por ello solo con autorización judicial puede reposar de buena fe. Cuando existe mala fe en la posesión ejercida, el Juez condenará no solo a la reintegración de la cosa, sino también al pago de los deterioros y los daños y perjuicios causados (Art. 324 y 325, en relación con el 1045, 333, 731 y 832); y si la cosa no pudiere ser restituida por haber perecido o no ser posible, el poseedor de mala fe pagará como culpable el valor de ella (Art. 325). Cuando el poseedor lo sea de buena fe la situación es totalmente diferente: no tiene la obligación de pagar los daños y perjuicios causados, ni a pagar los frutos percibidos, ni los deterioros que la cosa hubiere sufrido, siempre que fuere con anterioridad a la notificación judicial de la demanda (Art. 327), pues cualquier acción posterior con culpa, lo hará incurrir en las responsabilidades del poseedor de mala fe (Art. 333, que a nuestro juicio debe interpretarse a partir de la notificación de la demanda, y no como erróneamente se establece) (Cfr. Arts. 844, 1038 inc. 2); y como su posesión ha sido sin la intención de dañar, sino con buena fe, el reivindicante deberá resarcir lo que se hubie-

re pagado por el bien (Art. 328), lo mismo que las mejoras, pero tratándose de muebles, el poseedor para tener derecho al pago del reivindicante deberá demostrar que la compró con las formalidades usuales en ventas o ferias públicas, según el Art. 481, pero analizándose la figura en general una hipótesis de estas no tiene aplicación; b) el poseedor de buena fe a quien no se le haga el pago del bien y mejoras, no está obligado a restituirlo, adquiriendo un derecho de retención ("ius retentionis") (52) como garantía de no sufrir daño sin ser indemnizado (Art. 328); c) los frutos de la cosa pueden ser naturales, industriales y civiles (Cfr. Art. 288) (53) de los cuales el poseedor de mala fe deberá reintegrar los naturales y civiles que hubiere percibido, pues ellos provienen de la cosa en forma independiente de su gestión, y no solo los percibidos sino también los que el dueño hubiere percibido con mediana inteligencia y actividad (Art. 329), pudiendo dejarse de pagar los industriales —a nuestro criterio— porque han sido obtenidos con su trabajo y cultivo (Arts. 50 y 56 de la Constitución Política); en el caso del poseedor de buena fe —como se indicó— no tiene la obligación de pagar los frutos percibidos, entendiendo que en este caso deberán incluirse también los pendientes no recolectados, salvo que se paguen; d) las mejoras en nuestro país han sido clasificadas en necesarias, útiles y de lujo (54), que son indemnizables de acuerdo con el tipo de poseedor que las reclame: el de mala fe tendrá derecho a que se le paguen las necesarias y útiles, con derecho de retención de la cosa cuando no se le hubieren pagado las primeras, mas no las otras, mientras que con las de lujo no puede reclamar el pago (Art. 330 en relación con el 508), pero sí —nos parece— que las puede retirar cuando ello es posible, por-

(52) Gentile, comentando el Derecho Italiano, nos indica que el art. 1152 del C.C. It. subordina el "ius retentionis" a la circunstancia que en el curso del juicio de reivindicación haya sido solicitada la indemnización y haya sido ofrecida la prueba, al menos genéricamente, de las reparaciones y mejoras, lo que se puede hacer en cualquier estado del juicio y por la vía de excepción. En *supra* nota 22, p. 188-89.

(53) Para un estudio interesante de los frutos véase Mosco, L. *I frutti nel diritto positivo* (Giuffrè, Milano, 1947), Scarlata Fazio, M. voz "Frutti, Diritto Romano", Trifone, R. voz "Frutti, Diritto Intermedio" y Barcelona, P. "Frutti, Diritto Civile", en *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1969) XVIII, p. 189-237, en lo general; y Montel, A. "L'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede" en *Giurisprudenza Agraria Italiana* (Ramo, Roma, 1955), II, p. 9, y luego en Montel, A. *Il possesso*. . . en *supra* nota 22, p. 265 y ss.; Gentile, *supra* nota 22, p. 175-82; Barassi, *supra* nota 6, p. 297-302.

(54) La doctrina del Derecho Agrario ha desarrollado en forma bastante amplia el tratamiento de las mejoras, bien para la interpretación de los contratos de esta rama, como para encontrar solución a los problemas que se suscitan cuando se está en presencia de un proceso de Reforma Agraria, en el que se debe determinar desde aquellas que se pagan cuando se expropián bienes mejorados, hasta las de los campesinos que se dejan afectar para reorganizaciones parcelarias. Nuestro ilustre profesor Antonio Carroza ha desarrollado el tema en *Gli Istituti del Diritto Agrario* (Giuffrè, Milano, 1962) I, p. 183-217, y luego en *I mi miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari* (Giuffrè, Milano, 1965), cuyo conocimiento se hace obligado en Costa Rica, pues una tecnificación en la materia no existe, dejándose —las más de las veces— la solución —de estricto orden jurídico— a peritos valuadores que no tienen la obligación de correr con las responsabilidades que nosotros aún no hemos enfrentado.

que de lo contrario estaríamos en un caso de enriquecimiento sin causa —que no es la filosofía de la posesión—; el poseedor de buena fe estará en iguales condiciones, pero con un derecho de retención por las mejoras útiles y necesarias (Art. 328).

Como derecho real que es, la posesión configura para el sujeto activo todas las facultades que se conceden a los titulares de los otros derechos. Encontramos —entre otros— los siguientes: a) el poseedor tiene el derecho de exclusión, sea, el de obligar a sus colindantes a comparecer para establecer los linderos auténticos que separen su predio de los otros, que se hace por la vía de deslinde y amojonamiento (Arts. 295 y 296 en relación con los arts. 798 a 806 del C.P.C.); b) derecho de cerrar su predio através de señales que identifiquen e individualicen su posesión (Art. 320), siempre que no se trate de terrenos declarados como reservas nacionales, que requieren autorización administrativa, pues caso de infringir la norma se le puede tener como usurpador de dominio público (Art. 8 de la Ley de Tierras y Colonización, cit. y el Art. 227 del C.P.); c) derecho de matar los animales que destruyen sus cultivos, ya sean éstos bravíos o domésticos (Arts. 314 y 315); como legítima defensa de su producción.

Respecto a terceros, siempre que no se demuestre en juicio lo contrario, existen a favor del poseedor una serie de presunciones ("iuris tantum"), que tienden a garantizar la pacífica posesión del bien en cabeza de quien ejerce la subordinación: a) el hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer (Art. 281) que tiene todo un contenido ideológico en el capítulo de los interdictos del Código Procesal Civil pues *"la prueba de posesión basta que se contraiga al mero hecho de poseer, o sea a la posesión actual y momentánea"* (Art. 661 C.P.C.), con lo que, el actor perjudicado basta que demuestre su posesión para tener como estable su derecho; b) el tenedor de la cosa se presume que lo hace nombre propio, con lo que se protege al que de hecho realiza la subordinación en el bien por sobre aquél que posee a través de otro: se protege la posesión formal sobre la impropia (Art. 283); c) la posesión se presume que continúa en nombre de quien la comenzó (Ibid), que es complementada por aquella otra: el poseedor actual que demuestre haber

poseído en una época anterior tiene a su favor la presunción de haber poseído el tiempo intermedio (Art. 859), que sirven como vehículo probatorio de la continuidad, para hacer uso de la prescripción adquisitiva y obtener la propiedad; y, d) en caso de duda, se presume la buena fe en la posesión que es un *"indubrio pro possessore"* por el cual se le evita la carga de la prueba a éste y se le permite gozar de todos los beneficios que la ley le concede hasta que no exista prueba en contrario, nos parece que esta presunción pone en tela de duda la normativa del art. 285 porque para terceros la buena fe existe siempre, con lo cual caen en vacío las hipótesis de una mala fe subjetiva, que además de imposible de probar pierde sentido; será, en todo caso, a la hora de existir contradicción de intereses y ante un Juez donde se determinará en presencia de cuál se está.

El ejercicio de la posesión, como todos los derechos reales, implica el cumplimiento de obligaciones que se dan con el bien, respecto a terceros, y en relación con la sociedad misma (55), estas obligaciones constriñen al poseedor a actuar en cierta forma para poder hacer uso de las facultades que su derecho real le otorga. El poseedor —prioritariamente— debe serlo de buena fe, porque solo así se adquiere el derecho de poseer (Art. 284), que es la llave para el ejercicio tutelado de la relación, y que abre paso a otras más, como son las consagradas en el capítulo de la prescripción (Arts. 850 y ss.) para ser útil a la usucapión, el de dar paso a otros fundos enclavados (Art. 395), a dar pega (Art. 401), etc. pero la principal —a nuestra forma de ver el asunto— es aquella de cumplir con la función social, en cuanto que sea medio para resolver los problemas socio-económicos, para llevar justicia a la relación posesoria, y nunca como forma de establecer privilegios, o ejercer la propiedad sin sus obligaciones.

15. El resumen que a través de estas páginas intentamos plasmar nos demuestran que la elaboración científica de la posesión se puede realizar —como con cualquier otra institución jurídica—, eso sí, teniendo en cuenta que en la sistematización autónoma ha de hacerse una disgregación conceptual en cuanto a la lógica propietaria del Código Civil, en la que estamos imbuidos. La sistematización es requerida por ser la posesión la

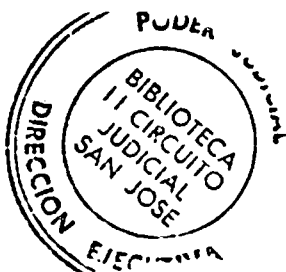
(55) En línea de máximas, cuando la posesión se nos presenta como dependiente del derecho de propiedad, todas las limitaciones de ésta afectan a aquella; cuando actúa autónomamente, los límites se encuentran consagrados en la ley y en el interés social. En este acápite nos referiremos solo a las obligaciones, y no a los límites, para poder centrar el tema de discusión, pero valga el comentario para hacer la distinción.

más perceptible, la más real, la más palpitante de las relaciones del derecho civil: existe en cuanto se manifiesta. Debemos hurgar —como primer paso— los entretelones ideológicos presentes en las elaboraciones dogmáticas y con pleno conocimiento de ellos tomar nuestra posición, pues solo quienes son conscientes conocedores —o no han comprendido aún— toman posición respecto a los puntos álgidos del problema (la naturaleza, por ejemplo), de ahí que la posición no puede —ni debe— ser apriorística, ha de ser producto de la meditación y de analizar una y muchas veces el instituto.

La publicización del derecho civil obliga a

adaptar los institutos al servicio del interés público, del interés social, a perseguir la satisfacción de las necesidades generales sobre las privadas, y en ninguna relación esto es más factible que en la posesión.

En estos tiempos en que la propiedad ha sido trocada por la empresa, que la sociedad de personas da paso a la de capitales (como tránsito del estado precapitalista al capitalista), en que las ramas del derecho exigen autonomía para satisfacer en forma especializada los fines del hombre en sociedad, no sería correcto pensar en darle contenido posesorio a la propiedad?





LA REFORMA AGRARIA EN EL PERU

(Nuevo Decreto Ley No. 17716 de 24 de junio de 1969)

Lic. Francisco Morera (*)

C O N T E N I D O :

I.— Un tema siempre actual.	34
II.— La promulgación de la ley	36
A.— Principios básicos, afectación y limitación de la propiedad.	36
B.— Procedimiento de afectación.	39
III.— Patrimonio, valorización de los predios y formas de pago.	41
A.— Patrimonio y valorización	41
B.— Forma de pago.	42
IV.— Adjudicaciones, asistencia técnica y de crédito	43
A.— Adjudicaciones	43
B.— Asistencia técnica y crediticia	44
V.— Otras regulaciones legales para el desarrollo agrario.	45
A.— Parcelaciones por iniciativa privada	45
B.— Contratos agrarios	46
VI.— Los organismos de Reforma Agraria	46
A.— En lo administrativo	46
B.— En lo judicial.	46
VII.— Algunas ideas para concluir.	48

(*) El suscrito actualmente realiza estudios de especialización en Derecho Agrario en el IDAIC --Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato— di Firenze y en la Università degli Studi di Pisa - Italia, como profesor becario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

I. UN TEMA SIEMPRE ACTUAL

Conforme corresponde a una disciplina jurídica que se halla en plena elaboración teórica, el derecho agrario (1) tiene pendiente para sí, arduas polémicas de esclarecimiento conceptual y de definición.

Si existen figuras de carácter polémico en tal elaboración, una de éstas es la de Reforma Agraria. Tema de por sí actual, especialmente para aquellos países en los que aún no está resuelto el problema fundamental del agro, a saber: tenencia de la tierra, y consecuencias ulteriores.

En América Latina el tema en sí, es de gran riqueza objetiva cultural; sus reformas agrarias o los intentos de éstas (2), arrancan desde comienzos del presente siglo en México (3), para repetir similares intentos en Guatemala (4) y Bolivia (5), y cerrar antes de la sexta década de nuestro siglo con un proceso académicamente calificado como "polémico", y cuestionante de todo lo anterior: la Reforma Agraria de Cuba (6). Luego como respuesta

política y jurídica a esta última, nacen al calor de la Alianza para el Progreso, las leyes de Reforma Agraria de la década de los sesenta, entre ellas y a manera de ejemplos la "Ley de Tierras y Colonización de Costa Rica" (7) y de "Reforma Agraria en el Perú" (8).

Así en una coyuntura de "Reforma Agraria", el tema como tal se ha ido desarrollando bajo la dirección de órganos y personas, entes y gobiernos y más aún por supuesto en el campo de las ciencias sociales.

Para la economía revestía la posibilidad de afrontar las urgentes tareas del desarrollo nacional en cada país, en cuanto alternativa a la industrialización o desarrollándose junto a ésta —o en su dimensión más optimista— como fuente de ocupación plena para el empleo de los recursos de producción.

Para la sociología un vasto campo de estudio, al que las últimas corrientes califican como de necesaria realización para el cambio estructural, a fin

- (1) Elaboración que aún tiene como requisito "sine qua nom", la de formar una serie de principios nuevos de carácter doctrinario, dirigidos a crear en el campo de nuestro Derecho Agrario (de América Latina), una Teoría que obedezca a nuestra realidad. Con lo que quizá comience a resolverse y al menos por partes, el problema hasta ahora frecuente de que no haciéndose análisis de nuestra realidad con base a principios jurídicos nuevos, se desestima la interpretación jurídica, y se acaba siempre pendiente de indicadores sociológicos o económicos en el análisis de un problema legal.
- (2) Refiriendo a las llamadas —Reformas Agrarias en la Colonia— un destacado autor boliviano expresa: "En el régimen de derecho de propiedad de la tierra durante el coloniaje se distingue claramente tres periodos bien marcados; el primero comprende desde la conquista y colonización hasta 1591; el segundo comienza precisamente con la reforma agraria o algo parecido que se llevó a cabo, mediante Cédula Real de 1591, hasta la recopilación de leyes de indias en 1680 y el tercero se desarrolla a lo largo del S. XVIII para culminar con la real instrucción de leyes de constituya una especie de segunda Reforma Agraria Colonial, en el régimen y tenencia de las tierras en América". MALDONADO, A. *Derecho Agrario*, Imprenta Nacional, La Paz, 1956, p. 241.
- (3) GUTELMAN, M. En una reciente obra titulada *La Reforma Agraria en América Latina —el caso de México—* (trad. propia del It.) profundiza nuevamente sobre el particular caso agrario con un fuerte análisis crítico que concluye junto a otras observaciones socio-jurídicas afirmando "...la solución de los problemas agrarios no consiste más en la modificación de las estructuras agrarias, consiste en poner en cuestión el mismo sistema social mejicano...". Gabriel Mazzotta editore, Milano, 1973, ps. 268-69. Un interesante análisis de la Ley Federal de Reforma Agraria actualmente vigente, en relación con sus antecesoras de 1910, 1927, 1934, 1940 y 1942 y sus principales problemas jurídicos, se ha realizado por un joven agrarista mexicano con notable éxito. LUNA, A. *Derecho Agrario Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 1975.
- (4) DE LEON, R. En su ensayo sobre "*La Legislación Agraria Guatemalteca*" enjuicia a ésta como "...un verdadero echar atrás jurídicamente" en cuanto a reacción política y socio-jurídica a las transformaciones agrarias del Decreto 900 promulgado por el Presidente Constitucional Jacobo Arbenz en 1954, dándole a la nueva legislación un carácter paternalista de protección estatal a las instituciones que imposibilitan el desarrollo del agro, y que plantea entre otras a la colonización, como un falso medio de desarrollo social. Todo ello para continuar con la Ley Reguladora de la Política Agraria Nacional, la Contrarrevolución Agraria. *Rivista di Diritto Agrario*, II, Firenze, 1975.
- (5) Una evaluación institucional y pluridisciplinaria sobre tal proceso se halla en: FRANCO, A. *Reforma Agraria en América Latina*. Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas de la OEA, Turrialba-Costa Rica, 1972. Un estudio más referido al problema jurídico e implicaciones legales del Decreto Supremo No. 3471 de 27 de agosto de 1953, en el contexto de la legislación boliviana, sus antecedentes y resultados, se halla en: MALDONADO, Supra nota 2.
- (6) El autor de este comentario analiza el rol que en lo legal y en relación con todo el aparato jurídico estatal, desempeñan las tres leyes de Reforma Agraria de Cuba, como parte de las leyes que mutan la base económica de la sociedad, con especial referencia a las dos fundamentales, sean: la de 17 de mayo de 1959 y la de 3 de octubre de 1963. MORERA, F. *Antecedentes Legales, Cambios Jurídicos e Institucionales y actual Sistema de Derecho en Cuba, Primer País Socialista de América*. Tesis, Derecho, Universidad de Costa Rica, 1975, ps. 142-49.
- (7) Ley No. 2825 de 14 de octubre de 1961.
- (8) Ley No. 15037 de 20 de mayo de 1964.

de liquidar el capitalismo subdesarrollado y dependiente.

No menos ausentes de tal interés habrían de ser los juristas (9), toda vez que en última instancia, las leyes de Reforma Agraria —sea cual fuere su naturaleza y fin— se plasmaban siempre a través de un estatuto legal. De esta forma en lo jurídico, el tema de la Reforma Agraria ha recorrido un rico trayecto histórico que ha formado a su alrededor, desde una Doctrina General (problemática jurídica de las Reformas Agrarias Integrales), hasta estudios cada vez más específicos de sus instituciones en particular v. gr. —modalidades de tenencia de la tierra y formas de adjudicación en las Reformas Agrarias— en relación con el sector no reformado de la estructura agraria.

Así, el tema como tal, no obstante su renovado estudio, continúa siendo objeto de mucho debate —estudio e interés— y en consecuencia lejos de agotarse (10). Por ahora el objetivo concreto que nos ocupa antes que innovar sobre el tema, pretende dar un poco de luz sobre una experiencia novedosa de Reforma Agraria en América Latina, el último Decreto Ley que la regula en el Perú, en lo más significativo de su articulado, disposiciones conexas y textos de relación (11).

Para el momento en que dicho Decreto se emite, el concepto de Reforma Agraria en el documento citado de la FAO, se valoriza como algo más "de simples cambios en la tenencia de la tierra"

(12), se quiere ir más allá y lograr en líneas generales con la reforma del agro:

- "a.—Una equitativa distribución del Ingreso Nacional.
- b.— La participación plena de los trabajadores del campo en el proceso de implantación y administración de la Reforma.
- c.— . . .La formación de unidades de explotación o de asociaciones de productores que haga posible adoptar técnicas más modernas, estimule las inversiones, eleve el nivel de riqueza y genere más y mejores oportunidades de empleo, y
- d.— Una organización empresarial de las nuevas unidades apta para aumentar la producción y el mejor uso de los recursos productivos" (13).

El Decreto dicho debía operar en el cuarto país en cuanto extensión se refiere en América Latina, —al Perú le adelantan en superficie por su orden: Brasil, Argentina y México—. Su superficie es de "128 millones de hectáreas de las cuales, apenas 30 millones se aprovechan para fines agropecuarios, y de estas últimas 27 millones están ocupadas por pastos naturales de baja calidad para sostener animales, de tal suerte que la superficie agrícola queda reducida solo a tres millones de hectáreas" (14). Vasto territorio en el que así mismo se presentaban las clásicas contradicciones minifundio-latifundio en lo productivo, bajo coefi-

-
- (9) Concordamos con el criterio que se expresa en el ensayo titulado "Derecho Agrario en la Reforma Agraria". En el que se enfoca al Derecho Agrario ocupando un lugar de privilegio, que a mi entender —antes de goce es de obligación—, dentro del derecho en general, por ser nuestros países exportadores de materias primas, que dependen de una economía agrícola y en general del campo (en cuanto zonas de extensa actividad agrícola), y por reunir condiciones objetivas y subjetivas de especial singularidad". Revista: Derecho Agrario y Reforma Agraria, Universidad de Los Andes, Venezuela, No. 4, 1973.
 - (10) El informe que al respecto emitió el Comité Especial sobre Reforma Agraria de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, como respuesta a su quinceavo período de sesiones (1969) es elocuente en cuanto análisis y actualidad del tema. ONU, FAO, Roma, 1971.
 - (11) A contrario sensu de otras leyes de Reforma Agraria que una vez redactadas se hicieron de ilusoria aplicación, fenómeno que en parte obedece a que muchas de sus normas programáticas no se reglamentan, la ley que ocupa nuestro interés ofrece otra experiencia diferente. En efecto, sucesivamente a su aplicación, la reglamentación comenzó a promulgarse respecto de aquella normativa de ley que hacía depender su eficacia de una más específica regulación. Junto a esta preocupación de personeros de la reforma, por salvar el tradicional parangón entre derecho y realidad por vía reglamentaria, una buena impresión del avance aplicativo del texto de ley se obtiene al leer las publicaciones que cada año se emitían con el título de "Memoria del Presidente del Tribunal Agrario". En las cuales se realiza el recuento de las causas que se tramitan en despacho judicial, se analizan las principales incidencias administrativas de tales juzgados y se observa con agudo interés las lagunas que aún debe cubrir el sistema normativo, tanto en lo procesal como en materia sustantiva. Dejándose para último en tales documentos, el estudio de las ejecutorias del Tribunal Agrario (a algunas de las cuales referiremos) y los nuevos criterios jurisprudenciales que le merecen particular referencia, porque informan la actuación de la jurisdicción agraria.
 - (12) FAO, Supra nota 10, p. 5.
 - (13) Idem., p. 6.
 - (14) MAC, LEAN, R. "La Reforma Agraria en el Perú". Rev. Derecho y Reforma Agraria, No. 4, Universidad de Los Andes, Venezuela, 1973, p. 12.

ciente del binomio tierra cultivada-hombre, en lo económico; ausencia de obras de infraestructura para el cultivo (hidrológicas por ejemplo) en lo técnico; y una subsistente ley —en lo jurídico formal— de Reforma Agraria, que promulgada apenas cuatro años antes, se mostraba jurídicamente incapaz de solucionar al menos evolutivamente, el drama social del agro.

Toda vez que la mediatización en la afectación de los grandes predios, sus lentos procedimientos de aplicación y lo restringido y minimizado de su acción reformadora hacían observar que para el momento en que eventualmente podría cumplir sus objetivos, el problema del agro sería igualmente grave, o más que aquel existente, al momento de iniciar su acción (15).

Obvio también resulta anotar en cuanto aspecto esencial de la nueva ley, que fundamental era para su realización y eventual aplicabilidad, la decisión política (16) que quisiera en verdad además de promulgar, ejecutar la Reforma Agraria, ello obviamente antes faltó, a pesar de ser Perú un país que conocía ya, desde recién terminada la Primera

Guerra Mundial, la formación de grupos políticos que proclamaban la transformación de las estructuras agrarias, v. gr. —sustento electoral en el campo del partido APRISTA— (*).

II. LA PROMULGACION DE LA LEY

A.— Principios básicos, afectación y limitación de la propiedad.

Luego de los fallidos resultados de la ley anterior. El texto del nuevo Decreto Ley, promulgado por el Gobierno Militar (17) define a través de un extenso articulado, 196 en total y otras disposiciones especiales, transitoria y final, los conceptos e institutos específicos —v. gr.— posesión agraria, y generales; relación Reforma Agraria —desarrollo nacional (art. 2)—, en su interrelación con la estructura agraria y sus mecanismos, y elementos de tipo técnico de crédito, educativos y de comercialización, como partes en su conjunto de la política Agraria Nacional. La declaración de principios básicos —arts. 1 al 6— constituyen el sostén de la ley. Su art. 1, la define expresamente como integral (18). Al perseguir sustituir los regímenes de lati-

(15) Agudamente crítico resulta el ensayo de CASANOVA, R.V., sobre una evaluación de una ley similar: "La Reforma Agraria Venezolana" en donde expresa "...hasta 1969, como lo demuestran los números, el resultado es francamente desalentador, ya que no se justifica que en 10 años de acción reformadora, dos terceras partes de los beneficiarios no hayan recobrado la tierra prometida todavía. Hubo lentitud y falta de entusiasmo que convirtieran al proceso de cambio de estructuras en proceso de colonización. Porque si a ver las cosas vamos con detenimiento, en estos primeros 10 años de reforma, más que reparto de tierras, se hizo reparto de hombres. ...". *Rivista di Diritto Agrario*. Firenze, No. 2, 1972, ps. 190-91.

(16) Profundiza sobre el tema: BARAHONA, F. Marco Teórico de la Reforma Agraria. Cap. XXIX. *Derecho Agrario*, SALAS, O. y BARAHONA, R., Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1973, p. 826. En forma clara sobre el mismo tema "El Informe sobre el Seminario Latinoamericano de Reforma Agraria y Colonización", expresa en su punto No. 1: Cambio Político como determinante de Reforma Agraria. "La existencia del latifundio y de los intereses del capitalismo nacional y extranjero, determinan una estructura de poder político que se constituye en determinante para mantener el subdesarrollo y en obstáculo para producir cambios estructurales de fondo, tanto en el campo agrario como en los demás sectores de la economía que tiendan a una redistribución masiva del ingreso y a la incorporación de los campesinos, obreros y clase media a las decisiones nacionales. FAO, Chiclayo, Perú, 1971, p. 6.

(*) Siglas identificativas del Partido Acción Popular Revolucionaria.

(17) En el Plan del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, su expresión ideológica se enuncia en los siguientes términos: "Esta revolución será nacionalista independiente y humanista. No obedecerá a esquemas ni dogmas. Solo responderá a la realidad peruana".

En dicho plan, la Reforma Agraria era el punto cuarto de una serie de treinta y uno, que por su orden se centraban en los siguientes objetivos: Petróleo, Planificación, Política Internacional, Régimen de Aguas, Reforma de la Empresa, Industria, Minería, Pesquería, Electricidad, Turismo, Comercio, Transportes, Comunicaciones, Finanzas Públicas, Régimen Monetario y Crediticio, Balanza de Pagos, Investigación Científica y Tecnológica, Reforma de la Educación, Vivienda, Salud, Trabajo y Seguridad Social, de la Mujer peruana, Libertad de Prensa, Participación de la Población, control administrativo de los recursos públicos, Reforma de la Administración Pública, Poder Judicial, Función Legislativa, Constitución y Fuerza Armada.

ZIMMERMANN, A. *Objetivo Revolución Peruana. El Plan Inca*. Grijalbo, Barcelona, 1975, ps. 322-353.

(18) Sobre los factores que han de considerarse en la definición de Reforma Agraria Integral y su concepto, F. Barahona, expresa en su estudio, *supra nota 16*; "La Reforma Agraria Integral persigue la máxima Justicia Social y la incorporación del campesinado al proceso político, económico y cultural, a través de la habilitación y rehabilitación de la tierra, la tecnificación de su cultivo, la organización de su uso, el reparto adecuado de sus fuentes y la efectiva redistribución de su tenencia". P. 821.

fundio y minifundio por un sistema justo de propiedad (19), tenencia y explotación de la tierra, con la creación de un ordenamiento agrario que garantice la justicia social en el campo, que aumente la producción y la productividad del sector agropecuario, para que la tierra constituya para el hombre que la trabaja, base de su estabilidad económica, fundamento de su bienestar y garantía de su dignidad y libertad.

Encomendándose a tales fines —arts. 3 y 5— la regulación del derecho de propiedad, a fin de que éste se use en armonía con el interés social, señalando los límites, definiendo la mediana y pequeña propiedad rural y garantizando el derecho de explotación en común a las comunidades campesinas (20), a las cuales el art. 115 denomina así, y en sustitución de su antiguo nombre de comunidades indígenas.

Referencia aparte dentro de los institutos específicos de la ley, —unidad agrícola familiar, contrato agro industrial y otros— merece el hecho de que al tenor del art. 5, deberá entenderse por "agrícola" también la explotación ganadera, mas no el aprovechamiento directo de bosques naturales. Del mismo modo en el art. 6, se establece un principio general de afectación para todo terreno de vocación agrícola en virtud del cual "los predios rústicos cualquiera que sea su propietario, ubicación en el territorio nacional o modo de adquisición, ya sea por compra venta, remate público o por cualquier otro título, quedan sujetos a la legislación sobre Reforma Agraria".

Enumerándose en el art. 7, las tierras que al

efecto se destinan: sean las abandonadas, y las que reversion al Estado, como las "eriazas" (arts. 192 y 196); predios rústicos del Estado, y de personas jurídicas de derecho público interno (de acuerdo al Cap. II, lo son cuando así se califiquen por Decreto Supremo, a simple pedido de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural), las que se expropian en virtud de la ley, las de parcelaciones privadas y las provenientes de donaciones, legados u otras de Reforma Agraria.

Nuevamente especifica la ley que deberá entenderse por "predio rústico abandonado" (21) "aquel que se produce cuando su dueño lo ha dejado inculto por tres años consecutivos y... las tierras cultivadas o en explotación durante más de un año por campesinos que no tengan vínculo contractual con el propietario, sin que este hubiese interpuesto la acción judicial respectiva".

La condición de abandono se interrumpe legalmente cuando su propietario u otro en su nombre realiza "actos posesorios", a los que se definen en el mismo art. 8, como aquellos "consistentes en la explotación económica del suelo por medio de sembraderas plantaciones, o crianza de ganado de acuerdo a la capacidad de los pastos... agregándose en forma clara que el amojonamiento, cercos, cortes de maderas, construcción de edificios u otros actos semejantes no constituyen por sí solos, prueba de explotación económica..." siendo dicha declaración de abandono de tipo administrativo (art. 9).

Refiriendo a la formación constante del sistema normativo al momento de aplicar la ley, y en el

(19) Una de las creaciones jurídicas más importantes que nació luego de seis años de promulgada la ley, precisamente como producto de su aplicación y subsiguiente reglamentación, es la así llamada "Propiedad Social". La cual se caracteriza no solo por la titularidad colectiva de su derecho de dominio, sino asimismo, por su integración en la política económica general del Estado a través de las "Empresas de Propiedad Social". "Nosotros definimos la Propiedad Social Peruana como aquella en la cual los derechos que se generan en relación a los medios de producción son ejercidos y usufrutuados por distintas instancias de la sociedad. En nuestro entender se ha modificado así la naturaleza misma de la relación de propiedad tradicional". "El concepto jurídico de propiedad social por lo tanto, encuentra solo una primera manifestación en la Ley de Propiedad Social pero se anuncia desde la creación todo un cuerpo de normas legales que han de constituir el Derecho Social, que será el sustento de toda una nueva institucionalización jurídica y, eventualmente, de toda nueva institucionalidad empresarial, social y política". DE LAS CASAS, A. *Propiedad Social. La Empresa de la Revolución*, Editorial CONAPS, Lima, 1975, ps. 16 y 173.

(20) "Repitiendo el art. 2 del Estatuto de Comunidades Campesinas, podemos decir que ésta es una agrupación de familias que poseen y se identifican con un determinado territorio y que están ligadas por rasgos sociales y culturales comunes, por el trabajo comunal y la ayuda mutua, y básicamente, por las actividades vinculadas al agro". ENCIRA. *Participación Campesina en el Proceso de Reforma Agraria y el Cambio Global en la Sociedad Peruana*. Oficina de Comunicaciones, Lima C. 1, F (R-6) 71, 1973, p. 4. Están organizados jurídicamente bajo tres consideraciones fundamentales: "propiedad común, trabajo común y solidaridad. En dicho instrumento encontramos que la comunidad es la única propietaria de sus tierras y sus miembros son usufructuarios de las mismas". ENCIRA, *Ibid*, p. 13.

(21) Criterio que luego complementó el Decreto Ley No. 19462 de 11 de julio de 1972 por cuanto "califica como abandonadas por sus dueños las tierras ubicadas en la zona de expansión de las ciudades que permanezcan incultas durante más de 90 días... El Instituto del abandono en nuestro derecho agrario consiste en la extinción del derecho de propiedad y la consecuente reversión de las tierras al dominio público". *Memoria del Presidente del Tribunal Agrario*. Año Judicial 1972-1973, Lima, ps. 10-11.

aparte dedicado a la posesión agraria (22) en cuanto reconceptualización, se observa por parte del Dr. Figallo: *"Por efecto de la reforma agraria la distinción conceptual entre propiedad y posesión de la tierra debe enfocarse desde una nueva perspectiva doctrinaria. El apotegma de que la tierra es de quien la trabaja, constituye expresión del principio de la función social que produce la correlativa readecuación de las instituciones jurídicas, en cuya virtud la posesión ya no ocupa una jerarquía subordinada."*

El derecho tradicional distingue la posesión mediata de la posesión inmediata bajo el supuesto de que aquella es ejercida en forma permanente por el titular del dominio. En esta forma, el carácter perpetuo de la propiedad se mantenía sobre la base de la titularidad y no mediante el ejercicio personal de la posesión, de manera que el poseedor, además de asumir los riesgos inherentes a la actividad agrícola se encontraba en una virtual situación de precariedad.

Al ser abolido por nuestro ordenamiento agrario las formas indirectas de conducción de la tierra... la posesión deja de ser un derecho sujeto a negociación entre particulares, ya que su cesión conlleva la pérdida de la propiedad. El concepto de la posesión como la relación inmediata entre el titular y la cosa tiene además en nuestro derecho agrario un rasgo distributivo. Se entiende por posesión, el trabajo y explotación de la tierra, el ejercicio permanente de la actividad agrícola y no simplemente la relación fáctica entre el poseedor y la cosa.

Desde que no existe intermediación, la posesión es la condición esencial de la propiedad y la firmeza del derecho del poseedor se cifra en el uso social de la tierra".

Los artículos que al efecto regulan en el texto de ley la afectación y limitación de la propiedad rural, refieren en dos capítulos, tanto a los predios rústicos del Estado y de las personas jurídicas de derecho público interno (cap. II) según se dijo, como a predios rústicos de derecho privado (cap. III) siendo el tratamiento de estos últimos concreto y definitorio. Toda vez que declara en forma

concreta el art. 15 cuando "se considera que la propiedad no cumple con la función social. . .

- a.— Abandono de la tierra, deficiente explotación, mal manejo y deterioro de los recursos naturales. . .
- b.—subsistencia de formas antisociales o feudatarias de explotación. . .
- c.— condiciones injustas o contrarias a la ley en las relaciones de trabajo (prevención verdaderamente novedosa). . .
- d.—concentración de la tierra, tal que sea un obstáculo para la difusión de la pequeña y mediana propiedad, o que determine dependencia de la población respecto del propietario o . . .
- e.— el minifundio o fragmentación del predio.

Declarándose asimismo como afectas: las tierras ociosas y deficientemente explotadas —art. 16— aquellas en que se realizan formas de explotación indirecta —arts. 17 y 19—, siempre que no excedan el triple de la unidad agrícola familiar, que a su vez se define quizá previendo un peligroso proceso de minifundización, bajo un criterio económico laboral, por el —art. 79— como, "la superficie de tierras que trabajadas directamente por el agricultor y los miembros de la familia en condiciones técnicas de eficiencia, reúna además los siguientes requisitos: a.— absorber toda la fuerza de trabajo familiar (salvo condiciones de excepción). . . y, b.— proporcionar al agricultor un ingreso neto suficiente para el sostén de su familia (independiente del tipo de cultivo) y cumplimiento de las obligaciones atinentes a la adquisición de su parcela,. . . parcela que a su vez por el mismo art. 79, se declara de carácter indivisible. . .; que se determinará en su extensión de acuerdo a zonas de producción —art. 80—,. . . que se adjudicará por contrato de compra venta y según proyectos de asentamiento rural —arts. 81 y 83—; debiendo entenderse por asentamiento rural, a tenor del art. 82 aquel "establecimiento organizado de grupos de agricultores de acuerdo a las unidades agrícolas que se prevén, y con la asistencia técnica y crediticia necesaria para que lleguen a desenvolverse por sus propios medios" (23).

(22) *Memoria del Presidente del Tribunal Agrario*. Año Judicial 1971-1972, Lima, ps. 13-4.

(23) A la luz de tal normativa y con ocasión del cambio en la estructura agraria se han desarrollado en Perú —Los Proyectos Integrales de Asentamiento Rural (PIAR)— cuyos pasos de constitución se dan como sigue "1.— delimitación de los sectores geográficos y de sus prioridades, 2.— elaboración del diagnóstico, 3.— determinación de los proyectos integrales de asentamiento rural, 4.— programación de afectaciones, 5.— determinación del ámbito de las Empresas y Modalidad de Adjudicación, 6.— Calificación de beneficiarios, y 7.— planes para el establecimiento de nuevas empresas.

ENCIRA. *La Nueva Estructura Agraria*. Oficina de Comunicaciones, Lima, C-1F (L-14) 72, 1972, ps. 8 a 13.

En estas tierras de tipo privado que se declaran afectadas, se comprende asimismo: a las detentadas por condominio (excepto si fue originado a título universal) por sociedades anónimas y en comandita que deberán transformarse en sociedades de personas, en un plazo de seis meses (24) según lo regula el art. 22.

Importante resulta advertir que se establecen excepciones al límite de afectabilidad, cuando de acuerdo al límite de extensión en cada zona —predio de 150 Htas. directamente conducidas— en la región de la costa —art. 28—, predios conducidos directamente de 15 a 55 Htas. en tierras de cultivo bajo riego —art. 30—, predios conducidos directamente y con capacidad para soportar una carga de 500 unidades ovinas en tierras de pastos naturales del art. 33; en tanto y en cuanto dichos límites mínimos pueden aumentarse en los terrenos afectados para beneficio de sus empresas, reúnan buenas condiciones de: infraestructura de explotación, de crédito y auto sostén económico, de participación económica a nivel salarial superior al mínimo, así como condiciones sociales y de trabajo, según normas de ley a sus trabajadores, y de sana contribución fiscal impositiva respecto del Estado. En cuyo caso dichos límites aumentarán de acuerdo al tipo de tierra en que se hallen según definición agrológica, que de diversos tipos de tierras hace por aparte el art. 27, petición que en tiempo deberá formular cada propietario, y cuya resolución positiva prosperará si con ella no se afectan intereses de pueblos o comunidades.

Novedad interesante constituye asimismo la expropiación (25) que se gobierna por criterios de unidad económica, en tanto dicho procedimiento se da, afectando plantas industriales y predios rústicos que satisfacen con su actividad, un trabajo recíproco, las cuales se afectan en su conjunto, asumiendo la D.G.R.A. y A.R. (*) la totalidad de activos y pasivos de la empresa, garantizándose en dichos casos a fin de tutelar la continuidad y estabilidad de la producción, . . . (a)— la intangibilidad

de la estructura de producción. . . (b)— la continuidad de equipos de dirección técnica y administrativa. . . y (c)— la adecuada participación de los obreros y empleados en la nueva estructura de la propiedad, todo ello según se dispone en los arts. 37 y 39 del texto dicho.

Referencia aparte merece el tratamiento que la ley da al minifundio, en cuanto limitación de su estructura tradicional (arts. 98 al 107), entre otras, prohibición de participación en unidades menores a las señaladas para la unidad agrícola familiar —reglamentación de condiciones para venta, permuta, y otros actos positivos, realización de acciones de concentración parcelaria y reordenamiento rural, regulación técnica y mantenimiento de unidades mínimas familiares en regiones determinadas, a fin de evitar pulverización de tierras en juicios de división o sucesorios, etc.

B.—Procedimiento de afectación.

En lo que ha procedimiento de afectación se refiere, en términos generales se sustancia así: cuando los bienes son del Estado o de sus instituciones, estos deberán pasar a control de la D.G.R.A. y A.R., luego de treinta días de simple solicitud hecha por ésta en tal sentido, si hubiere negativa a dicha entrega, la misma Dirección solicitará por procedimiento judicial y al efecto los reubicará bajo inventario. Cuando a contrario sensu la propiedad de dichos bienes se hallan en zonas de reforma agraria, pero en propiedad de privados, el procedimiento en forma sucinta y según se detalla por el art. 50, se realiza como sigue: ". . . (a)— aviso oficial de procedimiento de afectación para determinada zona, a fin de recibir declaración jurada a los propietarios de predios en esa zona, dentro de sesenta días, debiendo presentar al efecto la documentación descriptiva e identificativa del bien, . . . (b)— y (c)— estudio técnico de la documentación y confronto de ésta sobre el terreno de afectación, manteniendo la constitución de unidades económicas, . . . ratificación del plano definiti-

(24) El art. 12 de la Ley de Reforma Agraria de Cuba (17 de mayo de 1959) se refiere en igual sentido, solo que prohíbe a sociedades anónimas, no nominativas que exploten colonias de caña, debiendo éstas en un plazo de un año satisfacer las condiciones de ley; el art. 14 hace referencia general en igual sentido, pero en cuanto a fijación de condiciones para que dichas sociedades puedan detentar tierras rústicas destinadas a cualquier otro tipo de actividad agropecuaria.

(25) Un interesante criterio, jurisprudencial sobre expropiación determinado con ocasión de una separación de bienes (art. 241 Código Civil) por división matrimonial, en zona de reforma agraria, se conceptuó así: "todos los predios que forman parte del patrimonio de la sociedad de gananciales, aunque tengan la calidad de propios de alguno de los cónyuges, se estiman como un solo predio para los efectos de la afectación con arreglo a lo prescrito por el art. 124 del Texto Único Concordado del D.L. 17716, Lima, treinta de enero de mil novecientos setentitres".
MEMORIA, Supra nota 21, p. 24.

(*) Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural.

vo de afectación y plazo de quince días a fin de que se plantéen observaciones por cualquiera que tenga interés sobre el área afectable. . . (incs. e y f). . . por Decreto Supremo se dicta la resolución que fija la extensión afectada, concediéndose derecho de apelación a la parte sobre esta resolución y que debe ejercitar en un plazo de diez días, luego de los cuales en nuevo Decreto Supremo se resuelve definitivamente por parte del Poder Ejecutivo con publicación final. . . (inc: g). La publicación de este último Decreto agota la vía administrativa con lo cual se ratifica al propietario su obligación de entrega del bien y su derecho a recibir el valor indemnizado según la forma de pago prevista. Todo ello a fin de que se cumpla su entrega en término perentorio de quince días bajo apercibimiento de hacerlo cumplir por vía judicial. Asistiendo a su vez al antiguo propietario nuevos períodos para observar el valor recibido, o establecer contención respecto de éste, de acuerdo al sistema de avalúo pericial por ambas partes y según trámite que le señale el juzgado que al efecto tramite el legajo respectivo.

Procurando a su vez evitar intenciones dilatorias que disminuyan o hagan ilusorias, la necesaria rapidez y eficacia del procedimiento. Se advierte en el art. 59 que *"ninguna acción judicial podrá obstruir, detener o paralizar el procedimiento de expropiación. . ."* (26), no admitiéndose en proceso, actuaciones que no sean las que precisamente señala la ley: disponiéndose en el art. 60, una úni-

ca impugnación a la acción que pone fin al procedimiento o a la expropiación que se ventilará ante el fuero privativo y, que no podrá tener como pretensión, la devolución o reposición de la tierra afectada. Para aquel caso en que se afecten negociaciones, el art. 61, prevé la actuación expresa de la DGRA y AR, que podrá declarar su intervención, ocupación y administración, dictada y ejecutada administrativamente con el auxilio eventual de la fuerza pública si fuere necesario.

Determinado así el procedimiento que reincorpora al patrimonio estatal, desde extensos territorios de gran riqueza natural, como los latifundios agroindustriales de la costa, hasta tierra de cultivo bajo riego o de pastos naturales del interior del país, la ley alcanza su primer cometido: el de eliminar la contradicción latifundio-minifundio (27): problema no solo de carácter económico social que incidía directamente en el bienestar de la población, sino de carácter político en cuanto era verdadero centro de poder de grupos privilegiados que hacían del ejercicio de su libertaria actividad económica, a través de la Asociación Nacional Agraria, un fuerte obstáculo para el desarrollo nacional.

Respecto del proceso de afectación como tal, en cuanto revertía al Estado nuevos dominios para posteriores adjudicaciones de carácter asociativo, individual o cooperativo y en cuanto sentaba la base para un nuevo tipo de producción y productividad del agro. Existen criterios diferentes (28) en virtud de analizarse el problema desde diferentes

(26) Como consecuencia del procedimiento de expropiación seguido por la DGRA y AR, contra la Sociedad Capriotta y dos" contra la resolución administrativa que ordenaba afectar y en forma subsiguiente expropiar. No habiendo sido planteada la impugnación antes de la consumación del acto expropiatorio, el Tribunal Agrario resolvió así: "Los actos administrativos se caracterizan por la presunción de la actividad estatal, ya que la suspensión de la eficacia del acto mientras se ventila su impugnación jurisdiccional puede entorpecer la satisfacción de los intereses públicos con grave daño a la colectividad. Lima, veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y uno". Memoria, supra nota 22, ps. 19-20.

(27) Sobre el tema, *El Seminario de Chiclayo*. Supra nota 16, expresa lo siguiente: "... (7) el seminario ratificó la inconveniencia de la supervivencia de la estructura latifundista indicándose que su eliminación es un prerequisite para la modernización tecnológica, en interés de la población campesina. En este sentido se expresa que sin la ruptura del complejo latifundio-minifundio, el progreso tecnológico (en cuanto alternativa propia a la Reforma Agraria) se divide en favor de las capas terratenientes y en perjuicio de las campesinas más modestas, carentes de recursos para aprovechar la nueva tecnología, con lo que los ricos se hacen más ricos y los pobres más pobres. . .".

(28) MAC LEAN, R., en su ensayo, *supra nota 14*, se refiere en sentido positivo al argumentar que "era el programa" que se ocupaba en el Perú, por erradicarse así la oligarquía terrateniente, eliminar el gamonalismo, determinar que el derecho sobre la tierra se basa en el trabajo sobre ésta, manteniéndose la unidad de la producción de las grandes haciendas y complejos agroindustriales para promover el desarrollo de poblaciones rurales, estableciendo nuevas formas de propiedad, e incorporando al campesinado al desarrollo económico y social. Se argumenta en sentido contrario por parte de otro autor peruano, aduciendo que el sector agrícola del Perú, se hallaba en crisis al momento de promulgar la ley; en cuanto había perdido importancia económica en relación con otros sectores, y en cuanto sin estar en quiebra la ganancia de las empresas agrícolas, eran muy inferiores; siendo un sector que se descapitalizaba constantemente, con migraciones que afectaban la producción, y con poca perspectiva en virtud de la baja de los precios del mercado mundial. Con lo que al darse las expropiaciones en el campo, los grupos terratenientes trasladan sus intereses a otros sectores de la economía —comercio e industria— para ese momento más remunerativos.

SALDIVAR, R., "Elementos para un enfoque general de la Reforma Agraria Peruana", *Rev. Derecho y Reforma Agraria*, Universidad de Los Andes, Venezuela, No. 5, 1973.

puntos de vista económicos y sociales, o etapas a superar en el campo de la política agraria.

Meses después de la promulgación del Decreto Ley, entró en vigencia el así llamado "*Reglamento de Tierras para la Reforma Agraria*" (29), al cual se atribuye la importante finalidad específica de "ejecutar el proceso modificadorio del régimen de tenencia, propiedad y explotación de la tierra"; especificándose en sus tres títulos —afectación para fines de reforma agraria, procedimiento de afectación y abandono de un predio rústico— y que comprende en total 73 artículos y otras disposiciones transitorias; los procedimientos sencillos y expeditos para cumplir la impostergable necesidad social de cambiar las estructuras del agro, en el menor tiempo posible".

III. PATRIMONIO, VALORIZACION DE LOS PREDIOS Y FORMA DE PAGO

A.—Patrimonio y Valorización.

Al tenor del art. 171 será patrimonio asignado a la DGRA y AR; (a).— los predios rústicos y tierras de propiedad fiscal que adjudique el Estado. . . , (b).— predios rústicos expropiados. . . , (c).— donaciones legados y fondos recibidos a fines de reforma agraria. . . , (d).— bienes de herencia vacante. . . , (e).— asignaciones presupuestales del Estado. . . , (f).— el producto de multas aplicadas a tenor de la ley. . . , y, (g).— intereses que devenguen los respectivos depósitos (de dichas multas) en cuentas corrientes.

En lo que a valor y pago de tierras de propiedad privada para reforma se trata, el texto de ley en estudio formula según se verá un buen criterio de indemnización. Tal aspecto es obviamente fundamental; un pago en condiciones onerosas para el Estado (como si fuera de simple traslación privada) no solo hace ilusorio el afán redistributivo econó-

mico de la reforma, sino que también y en buena parte, decide la suerte de la reforma en sí.

Pagar o no pagar los bienes que se adquieren (30), si ese pago debe ser en dinero corriente o en bonos, de existir estos últimos con qué tipo de intereses, naturaleza y plazo de remisión. Si a su vez debe reconocérseles renta accesoria como compensación a la pérdida adquisitiva de su valor nominal en el mercado, o en su defecto, si para no extraer numerario del afán redistributivo de la reforma, se puede compensar el pago con tierras del Estado aún no cultivadas, imponiendo así a los expropiados el mecanismo de la permuta forzosa (31). Son éstas, algunas de las fórmulas que rodean la problemática de la "justa indemnización" a los dueños de fundos que son objeto de expropiación. Mas en realidad tal situación de pago no es sino la segunda fase de la problemática de adquisición de tierras por el ente de reforma, ya que antes de ésta, se encuentra el criterio —a escoger— para valorizar el bien.

En el Perú, el Decreto Ley objeto de análisis en su art. 63, establece como justo precio a las tierras y demás partes expropiadas el de la "valoración oficial" determinado a base de un padrón predial. Mas no habiéndose confeccionado este último al momento de vigencia de la norma, establece como base de indemnización de carácter transitorio y por su orden: (a).— el autoavalúo rendido por el propietario a efecto declaratorio de impuesto sobre propiedad rural; o en su ausencia, (b).— el valor expresado en la última transferencia de dominio a título gratuito u oneroso sobre la cual se paga dicho impuesto. Estableciendo a su vez para aquellos predios de cultivación indirecta que superen el triple de la unidad familiar, un monto de indemnización que se calculará, promediando el valor que resulte de capitalizar al seis por ciento

(29) Decreto Supremo No. 163-69 de 19 de agosto de 1969. Con posterioridad a la emisión de este último decreto el articulado de ley continuó siendo reglamentado, en todas aquellas regulaciones propias, o materias complementarias que se hacían necesarias para su correcta aplicación. Más tarde, en agosto de 1970 fue aprobado el texto único concordado de la ley de Reforma Agraria, que refunde en un solo instrumento las disposiciones sucesivamente dictadas. En consecuencia con tal actitud de vigilancia ante la aplicación de las diversas regulaciones de reforma, en 1973 se promulgó la Nueva Ley Orgánica del Sector Agrario (Decreto Ley 19608). Lo cual reviste singular importancia porque al definir el ámbito del sector agrario determina el contenido del Derecho Agrario Peruano y los límites de la jurisdicción que lo actúa.

(30) En la formulación de recomendaciones denominada "Estrategia para la Segunda Década de Desarrollo" del Informe del Comité Especial sobre Reforma Agraria, *supra* nota 10, se expresa "... no hay duda de que el reconocimiento de la compensación también previstos en la mayor parte de los Estatutos Constitucionales vigentes deben ajustarse a condiciones compatibles con los recursos del país. La adquisición de tierras para cambiar la estructura de la tenencia de la tierra es solo el primer paso de la reforma agraria y por lo tanto no se pueden comprometer todos los recursos disponibles en el pago de tierras, aplazando otras medidas indispensables. . .". P. 54.

(31) En tal sentido se recomienda dicho mecanismo de permuta forzosa de fincas rústicas, con el que los Estados de países subdesarrollados, podrán con base en tierras de su pertenencia, pagar los fundos expropiados a sus dueños, no debiendo extraer así, recursos económicos en dinero o bonos que eventualmente harían aún más débil su escasa capacidad para financiar adecuadamente la Reforma Agraria. . . MENENDEZ, J. *Problemática Jurídica de las Reformas Agrarias Integrales* Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1971, ps. 266-67.

(en caso de arrendatarios) y al nueve por ciento (en caso de feudatarios) la renta líquida sobre la que se pagó el impuesto a la renta predial, durante los últimos tres años anteriores a la fecha de valoración.

Cuando el cálculo debe ser sobre bienes pertenecientes a personas exoneradas del pago del impuesto o renta predial, se calcula de acuerdo a como lo expresa el art. 64, según se trate de predios explotados directamente; o por arrendatarios, u otros agricultores no propietarios, o por feudatarios; sobre la base de la suma capitalizada anualmente a un seis por ciento en los dos primeros casos, y de un nueve por ciento en el tercero, o sobre la renta líquida promedio obtenida en los últimos tres años anteriores a la fecha de la valoración de acuerdo con los correspondientes contratos y/o libros de contabilidad que deberá presentar al propietario.

Previéndose en disposición aparte (art. 65) la valoración por separado de las plantaciones permanentes y ganado (este último por disposición del art. 178 se pagará al contado) que se hará por el precio de plaza, estimación de contabilidad o estado de instalación de acuerdo al caso.

B. Forma de pago.

En el capítulo II, (arts. 173 a 181) se determina el pago en bonos de la deuda agraria, en acciones de fomento industrial y al contado.

Emitiéndose dichos bonos, por el Poder Ejecutivo, hasta por la suma de "Quince Mil Millones de Soles Oro" y de acuerdo a tres clases, así denominadas: A, B y C, que devengarán por su orden intereses anuales del 6, 5 y 4 % (por ciento) al revalidar sobre los saldos deudores en efectivo y/o en acciones, de acuerdo a lo que estipula la ley, en el plazo de 20, 25 y 30 años respectivamente, a partir de la fecha de su colocación. Siendo dichos bonos acumulativos de intereses, exentos de todo impuesto, nominativos e intransferibles, teniendo a su vez la garantía del Estado sin reserva alguna, sin

perjuicio de la afectación en garantía de todos los bienes y rentas de la reforma agraria. Atribuyéndose al Banco de Fomento Agropecuario del Perú, carácter de fideicomisario irrevocable de dichos títulos.

Como punto de relevante importancia cabe destacar la intención productiva que se le atribuye a los fondos de dichos bonos, así prevista en el Decreto Ley, al encomendar al Banco de Fomento Industrial recibir del Banco Agropecuario los fondos necesarios provenientes de la amortización de los bonos de Deuda Agraria que posea en cartera, a fin de formar, organizar y poner en funcionamiento empresas industriales destinadas al pago de la Deuda Agraria (32). Dichas acciones se otorgaron a los tenedores de bonos, ya en parte invertidos industrialmente, pudiendo éstos canjear así sus bonos restantes por las acciones que sean equivalentes a su valor (y hasta por el 50 % del valor de dicha industria) recibiendo a su vez el Banco de Fomento Industrial como financiación por parte del Estado el equivalente a un 1 % de su presupuesto anual, a fin de lograr sus cometidos (33).

El criterio de pago al contado se da respectivamente con límites máximos de: 100, 50 y 25 mil soles oro, en relación con aquellos fundos cultivados directamente —u arrendados—, ociosos y enfeudados y según reúnan las condiciones económico-sociales señaladas en los arts. 28, 29, 31 y 34 respectivamente. De ser su valor máximo superior a esas cifras el faltante habrá de pagarse con bonos de clases A, B y C respectivamente. Estableciéndose asimismo en el art. 179 que cuando la expropiación habrá de efectuarse sobre el conjunto de una negociación agroindustrial, se pagará en efectivo hasta un millón de Soles Oro, el resto en bonos de tipo A o B, según se trate de predios a conducción directa o arrendados.

Posteriormente y en acatamiento a más específicas regulaciones sobre indemnización de predios expropiados se emitió el "Reglamento de Valoraciones y Formas de Pago en las Expropiaciones de la Reforma Agraria" (34). Constante de cuatro

(32) El Informe del Comité Especial sobre Reforma Agraria, lo considera en su concepción genérica de "...transferencia del monto de las compensaciones a otros sectores de la economía. . ."

Supra nota 10, p. 35.

(33) Al combinar el Decreto Ley en estudio formas de subsistencia y desarrollo económico a la reforma agraria de diversa fuente, tal es el caso de los bonos de la deuda agraria, de partida presupuestal anual, de pago de parcelas por parte de sus beneficiarios y de acciones de fomento industrial, logra apoyar sobre el sector público y privado el costo de la reforma.

En cuanto a recursos financieros, analiza las distintas fuentes económicas que al efecto pueden darse en un proceso de reforma agraria.

FRANCO, A. *Supra nota 5, ps. 91 a 95.*

(34) Decreto Supremo No. 18189 del 16 de setiembre de 1969.

títulos y ochenta y tres artículos que establecen el procedimiento para valorizar las tierras, construcciones, plantaciones y ganado. Así como las indemnizaciones y formas de pago, encargándose dicha tarea a la DGRA y AR.

IV. ADJUDICACIONES, ASISTENCIA TECNICA Y DE CREDITO

A.— Adjudicaciones.

Se enuncian dos tipos de adjudicaciones que se hacen en propiedad (35) a favor del adjudicatario, sea éste persona física o jurídica.

Las adjudicaciones son de tipo individual, para campesinos sin tierra o que teniéndolas sean insuficientes; y de tipo social, en favor de comunidades campesinas, cooperativas o sociedades agrícolas de interés social.

Para aquellas adjudicaciones de tipo individual se concede un derecho prioritario absoluto, a feudatarios y pequeños arrendatarios en su misma zona de cultivo o en futuros programas de colonización (art. 76), y en explotaciones que satisfagan la extensión de la unidad agrícola familiar, según su zona de ubicación, de acuerdo a planes de asentamiento rural (arts. 78, 80 y 81).

Definiéndose estas adjudicaciones individuales a través de un contrato de compra venta con reserva del dominio, de acuerdo a un precio fijado en función de la capacidad económica de la unidad agrícola, que es objeto de la adjudicación (art. 83). Precio que se paga en veinte anualidades o menor plazo si así fuere posible al adjudicatario. Dejándose a facultad de la DGRA y AR, la posibilidad de fijar un número de años muertos (en cuanto a suspensión de pago) nunca mayores de cinco años, así como fijar sus intereses y pago en armadas anuales, nunca menores a la merced conductiva que pagaba el adjudicatario.

Obligándose así, al nuevo dueño a cultivar di-

rectamente, a no transferir sus derechos sin previo permiso administrativo legal, salvo que se halle ya agotado el pago, a satisfacer plenamente éste, a contribuir a obras de interés común, a integrarse cooperativamente cuando así fuere necesario y a acatar directrices de tipo administrativo y técnico. Pudiendo producirse la cesación de su contrato con fundamento en un incumplimiento de las condiciones anteriores, o por deudas de dos anualidades consecutivas al pago de éste.

En lo que a comunidades campesinas se refiere —así denominadas según se dijo a las antiguas comunidades indígenas— se les propicia una organización cooperativa con sentido técnico, rodeándose a su propiedad de una serie de garantías (no fragmentación, transferencia directa de tierras solo a favor de otras cooperativas o Sociedades Agrícolas de Interés Social, prevalencia de propiedad social sobre el disfrute posesorio individual de los comuneros, reversión a familias de la comunidad de los derechos del comunero usuario que fallece, recuperación de parcelas no explotadas o abandonadas por los comuneros, etc.); y estableciéndose un procedimiento especial ante los Jueces de Tierras (art. 123 inc. 1 al 7), para ventilar los juicios pendientes que se promuevan en lo sucesivo entre estas comunidades y el Estado o particulares, sobre mejor derecho de propiedad o de posesión de las tierras.

En las adjudicaciones que se realizan a favor de las Sociedades Agrícolas de Interés Social (SAIS), podrán contemplarse además tierras, ganado, cultivos, instalaciones y equipos. Así como la administración de tierras comunales y otros bienes que se exploten conjuntamente con las tierras adjudicadas (36).

Se establece asimismo un derecho preferencial de adquisición para aquellos cultivadores indirectos —feudatarios y pequeños arrendatarios— art. 76, y —yacaonas, aparceros, arrenderos, allegados,

(35) Los conflictos sobre transferencia de propiedad han ocupado un gran porcentual de la actividad jurisdiccional de los Tribunales Especiales. A manera de ejemplo citamos el que sigue con el extracto de la sentencia respectiva. Como consecuencia de una demanda incoada contra un feudatario ocupante en tierra comprendida en zona de Reforma Agraria, por el propietario que habría de expropiarse, el Tribunal Agrario al momento de ocuparse sobre la transferencia del derecho de propiedad y protección del nuevo ocupante determinó: "Declarado feudatario beneficiario del título XV de la Ley Agraria, respecto de la parcela sub litis, el derecho de propiedad se convierte en un derecho de crédito sobre el monto de la indemnización por la expropiación respectiva, que no convalida acción alguna tendiente a desalojar a éste. Lima, dos de noviembre de mil novecientos setenta". *MEMORIAS del Presidente del Tribunal Agrario, año judicial agrario, 1970-1971. P. 34.*

(36) La gestión agraria anterior a la reforma ya fuera individual o social se realizaba en lo fundamental a través de cuatro formas de propiedad, a saber: (a)— Propiedad Privada, (b)— Propiedad Comunal, (c)— Propiedad Estatal, (d)— Propiedad Social o de Grupo (de comunidades indígenas). En la estructura agraria reformada junto a los beneficiarios a título individual se regulan los de tipo social. Desarrollándose estos últimos su gestión agraria a través de dos mecanismos fundamentales: (1)— Cogestión y (2)— Autogestión o Gestión Democrática Autónoma, que se concretan en los siguientes modelos productivos: (a)— Cooperativas Agrarias, (b)— Sociedades Agrícolas de Interés Social, (c)— Cooperativas Comunales, (d)— Comunidades Campesinas y (e)— Empresas de Propiedad Social. *ENCIRA, supra nota 20, ps. 7, 8, 10, 12 y 13.*

colonos, mejoreros, precarios, pequeños arrendatarios y subarrendatarios— (37) del art. 188; en cuanto en el primer caso se concede a éstos prioridad absoluta para la adquisición de las tierras que estuvieron trabajando, si estos se hallan ubicados en la zona de reforma agraria; o en el caso del art. 188, cuando no siendo dichas tierras parte de dichas zonas, éstas pasan en forma inmediata y directa a propiedad de dichos cultivadores, hasta el último límite máximo de 15 Htas. en la costa, y 30 en la sierra, selva y ceja de selva.

Convirtiéndose asimismo en propietarios hasta el límite antes dicho a aquellos ocupantes de terrenos públicos, en ceja de selva y selva de propiedad del Estado, que teniendo cultivada una extensión mínima de cinco hectáreas hallan ya iniciado expediente de denuncia, a fin del respectivo reconocimiento de su derecho según disposiciones especiales: V, VI y VII del texto de ley.

Dichas adjudicaciones quedan sujetas al pago del impuesto al valor de la propiedad predial y al momento de adjudicarse se les fija su dotación de agua. A su vez la puesta en marcha del procedimiento de adjudicación suspende la tramitación de los juicios de desahucio y de avisos de despedida referentes a parcelas de predios rústicos; excepto que dicho proceso de desalojo se haya iniciado por falta de pago de la merced conductiva pactada.

Obvio resulta considerar a tenor de la ley que el conceder un derecho absoluto de prioridad para eventual adquisición en propiedad, o el convertir en directos propietarios a los antiguos arrendatarios, obedece a modernas corrientes de análisis jurídico y socio-económico, que traslucen a través de dichos procedimientos recomendados (38), una efectiva forma de resolver la explotación humana en el campo y de aumentar la producción social y la productividad hombre —recursos productivos— así como un buen mecanismo para resolver por una de sus manifestaciones más conspicuas, el problema de la tenencia de la tierra. A pesar de que el

procedimiento como tal, no satisfaga criterios más rigurosos en cuanto evaluación política agraria del proceso (39), por cuanto se le considera como continuador de la privatización de la producción agrícola, ignorando luchas por la tierra que en el Perú se habían desarrollado con alto costo a través de décadas enteras, y porque deja en fin al antiguo feudatario, ahora nuevo dueño, sometido al control jurídico del contrato de compra venta y sin mayor promoción de él, ni de su clase social, que en lo fundamental seguirá regida por las leyes del mercado.

B. Asistencia Técnica y Crediticia.

Regula en este aspecto el Decreto Ley en estudio, el mismo derecho preferencial que en cuanto a adjudicación en propiedad da a favor de los beneficiarios de reforma agraria (art. 97), estableciéndose tal orden de prioridad para ser otorgado, el de Cooperativa, Comunidades Campesinas, Sociedades Agrícolas de Interés Social y pequeños y medianos propietarios.

Debiendo otorgarse dicha asistencia en coordinación con el Ministerio de Agricultura y Pesquería, Oficina Sectorial de Planificación Agraria, de acuerdo a zonas de desarrollo agrario (en definitiva fueron doce en todo el país) que en sus condiciones particulares incluirán programas de investigación, extensión, fomento, crédito, defensa, comercialización y otros que necesariamente contemplarán las acciones del cambio en la estructura de la tenencia de la tierra.

Destinándose a tenor del art. 94 por parte del Ministerio dicho, una suma acorde con la magnitud y naturaleza de los proyectos que tenga en curso, destinado a la constitución e incremento de un fondo de fideicomiso en el Banco de Fomento Agropecuario, para el otorgamiento de préstamos denominados "Créditos de Reforma Agraria", y asumiéndose asimismo, por parte del Estado la organización de un seguro agropecuario (art. 96) pa-

(37) Se plantea respecto de términos específicos como estos y otros que refieren a regionalismos lingüísticos relacionados con diferentes procesos de reforma agraria o de producción agrícola, toda una rica terminología aclaratoria de indudable valor práctico, para una correcta inteligencia de dichos vocablos locales, en: SANTOS DE MORAIS, C. *Diccionario de Reforma Agraria Latinoamericana*. EDUCA, San José, 1973.

(38) Entre otros, el Seminario de Chiclayo, *supra* nota 16, recoge cuanto sigue en su punto VII "Marco Institucional, Aspectos Legales y Administrativos", 2. . . Aspectos Jurídicos.

"Una Reforma Agraria debe establecer nuevas formas y relaciones de tenencia, así como los medios que habrá de utilizar para lograrlas. Lo fundamental es afectar la estructura de tenencia y uso de la tierra, a través de la expropiación y transferencia de los derechos de propiedad o de uso de la tierra a los campesinos, garantizándoles de esta forma seguridad en la tenencia". P. 15.

(39) Lo afirma en este sentido en cuanto plantea como parte del espíritu de la ley, "el formar un sector agrario con dominancia de los medianos y pequeños propietarios privados, lo que imposibilita un verdadero desarrollo del agro. . .".

SALDIVAR, *supra* nota 28, p. 60.

ra cubrir los riesgos de sequía, heladas y otras calamidades, garantizando a los agricultores el monto de las inversiones efectuadas en las explotaciones agropecuarias, cuando estas se pierdan total o parcialmente.

V. OTRAS REGULACIONES LEGALES PARA EL DESARROLLO AGRARIO (40).

A.— Parcelaciones por iniciativa privada.

Tienen como fin incorporar coetáneamente al proceso, todas aquellas tierras aún no comprendidas en los planes de afectación general que establece el Decreto Ley, con un procedimiento en que a voluntad de sus legítimos dueños y propiciado y controlado por el Estado, se parcelarán predios rústicos en proporciones no inferiores a la unidad agrícola familiar, ni superiores a los mínimos inafectables. Todo ello con el fin de aumentar el número de propietarios y difundir la pequeña y mediana propiedad rural.

Es en realidad un medio alternativo de desarrollo agrario que se ofrece a los propios dueños, a fin de que por una acción coordinada de tipo mixto democratizen su propiedad por medio de ventas legalmente realizadas y controladas. En cuanto a precios, objetivos de zonas de desarrollo agrario, aprobación previa de planes de parcelación, exoneración de pago de impuestos por cierto tipo de transferencia, autorización de la DGRA y AR para la emisión de escrituras públicas y eventual inscripción registral de dichos bienes y otros.

Más tarde, una minuciosa regulación del procedimiento optativo concedido a los dueños hizo necesario emitir "El Reglamento de Parcelación Rural por Iniciativa Privada" (41). Que complementa el fin de la ley, a la vez que cautela el estricto cumplimiento de sus disposiciones.

En él se definen las diversas clases de parcelación rural, con sus áreas máximas y mínimas de

acuerdo a la zona, procedimiento de aprobación por parte de la DGRA y AR, casos en que procederá, exoneración fiscal por causa de contratos de traspaso y eventual garantía de estos por parte de la Dirección, normas para habilitar un predio rústico o parte del mismo para el establecimiento de centros poblados u otras disposiciones atinentes a salvaguardar derechos de los agricultores, eventualmente perjudicados por efectos de la parcelación.

Valga anotar que no obstante el sano cometido de tales disposiciones —en cuanto era autolimitación de las partes a sus propios predios— en la práctica, no del todo operó, toda vez que algunos grandes propietarios realizaron transferencias simuladas a familiares y allegados a la familia, con el objeto de mantener el fenómeno de tenencia real (toda vez que formalmente sí cambió) de la propiedad y con ello, negar el principio de un mayor número de propietarios en posesión de un mayor número de parcelas produciendo.

La notoriedad de la violación obligó a revisiones de oficio, por parte de la DGRA y AR, que comprobaron vicios esenciales y formales de algunas parcelaciones con lo que hubo de anularse algunas ya efectuadas por resoluciones que señalaban tales defectos, circunstancia eventual ya contemplada en el texto original, en el art. 113, que al efecto señalaba como afectables por la DGRA y AR aquellos predios que sean parcelados en contravención a lo dispuesto por el texto de la ley.

Concretizando aún más tal prevención del art. 133, el Decreto Ley No. 18003 de 25 de noviembre de 1970 establece entre otras regulaciones, un sistema de modificación al título IX de la Ley (de parcelaciones privadas) a la vez que norma el sistema de sanciones para expropietarios de fundos ilícitamente parcelados. Con todo y que, al decir de otros analistas del proceso (42), dichas medidas

(40) CARRERA, R. En su ensayo titulado "Derecho Agrario para el Desarrollo - El caso de la Argentina", haciendo una evaluación no muy optimista sobre lo que hasta ahora se ha logrado (a pesar de que los objetivos formales de las disposiciones agrarias sean otros), determina como recomendable emitir disposiciones para el desarrollo agrario en su país al menos en los siguientes objetivos: (a)— el de la función social productiva de la tierra, (b)— la eliminación de tierras improductivas no explotadas o mal explotadas, (c)— el de unir la titularidad del bien agrario y de su explotación, (d)— que la tierra valga por su producción real, (e)— que la tierra debe pagar un impuesto territorial que tenga en cuenta el valor potencial de la producción, (f)— prohibición de especular con la tierra, (g)— extinción del dominio agrario en favor del Estado por tenencia de tierra improductiva, (h)— señalamiento de un máximo y un mínimo al límite cultivable, (i)— pago de expropiación con bonos agrarios y (j)— derecho al crédito y a la asistencia. *Rivista di Diritto Agrario* (fascicolo speciale - del Cinquantenario e Commemorativo de Giangastone Bolla), 1972, ps. 901-902.

(41) Decreto Supremo 165-69, A.P. de 19 de agosto de 1969.

(42) Se expresa negativamente al afirmar. Las parcelaciones por iniciativa privada como tales, son la medida más reaccionaria del proceso de Reforma Agraria, porque privan al pueblo de su propiedad, refuerza sectores medios en el campo elimina organizaciones obreras, y en nada termina con la injusticia. SALDIVAR, R., *supra* nota 28, p. 58.

son más bien de franco retroceso jurídico y socio-económico.

B. Contratos Agrarios.

El título XI que regula estas figuras, lo divide en dos capítulos, el primero refiriéndose a los arrendamientos y el segundo a los contratos agro-industriales.

Se advierte la prohibición del contrato de arrendamiento en zonas de reforma agraria y cuando sea con dimensión menor a la unidad agrícola familiar. Limitándose y dejándolo sujeto a las modalidades de la ley en otras zonas, e impidiendo a los adjudicatarios de reforma el arrendamiento de las tierras recibidas. Se concede a los arrendatarios el derecho de retracto del predio conducido en caso de traspaso de éste, exceptuando dicha situación solo en el caso de traspaso sucesorio (art. 128); y se anulan con carácter social protectorio respecto del mismo contrato (a fin de evitar dependencias personales de uso frecuente), aquellas disposiciones por las que deba el arrendatario recibir exclusivamente suministros del propietario, venderle sus productos, beneficiarlos en sus instalaciones, establecer determinadas plantaciones que queden a beneficio del fundo, pago de merced conductiva en especie o por adelantado o en plazos menores de un año, y cualquier otra causa en que se pretenda obligarlo a comerciar en forma exclusiva con el propietario o a dar un pago diferente al de la merced conductiva en dinero efectivo.

Solo procediendo acciones de desahucio en su contra por falta de pago de la merced conductiva, por vencimiento del plazo del contrato (excepto caso de estar dedicado a producción eficiente de alimentos), o por ceder el contrato o subarrendar.

Se establece en cuanto a monto de la renta del arrendamiento, que ésta no podrá exceder el equivalente en dinero del diez por ciento de la producción bruta anual del fundo. En cuanto a tiempo, que no podrá ser contractualmente menor a seis años. En cuanto a pago de mejoras, el debido reconocimiento de las útiles y necesarias, aunque se advierte que, el no pago de ésta, no establece

hipoteca legal sobre el fundo ni autoriza retención sobre aquél.

Se establece asimismo en el art. 142 como norma regularizadora, que los contratos de arrendamiento que consten en documentos privados, podrán ser inscritos en el Registro de la Propiedad si tienen legalización de las firmas, por Notario Público o por Juez de Paz y dos testigos, o si están (dichas firmas) reconocidas judicialmente.

Declarándose por último, mediante una norma de carácter general, que los derechos de arrendamiento así formulados son irrenunciables, teniéndose por no puestas las cláusulas contractuales que los contradigan o violen, incluso las de fecha anterior a la ley.

En lo que a contratos Agro Industriales (43) se refiere, se les define en forma lacónica, a la luz del art. 144, como el de "compra venta o participación de los productores de la tierra entre agricultores y empresas industriales que utilicen dichos productos como materia prima"; dándose preferencia crediticia a su desarrollo. Creándose un sistema de ejercicio paritario del control (productores, industriales) respecto de transformación técnica de productos, formulación legal de suministros, normas de clasificación y ajuste de precio entre ambas partes.

VI. Los Organismos de la Reforma Agraria.

A.— En lo administrativo.

Administrativa y jurisdiccionalmente el Decreto Ley en estudio, formula los entes que habrán de plasmar práctica y operantemente todas las normas que al efecto se estatuyen.

Es el Ministerio de Agricultura y Pesquería, quien al máximo nivel de decisión dirige la política de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, según se ha analizado en diversos capítulos (declaración de zonas de desarrollo agrario, política de afectación de predios, etc.) y quien asimismo delega en su Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, todas las acciones atinentes a dicha política, actuando para los efectos de afectación, adquisición, expropiación y adjudicación con

(43) Dicha figura contractual de gran actualidad jurídica y de promisorias perspectivas en el proceso de integración productiva recíproca de la agricultura y de la industria, recibe en la ley objeto de nuestro estudio una regulación pionera, en cuanto es de las primeras leyes de Reforma Agraria que comienza a tratarla. Les Contrats d'intégration dans l'agriculture et leur réglementation en droit français. Con este título se realiza una interesante exposición sobre el mismo tema por el Prof. PREVAULT, J., en la relación presentada a la "Giornatta di Diritto Agrario Europeo - Firenze 15-4-77". Haciendo referencia en tal ocasión a los arts. 17 y siguientes de la ley de 6 de julio de 1964 que los regula, según texto de Code Rural, ps. 692-693.

personalidad jurídica propia. Siempre con carácter subordinado respecto del Ministerio mismo.

De igual manera la DGRA y AR, percibe, administra y rinde cuenta de los fondos que le son asignados, con fines de reforma agraria, evalúa el monto de los ingresos anuales y elabora el plan anual de inversiones. Dictamina sobre proyectos de asentamiento rural, se apersona en toda clase de procedimientos cualquiera que sea el fuero a que corresponda. Impone las sanciones por el incumplimiento de normas de la presente ley. Hace cumplir las resoluciones del Ministerio, otorga contratos de adjudicación y adquisición, empadrona adjudicatarios y queda facultada por espíritu del mismo art. 150, (que desglosa sus funciones) para delegar en sus funcionarios actuaciones propias de su competencia.

Un comité coordinador integrado por Directores de las Direcciones del Ministerio (Reforma Agraria, Aguas e Investigación y Promoción Agropecuaria) y el Gerente del Banco de Fomento Agropecuario del Perú, coordina las acciones respectivas dentro de las zonas agrarias. Cada una de las cuales, tendrán a su vez un Director, quien tiene bajo su responsabilidad directa la ejecución de la reforma agraria en su zona, bajo todos sus efectos directos y complementarios, y con subordinación ante el Director de la DGRA y AR en primer lugar, y ante la Dirección General del Ministerio como instancia superior de este.

Referencia adicional merecen también en el aspecto administrativo los así llamados "Comités Especiales", que regulados en los arts. 68 y siguientes, tenían como función el administrar temporalmente (44), las negociaciones de predios rústicos y

demás bienes expropiados hasta el momento en que fueran adjudicados administrativamente.

Comités que se constituían por Resolución Suprema del Ministerio y en el cual se hallaban representantes oficiales del ente expropiado y/o de sus trabajadores, y de cualquiera otra parte que así se considerase afectada; y que tenían al momento de su actuación facultades propias y personería legal, para el ejercicio de operaciones civiles y comerciales que así le fueren necesarias. A manera de ejemplo podrían ser, la administración de fondos para gastos de operación, la facultad para comparecer en proceso judicial o administrativo; para enajenación de frutos, semovientes, bienes muebles, contratación de personal idóneo y otros.

Debiendo durar éstos en sus funciones, hasta que así se acordase por Resolución Suprema.

B. En lo Judicial.

Acogiendo la necesidad de crear una jurisdicción especializada (45) que ya de por sí existía en el Perú, en cuanto ya operaban para este momento, los fueros privados de lo militar, de trabajo, el Tribunal de Aduanas y el Tribunal Fiscal Administrativo, Se persigue ahora al amparo del art. 229 de la Constitución Política que permite crear Tribunales Especiales y con la organización del fuero privativo agrario, el importante fin de no sujetar la justicia agraria (obviamente necesitaba de celeridad y eficacia) a la secuela interminable de litigios y reclamaciones propias del procedimiento ordinario. Se estructura dicho fuero especializado (46) en lo fundamental por dos instancias. Una primera a nivel administrativo de zonas agrarias, y ejercida en lo judicial por un Juez de Tierras que

(44) "La experiencia demuestra que entre el momento de la formalización de la adquisición de las tierras y su adjudicación temporal o asignación, transcurre un período que es necesario racionalizar administrativamente. Así se ha reconocido en forma explícita en varias legislaciones de Reforma Agraria. Algunos participantes manifestaron que la fórmula más adecuada para la etapa de transición es la administración directa por el Estado, con un máximo de participación campesina, siempre y cuando este procedimiento no genere derechos ni expectativas que distorcionen posteriormente los objetivos y forcen a los organismos ejecutivos a realizar adjudicaciones defectuosas". CHICLAYO, *supra* nota 16, p. 17.

(45) "De especial importancia en el afianzamiento de la Reforma Agraria y como medio para lograr la participación plena del campesinado en la vida institucional, es la transformación de los sistemas judiciales que generalmente no se adaptan, ni siquiera, a las necesidades del campesinado menos a la Reforma Agraria. . ." se recomendó que los países de la región adecúen sus ordenamientos jurídicos estableciendo medios procesales y jurisdiccionales que reúnan en un solo sistema todos los problemas relativos al Derecho Agrario. Dicho sistema debe comprender procedimientos sencillos que se lleven a cabo en términos perentorios, así como tribunales especializados que garanticen el imperio de la justicia social en el campo. . .". Ibid, p. 16. Elocuente resulta asimismo refiriéndose a igual tema, el *Estudio Legislativo No. 5 de la FAO*, denominado "Derecho Agrario y Justicia Agraria", toda vez que analiza a la luz de casos prácticos y en forma comparada (en cuanto experiencia jurisdiccional) y por países, el fenómeno agrario tratado en jurisdicciones ordinarias (Ej. Argentina, Colombia, Ecuador y otros). Y este mismo sustanciado en jurisdicciones o fueros especializados (Ej. Chile, Uruguay y otros) en cuanto se refiere a América Latina. Roma, ps. 54, 55, 56, 59.

(46) "La experiencia realizada en el Perú, donde ha sido instituido un sistema judicial agrario muy elaborado, parece haber dado resultados altamente especializados, si nos fundamentamos en los informes de actividades presentados por las autoridades responsables". Ibid, p. 68.

conoce en primera instancia de los conflictos y controversias que se suscitan con objeto de las regulaciones de la presente ley, que depende en lo disciplinario y administrativo de la instancia superior y que se elige por el Presidente de la República, a solicitud de esta misma instancia (47).

El procedimiento que ante este Tribunal se sustancia lacónicamente se expresa con la demanda que la parte alega (con arreglo a las formalidades de la legislación civil) y con aporte simultáneo de la prueba correspondiente (la carga de ésta corresponde al expropiado), corriéndose el traslado que deberá ser contestado en plazo improrrogable de seis días con la respectiva prueba. Abriéndose a pruebas el juicio por diez días, salvo actuaciones extraordinarias así ordenadas por el Juez. Luego de lo cual e inmediatamente después se dicta sentencia (arts. 163 a 166). La cual es apelable ante la segunda instancia, así llamada "Tribunal Agrario" (48) definido en el art. 153 como aquel "encargado de conocer y resolver en instancia definitiva los conflictos y controversias que se originen con motivo de aplicación de la presente ley de derecho agrario en general"; y ante el cual, puede deducirse, la excepción de jurisdicción, a fin de que cualquier acto de reforma o de derecho agrario sustanciado ante los tribunales comunes se dirima ante el nuevo fuero especializado, y cuyas resoluciones son inapelables y con carácter de cosa juzgada.

Está constituido en lo orgánico por cinco vocales (luego se redujeron a tres) a elección del Poder Ejecutivo con voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y para un período de seis años, con eventual reelección, siendo presidido por un vocal elegido por los demás miembros y que ejerce su cargo

por dos años, con voto dirimente a su favor en los casos necesarios.

Planteada la apelación ante el Juez de Tierras, en el término de la ley —cinco días— el Tribunal Agrario debe resolver en los ocho días siguientes previo informe de sus departamentos especializados.

Subsanándose las omisiones normativas del procedimiento que así se establece con el carácter supletorio que al efecto se confiere por el art. 169 a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VII. ALGUNAS IDEAS PARA CONCLUIR

Por ser América Latina un continente en constante cambio político, —por ende también jurídico— el título que enfrenta este comentario —en tanto último decreto ley— no es sino la prevención al lector de un articulado que pronto quizá, no sea ya tan novedoso y en consecuencia adjunto a la generalidad y cantidad de leyes de Reforma Agraria, que ya conoce nuestra Historia. Mas no por tal prevención histórica así advertida, se demerita el contenido de la regulación analizada. En ésta se regulan en forma coherente todas aquellas situaciones agro sociales que de una forma u otra son una constante, en nuestras crudas realidades aún gobernadas por extrema irracionalidad en lo que a producción agrícola se refiere. Lo cual hace cada vez más vigente la necesidad de verdaderas Reformas Agrarias en América Latina. Obvio citar al efecto, en nuestro caso de estudio todas las prevenciones de la ley, que con óptica futurista interviene, desde los latifundios agro industriales de la costa (de tradicional detentación extranjera) para intentar convertirlos en empresas productivas nacionales de nuevo tipo. Hasta regular con detalle, aspectos más

(47) Refiriendo al sentir diferente que inspira al nuevo proceso, y a los principios que dinamizan su acción, el Dr. Figallo los resumía así: "La creación de los tribunales agrarios sea cual fuere la cuantía del asunto litigioso, es de importancia fundamental entre otras, por las siguientes razones. La especialidad en el conocimiento de la materia, que permite una mejor apreciación de las cuestiones planteadas y una mayor seguridad jurídica en las decisiones; la creación de una jurisprudencia agraria uniforme, que determinará el contenido y alcances de la legislación agraria y la elaboración de una doctrina de derecho agrario la cual, a su vez, influenciará en la legislación; y en la garantía para la defensa en juicio de los campesinos. . .". "En cuanto al proceso en sí mismo, las normas que regulan la actividad jurisdiccional del Fuero Agrario, reposan principalmente en tres principios fundamentales: El impulso oficial, la sumariedad del trámite, y la función tuitiva de los jueces".

MEMORIA del Presidente del Tribunal Agrario, año judicial agrario 1969-70, ps. 19-20.

(48) Mientras los Juzgados de Tierras fueron constituidos escalonadamente luego de la entrada en vigor de la ley, el Tribunal Agrario en tanto instancia superior y definitiva se instaló y comenzó a trabajar el 17 de setiembre de 1969, momento en el cual ya existían 22 jueces de tierras en todo el país. El aumento numeroso de causas por efecto de aplicación de la ley, y por reenvío de causas agrarias de jurisdicción ordinaria (con litigios pendientes de resolver desde 1920) para su conocimiento en la nueva jurisdicción, hizo necesario a medida en que fue pasando el tiempo y aumentando el trabajo, la creación de nuevos tribunales de tierras. Para el cierre del año judicial agrario 1971-72 el total de dichos juzgados era ya de 35 en todo el país. Como dato interesante valga anotar, que el excesivo número de juicios agrarios y el alto índice de su litigiosidad, giraba en lo fundamental alrededor del injusto sistema de propiedad, jurisdiccionalmente expresado en gran cantidad (4480 para el año 1972) de acciones interdictales, y de juicios de reclamo de tierras (471 para el mismo año) en que eran parte las comunidades campesinas.

especializados, sea la unidad agrícola familiar por zonas y por extensiones; el minifundio, la pequeña y mediana propiedad que se promueve, las limitaciones a otras formas de propiedad y la regulación de los contratos agrarios. Todo ello junto a la nueva jurisdicción especializada, la tutela de los derechos de los trabajadores del agro (v. gr. —derechos preferenciales— arts. 188 a 191). Las garantías económicas, técnicas y sociales que se otorgan a los entes de reforma para desarrollarla y a los eventuales adjudicatarios (individuales o sociales) a fin de que realicen un buen trabajo productivo en la nueva estructura.

Formalmente el articulado de la ley, es claro, sus objetivos lo son más aún, es más sus conquistas económico sociales a la luz de la evaluación objetiva de los presupuestos teóricos, que deben informar una Reforma Agraria Integral, arrojan hasta ahora un resultado positivo. Con lo cual queremos decir que luego de la decisión política necesaria a la emisión de la ley, esta misma a su vez ha contado con eficacia, condición que no todos los textos de su género pueden exhibir por igual en la América nuestra.

Aunque parezca un tanto curioso plantearlo, resta aún por saber en su totalidad qué sucederá. Interrogante que adquiere un carácter más actual, al instaurar operativamente el texto dicho en lo sustantivo instituciones de sumo interés al ulterior desarrollo del Derecho Agrario en América Latina —Sociedades Agrícolas de Interés Social por ejemplo— y haberse creado luego entes que habrán de complementar la acción reformadora —v. gr. el SINAMOS— (*).

El mismo hecho inclusive de que posterior a la ley se hallan ido promulgando toda una serie de disposiciones de tipo reglamentario (no todas in-

cluidas aquí), quizá en parte refleja el deseo de eludir "la trampa" tradicional, que las disposiciones de tipo general de muchas leyes similares consagraron, para nunca llegar a concretar, quedando en consecuencia como simples enunciados de valor.

Al advertir el buen articulado de ley y sus actuaciones fácticas posteriores no queremos interpretar que las transformaciones jurídicas en el campo puedan "per se" (en cuanto se expresan a través de leyes especiales), eliminar el drama social campesino de nuestros países y en este caso del Perú. Criterio del cual no se participa; mas no por ello queriéndose endosar tampoco, criterios equivocados sobre el rol del derecho —en este caso especial e indudablemente autónomo—, en sociedades agrarias de tipo feudal, como las nuestras, en las que las leyes agrarias no pueden (por imposibilidad ontológica), resolver problemas atinentes a otras esferas del saber humano (por ejemplo mayor nivel de participación popular en la decisión legal) y cuya valoración como tal escapa al fin de este comentario.

Reflexión necesaria antes de afirmar, que la ley como tal es bastante buena, o al menos así puede deducirse de todos sus apartes estudiados, no solo porque sus presupuestos de fondo y en general su espíritu mismo, permanece a la altura de las recomendaciones que a nivel internacional se formulan en semejantes procesos, sino también por la viabilidad que ha demostrado hasta ahora. Más allá del texto y de su experiencia actual, restan otras consideraciones que hacer, serán objeto de estudios de otra índole y quizá en un momento en que la ley misma, haya sido aún más madurada en el crisol único de toda verdad legal que presuma de validez; en la realidad social.

(*) Sistema Nacional de Movilización Social.



EL ABORTO*

Dr. Jorge Hernán Rojas Sánchez (coordinador)
Lic. Luis Guillermo Rivas Loáiciga
Licda. María Emilia Solera Flores.

CONTENIDO:

Introducción	52
Consideraciones generales, definición y clases	52
Clases de aborto	53
El aborto: Problema social	53
Características del delito	55
Modos de comisión	56
Distintas figuras de aborto en nuestro Código Penal	56
El perdón judicial	61
Conclusiones	61
Bibliografía	62

* Trabajo para el Primer Seminario de Derecho Penal de la Corte Suprema de Justicia.

INTRODUCCION

Para dar un pequeño aporte en el análisis de algunas figuras penales que existen en nuestro país, esta Comisión, empezando por los aspectos generales del delito de aborto, tratará de definir lo que es, primero desde el punto de vista médico y luego tomando esta definición de base, determinar la conducta que el articulado del Código Penal vigente, define como delito de aborto. Por las características que tienen estos hechos, la doctrina los ha definido de acuerdo con los móviles que impulsan a cometerlo, por lo que se hará una especie de clasificación de la figura delictiva.

Siendo el tema del aborto, uno de los más preocupantes de la sociedad moderna por las consecuencias que trae en todos los niveles sociales, creemos conveniente que uno de los títulos del trabajo esté dedicado al problema social del delito, para después dar las características que rodean la figura, de gran importancia para el juzgador quien tiene que darle la calificación exacta, lo que influirá a la hora de imponer la pena, por las diferentes sanciones más o menos drásticas que existen, determinando hasta donde sea posible las formas de comisión, los móviles subjetivos que impulsan a incurrir en este tipo de conductas y analizar, antes de entrar al comentario de nuestra ley, el consentimiento de parte de la mujer quien es la que en forma directa va a sufrir los efectos de las maniobras abortivas.

Ya entrando al aspecto legal del aborto en nuestro país, artículo por artículo, ayudados de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que hemos tenido a mano, trataremos el tema de tal forma, que aclare las dudas que puedan existir acerca de la calificación y sanciones del delito, llamado por algunos feticidio. Empezaremos por el caso de mayor sanción hasta el menos penado, sin dejar de tocar el punto relacionado con la tentativa y los beneficios que puede otorgar el Juez a reos que por circunstancias especiales han incurrido en esta conducta delictiva.

CONSIDERACIONES GENERALES

Definiciones y clases.

Médicamente se entiende por aborto toda expulsión del feto, sea natural o provocada dentro de los seis meses siguientes a la concepción. Los casos restantes se incluyen dentro del concepto del parto prematuro.

Consiste el aborto en la muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por su expulsión prematuramente provocada. La legislación española considera el aborto como un delito de lesión y no de mero peligro y elimina del concepto de aborto, la llamada fecundación in vitro pues presupone que la acción siempre debe caer sobre la mujer (1).

Según Pacheco Osorio (2), se entiende en Obstetricia por aborto la expulsión prematura de la concepción antes de su viabilidad, esto es, antes de cumplirse el término de los ciento ochenta días contados a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Cuando la expulsión se produce después del referido término, se habla de parto prematuro.

Para los efectos penales, el aborto se puede definir como interrupción violenta e ilegítima de la preñez mediante la muerte de un feto inmaduro dentro o fuera del útero materno (3).

Para Carrara, el aborto consiste en la muerte dolosa del feto en el útero, o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del mismo. Al comparar el aborto con el homicidio, considera que la cantidad natural del segundo es mayor frente a la cantidad natural del primero, precisamente porque el feto tal vez no hubiera llegado a la madurez y la cantidad política es del mismo modo menor, ya que el aborto no produce entre los ciudadanos espanto alguno o apenas un espanto mínimo (4).

Soler por su parte define el aborto como la muerte inferida a un feto (5).

Revisando someramente la legislación comparada, podemos observar que el delito de aborto no

(1) Rodríguez Devesa J. M. *Derecho Penal Español*, Parte Especial. Página 77.

(2) Pacheco Osorio. *Derecho Penal Especial*, Tomo III. Editorial Temis 1972. Página 490.

(3) Maggiore Guiseppe. *Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá 1973. Página 140.

(4) Carrara. *Programa de Derecho Criminal* 1251 y 1252.

(5) Soler. *Derecho Penal Argentino*, Tomo III Ed. Tea 1970. Pág. 91.

ha sido ni es sancionado por todas las legislaciones penales. Historiadores que han tratado el tema, han afirmado que la incriminación del aborto es obra de la ideología cristiana (6).

Son muchas las disposiciones que encontramos en el Código de Amurabí que castigan las manobras abortivas, protegiendo la integridad corporal de la mujer o los intereses del marido, pero sin poner atención especial al fruto de la concepción.

La Biblia (7), en una aplicación de la Ley de Talión, agrava el castigo en caso de que muera la mujer embarazada.

En la legislación comparada, vale la pena comentar el caso de Rusia, que en la entreguerra consagró la licitud del aborto, aunque después varió el criterio cuando durante el régimen stalinista por medio de ordenanza del Soviet Supremo, estableció la punición del aborto (8), con las excepciones del aborto terapéutico, situación que después cambió, al legalizarse de nuevo, siendo necesario para la licitud, una previa autorización de organismos sanitarios (9), política que es propia del sistema que se vive.

Hay otras legislaciones como la danesa, que se caracteriza por su liberalismo. Admite la licitud del aborto cuando se den determinadas circunstancias (10), siempre que se verifique la operación dentro de los primeros tres meses de embarazo, o por médicos especialistas, y el previo consentimiento de la mujer.

No debe olvidarse que el aborto es y ha sido siempre un delito poco amigo de la publicidad, y por ende, de difícil descubrimiento y prueba.

La evaluación del aborto no debe hacerse hoy día con criterio unilateral, sea este moral, religioso, jurídico, económico, o de cualquier índole. Tal como aparece planteado en nuestros tiempos, es un problema social en cuya solución el derecho penal solo puede ayudar en limitada medida. Con criterio moderno se dice que el aporte del derecho penal en relación al aborto, será ineficaz mientras se utilice como instrumento de represión, sino estructurado de acuerdo con los momentos actuales (11).

Clases de aborto

Sobre este punto, de las diferentes clases de aborto, cobra enorme importancia la motivación de la acción delictiva. Puede tener como finalidad la interrupción del embarazo, evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, por lo que estaríamos en el caso de un aborto terapéutico o de indicación terapéutica; puede tener como finalidad una prole tarada, que sería una indicación eugénica; también puede estar orientado a impedir las consecuencias de un delito contra la honestidad, indicación ética; o puede estar originado en fenómenos sociales como el paro, gran número de hijos, míseras condiciones de vivienda, etc. También tenemos el aborto por motivos de comodidad, el no querer tener hijos, el no desear atormentarse con éstos, el buscar la mujer la conservación de su belleza material, que la maternidad amenaza. El egoísmo que significa todo cuanto dentro de esa causa se comprende, es lo que induce a mantener la sanción contra el aborto, cuando éste es provocado.

EL ABORTO: PROBLEMA SOCIAL

En la actualidad, en varios países piden las mujeres el derecho de abortar; se hacen manifestaciones públicas pidiendo a los gobiernos que las autoricen a practicar el aborto sin tener que recurrir a la clandestinidad. Consideran que cada mujer tiene el derecho de abortar el hijo que no quiere, ya por ser un estorbo o por su condición económica. El problema se ha planteado desde épocas antiguas en que se ha discutido ampliamente el derecho de la mujer de abortar. El hecho afecta por igual a la gente de una posición económica estable, como a la de escasos recursos.

Para identificar el aborto como un problema social, hay que separar las causas que le dieron origen, ya que existe el natural y el provocado.

Este último se produce por causas sociales y fisiológicas.

(6) Ploss y Eichinger, citados por Quintano Ripolles en su obra *"El aborto en la historia y en la legislación comparada"*. Tomo I Ed. Revista Derecho Privado. Madrid. 1962. Página 479.

(7) Exodo 21, 22.

(8) Ordenanza del Soviet Supremo de 27 de junio de 1936.

(9) Ordenanza de 23 de noviembre de 1955.

(10) Para que el aborto sea lícito en Dinamarca, tiene que darse un triple supuesto: De gravedad de la madre, de suponer el parto una probable herencia morbosa y de ser fruto de un delito violento contra la honestidad.

(11) *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo I Letra A. Editorial Bibliográfica Argentina. Página 84.

En el aborto provocado por causa social existen dos criterios: Uno, que es delito; y otro, que no lo es. En el primero, se configura el delito si el aborto se provoca voluntariamente y se interrumpe la gestación con intención dolosa.

En el segundo criterio, cuando es necesario un aborto terapéutico, el problema tiene origen tanto médico como legal. No existe delito. El aborto se realiza para evitar que la vida de la mujer peligre o que el niño nazca con deformidades por haber padecido su madre de enfermedad contagiosa como la rubéola.

El aborto provocado es aquel que se realiza por parte de la madre o de un tercero con maniobras tendientes a anular el proceso de gestación, con consentimiento o sin éste. El aborto intencional puede ser visto de dos posiciones: Jurídica y de política económica-social. Por parte del jurista, éste puede fijar los derechos y deberes durante el proceso, pero deberá extraer la realidad dada por parte del médico.

La mayoría de las veces la ley es ineficaz para controlar el aborto, por lo que cabría la posibilidad de modificarla de acuerdo a la realidad existente en cada pueblo.

Es claro que las sanciones son útiles para contener el aborto, pero el delito pone en mayor peligro la vida de la mujer, si es en la clandestinidad que se practica. En nuestro país existen numerosas personas que realizan abortos; unas con sobrada maestría y comodidades, pero otras, en las zonas rurales, no cuentan con el instrumental necesario, ni reúnen las condiciones higiénicas mínimas, por lo que la mujer, al acudir a tales personas para someterse a tratamiento abortivo, pone en peligro su vida, ya que puede quedar estéril. Muchas mujeres sufren incapacidades para el trabajo; otras llegan hasta a perder la vida como consecuencia del aborto, al ser practicado por personas sin conocimientos adecuados. La mujer acude a desprenderse del fruto de la concepción por razones económicas, un nuevo ser a quien alimentar, numerosa familia y el salario de su esposo no alcanza. Una madre soltera que espera salvar su honor, ya que su hijo nace sin un padre. Estos delitos generalmente no alcanzan sanción alguna, por ser realizados en secreto.

Las anteriores, son razones que debe tener en cuenta el legislador si quiere en verdad llegar a

solucionar el problema a la hora de estructurar la figura como delito y sancionarlo.

No es creando la sanción al aborto por la que se puede llegar a la solución del problema, sino que se debe buscar que las condiciones sociales y económicas sean auxiliares necesarios para que el delito no se cometa.

Debe crearse dentro de la sociedad un sentimiento colectivo de responsabilidad y los preceptos legales deberán estar revestidos de humanidad, porque el declarar punible el aborto y creer que con eso se solucionó el problema, es como pretender decretar que a partir de mañana la miseria desaparecerá. Es necesario mejorar las condiciones sociales y económicas para facilitar la solución del problema. La misión exaltada de la mujer, es procrear, donde se logra la mejor representación del amor humano. La maternidad, aunque inconsciente, es querida y motivada por el instinto humano, ya que no puede dividir la cópula carnal en dos partes: Una, de satisfacción sexual y otra que represente esa maternidad querida y sólo así puede producirse. En una mujer, ese sentimiento es mucho más fuerte por su condición, por su naturaleza misma, porque todo ser humano pretende perpetuarse.

Muchas mujeres deciden abortar por un sentimiento extraño de honor. No soportan que una sociedad las señale como una madre soltera y que en muchos lugares es visto con oprobio. La moral restringida es la causante de muchos males en la sociedad; la moral es la que señala con el dedo a los hijos ilegítimos, pero complace a los padres que los abandonaron, sin señalarlos ni darles sanción alguna.

El sentimiento de honor en la mujer no exime su responsabilidad ante el aborto, ya que ella sabe las consecuencias que sus hechos pueden acarrearle; no se puede decir que la sociedad la considera deshonorada por haber tenido un hijo, está en su derecho y le debe ser garantizado y permitir el desenvolvimiento del fruto de su concepción.

Las autoridades se muestran impotentes para actuar ante los casos de aborto clandestino. ¿Cómo evitar que una madre perfore las membranas que cubren el feto? ¿Cómo sancionarla? ¿Cómo se puede llegar a descubrir el secreto? Esto, cuando la mujer *misma se practica el aborto*.

Algunos consideran que no existe crimen por parte de la mujer al practicarse el aborto. El Doctor Klotz Forest dice: *"No hay crimen para una mujer que se desembaraza de un feto que amenaza su felicidad. Sólo ella es juez para saber si debe o no abortar"* (12).

Pero cómo descubrir el delito cuando se recurre a personas especializadas, y que comercian de esta forma? Algunas tienen lugares bien acondicionados y clientela exclusiva.

Para evitar que el delito de aborto se siga cometiendo es necesario:

- I. Mejor estándar de vida.
- II. Dar protección al niño y a su madre.
- III. Crear conciencia en las mujeres y hombres de una paternidad responsable.
- IV. Dar a conocer a la mujer los métodos anticonceptivos para evitar que recurra al aborto.

CARACTERISTICAS DEL DELITO

Partiendo de la definición de Soler, aborto es la muerte inferida a un feto. Se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda ser calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que según sabemos, principia al comienzo del parto. Toda acción destructiva de la vida anterior a ese momento es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el claustro materno, o se produzca como consecuencia de la expulsión prematura. El elemento esencial del aborto es la muerte del feto. Cabe aclarar que si hay expulsión prematura del feto pero sobrevive a pesar de ello, no se constituye el delito de aborto. Tampoco hay delito cuando el feto no tenía vida antes de empezar las maniobras abortivas, ni puede ser objeto de aborto el producto del desarrollo completamente anormal del huevo, "mola" (13).

El feto es protegido en la medida que es un embrión de vida humana (14).

Los elementos estructurales del delito de aborto son:

- I. El embarazo.
- II. Empleo de medios artificiales.
- III. La muerte del feto.
- IV. El dolo.

El embarazo: Es condición sine qua non para la existencia del delito, considerándose que existe desde el instante de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, hasta que se inician los dolores del parto. La determinación de este estado corresponde a peritos médicos, y el derecho no debe ocuparse de definiciones correspondientes a la ciencia médica.

Empleo de medios artificiales: Los medios abortivos, como los homicidas, pueden ser físicos (sustancias farmacéuticas, vegetales, etc.); mecánicos (ciertas manipulaciones, sondas, lavados, tocamientos, punción del útero, etc.), y tienen la virtud de producir la muerte del feto o su expulsión prematura.

Muerte del feto: Puede producirse dentro del útero o después de su expulsión y aún ofrecerse el evento que ésta no llegue a presentarse.

En todos estos casos, el delito que es instantáneo, se entiende consumado desde el momento en que muere el producto de la concepción.

El dolo: Es el elemento moral de la infracción. Consiste en el ánimo de abortar o lo que es lo mismo, en el conocimiento que se tiene de la preñez y en la intención de emplear los medios que se sabe causarán la muerte del feto o su expulsión prematura (15).

El tratadista italiano Maggiore, al hablarnos del delito de aborto procurado, considera que es preciso que se den t. es supuestos:

- I. Concepción o preñez.
- II. Interrupción violenta de la preñez.
- III. Que sea interrupción ilegítima.

Los dos primeros supuestos no creemos necesitan comentario y en cuanto a la interrupción ilegítima, se dice que no existe la misma cuando se interrumpe para salvar la mujer de algún peligro

(12) Dr. Klotz Forest citado por Guillermo Cabanellas. *El aborto, su problema social, médico y jurídico*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, Argentina.

(13) Mola: Del latín mola, masa carnosa de la matriz, masa carnosa e informe que en algunos casos se produce dentro de la matriz, ocasionando las apariencias de la preñez. Dícese también mola matriz. Falso feto.

(14) Soler Sebastián: *Derecho Penal Argentino*. Pág. 91.

(15) Pacheco Osorio. *Derecho Penal Especial*. Tomo III. Editorial Temis 1972. Pág. 483.

grave e inminente contra la salud o la vida (16).

Como puede observarse, al hablar de la legitimidad de la interrupción, se está autorizando el aborto terapéutico.

MODOS DE COMISION

Dos son las formas de comisión de que nos habla la doctrina argentina esbozada por Soler, las que son equivalentes, y la muerte del feto es la que constituye el momento consumativo del delito.

Puede causarse la muerte del feto dentro del seno materno por acción directa o indirecta ejercida sobre aquel, o la destrucción del feto producida después de la expulsión como consecuencia de la inmadurez o por las maniobras que se ejercieron dentro del claustro, que produjeron su expulsión y la muerte posterior.

Podemos concluir entonces que el delito de aborto se comete ya sea destruyendo el fruto de la concepción en el claustro materno, o provocando su expulsión para que muera a consecuencia de ésta por no ser viable.

Si se lograra la expulsión de un feto maduro y sobreviviera, no se configuraría el delito de aborto consumado, y si se diera muerte al recién nacido, lo que se configuraría sería el delito de infanticidio.

ASPECTO SUBJETIVO: Tiene este delito un elemento subjetivo específico. No basta para que se dé, el ejercicio de violencia sobre la mujer, aún conociendo el sujeto activo que está embarazada; es preciso que tenga el propósito específico de causar el aborto, o sea, la muerte del feto.

De acuerdo al modo de comisión, para Soler el elemento subjetivo puede variar con respecto a la muerte del feto, y es suficiente el dolo eventual. El dolo directo es necesario solo respecto a la expulsión (17).

En nuestro medio, al definir el Código Penal el aborto culposo, admite que puede configurarse este delito con dolo eventual (18).

EL CONSENTIMIENTO: El elemento que señala la distinción fundamental entre las diversas figuras del aborto, es el de la concurrencia o no del consentimiento de la mujer. Para que se dé el consentimiento, debe presuponerse que la mujer sea capaz de consentir. Lo que se toma en cuenta es que se obre con o sin voluntad real de la mujer, siempre que esa voluntad sea jurídicamente relevante, que esté en edad de consentir y que su comportamiento deje ver que dio su consentimiento.

La violencia, el error y la incapacidad mental, hacen que desaparezca el consentimiento.

DISTINTAS FIGURAS DE ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL

Médicamente es posible determinar un embarazo diez días después de ausencia de la menstruación (19). Desde el punto de vista legal, el problema está en determinar la calificación que se puede dar a los hechos o maniobras tendientes a matar el fruto de la concepción, si se realizan antes de poder hacer la determinación.

Hay un sistema de aborto llamado al vacío, que consiste en extraer por medio de succión, el contenido de la cavidad uterina en el período en que no es posible determinar el embarazo. En este caso faltaría la determinación del elemento esencial del aborto, la gravidez, por lo que a lo más que pudiera llegarse es a una tentativa.

Otro elemento constitutivo del delito de aborto es la interrupción de la gestación. Necesariamente el feto deberá estar vivo en el momento en que se empiezan a realizar las maniobras abortivas, ya que este es el elemento material.

Nuestro Código en su artículo 118, igual que muchos otros (20), se refiere en primer lugar al consentimiento de la mujer, aumentándose la pena en los casos en que se dé tal consentimiento.

Para que se dé el consentimiento de la mujer, no basta con que apruebe los hechos que se van a llevar a cabo, sino que es necesario que tenga

(16) Maggiore Giuseppe. Op. cit. Página 142.

(17) Soler Sebastián. Op. cit. Pág. 94.

(18) Artículo 122 del Código Penal costarricense.

(19) Entrevista con el Doctor Omar Arrieta F. Director de la Caja Costarricense de Seguro Social, Sucursal de Liberia.

(20) Entre otros, el Código español, artículo 411, y el Código Penal italiano, artículo 545.

conciencia del alcance del mismo. Puede éste, no ser verbal o manifestado, sino que puede asumir las formas tácitas derivadas de su actitud. Si media engaño, violencia física o moral para que se otorgue, debe reputarse inexistente. Para efectos penales, la consecuencia es que se agrava el delito.

Sobre un caso de engaño en que la mujer ignoraba que se le iba a practicar aborto, el Tribunal Supremo Español consideró que no había consentimiento de parte de la mujer (21).

También se agrava el delito de aborto en nuestra legislación penal, cuando la mujer sea menor de quince años, por presumirse que a esta edad no puede consentir, imponiendo la misma pena que si se provocara el aborto sin consentimiento.

En el inciso primero del artículo que venimos comentando, el 118 del Código Penal, se contempla otro caso que podemos decir es menos agravado en relación con los primeros: Cuando se produce la muerte del feto, habiendo alcanzado seis meses de vida intrauterina, tomando en cuenta el mayor desarrollo y posibilidad de vida del feto, ya que aunque la doctrina italiana considera que cuando el feto está maduro con posibilidades de vida extrauterina, hay delito de infanticidio y no de aborto, nuestra legislación no establece diferencia en cuanto a la madurez o inmadurez del feto, sino que habla de causarle la muerte y por ese hecho se comete aborto, tipificándose el infanticidio cuando se cause la muerte del recién nacido.

En el segundo inciso del artículo 118 del Código Penal, se establece la pena de prisión de uno a tres años, para el autor del delito de aborto, cuando hay consentimiento de la mujer, o sea, que la mujer estuvo de acuerdo en que le provocaran el aborto. Esta pena disminuye y pasa a ser de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

El primer inciso antes comentado, se refiere a los casos en que el autor del delito o el cómplice es

una persona que no es la mujer encinta, pudiendo darse el caso de autor, coautor y cómplice. Estaríamos en el caso de autor del delito de aborto cuando una persona realiza las maniobras que causaran la muerte y expulsión del feto valiéndose de lavados, o introduciendo cánulas o sondas en el útero de la mujer.

Nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado en muchos casos de aborto, por lo que hemos recurrido a las resoluciones de tribunales extranjeros, en especial del Tribunal Supremo Español, que llegó a considerar autor a quien introduce cuerpos extraños en la matriz de una mujer embarazada, alterando así el estado de embarazo (22).

También consideró autor del delito de aborto, el Tribunal Supremo Español, a la persona que lleva a la mujer donde quien puede practicarlo y al negarse si no le abona el dinero, lo facilita a la embarazada quien no tenía, ya que al prestar el dinero, hizo posible el aborto, que no se hubiera realizado (23).

En estos casos de aborto con o sin consentimiento, pueden incurrir los médicos que se dedican a realizar abortos en sus clínicas particulares u otros sitios adecuados y en este sentido el Tribunal Supremo Español consideró que un médico es autor si recomienda a su paciente otro profesional que se dedica a practicar abortos (24).

El artículo 118 de comentario tiene un último párrafo donde establece que la pena que se aplica a cada caso se elevará si del hecho resultare la muerte de la mujer, sin establecerse a cuánto se elevará esa pena.

El Código Penal anterior, de mil novecientos cuarenta y uno, para los casos de aborto sin consentimiento o usando violencia, estipulaba la pena de tres a seis años para el primer caso y de cuatro a siete años, para el segundo caso, pero si moría la mujer a causa del aborto, la pena aumentaba de seis a diez años para el caso de que el aborto fuera sin consentimiento y en caso de que se hubiera ejercido violencia o fuerza sobre la

(21) Tribunal Supremo Español, 23-11-1950. Si la mujer ignora que tratan de provocarle un aborto, se descarta la posibilidad del consentimiento de la misma para que las maniobras se realizaran, pues sobre lo que el sujeto ignora no puede obrar la voluntad.

(22) En sentencia de 27-11-1951 el Tribunal Supremo Español, definiendo quién era autor del delito de aborto provocado, dijo: "Es autor de aborto provocado quien introduce un cuerpo extraño en la matriz de la embarazada con propósito de provocar y provoca el aborto que deseaba la embarazada, pues realizó personalmente un acto material y adecuado encaminado de manera directa a producir artificialmente en el estado de embarazo una alteración que anuló sus naturales efectos".

(23) Tribunal Supremo Español, sentencia de 9 de octubre de 1957.

(24) En sentencia de 1 de julio de 1958, el Tribunal Supremo Español, dijo: "Hay solidaridad delictiva entre el médico que recomienda a su paciente otro profesional quien se dedica a realizar abortos, por el acuerdo de voluntades para practicar el delito".

mujer para obligarla a someterse a los tratamientos abortivos, de siete a doce años (25).

El Código actual es omiso en cuanto a la pena a imponer en los casos en que el aborto resulte cualificado por producirse la muerte de la mujer. No sabemos si la intención del legislador fue dejar al juzgador para que elevara libremente la pena, al no ponerle ningún límite máximo, pero parece que se omitió esta fijación, lo que trae el grave problema de no saber cuál es el número de años que se pueden imponer o si se puede llegar a condenar al reo de aborto cuando el mismo sea seguido con muerte de la mujer, hasta con el máximo de la pena que establece el Código para el homicidio calificado: veinticinco años. En todo caso, no parece que pueda sancionarse un caso de aborto cualificado con la muerte de la mujer, con la pena establecida para el homicidio calificado.

Es necesario tratar sobre este punto, el caso de que la mujer muera no a causa del aborto sino por otros motivos que aunque relacionados de alguna forma con las maniobras abortivas, no sean la causa directa, sino que la muerte se debió a una insuficiencia orgánica de otro tipo, como paro cardíaco, debido al estado de ánimo que causó en la víctima el hecho de someterse a tratamientos abortivos. El Tribunal Supremo Español conoció de un caso donde una joven de veintitrés años que estaba embarazada, concibió la idea de hacerse practicar un aborto y acudió al domicilio de una señora quien sin ser profesional en medicina, procedió a hacerle un lavado en sus órganos genitales con agua de jabón tibia, introduciéndole una cánula de goma unida a una pera. Apenas había empezado a manipular la procesada, la joven cayó al suelo y al ser llamado un médico, quien llegó hora y media después, no pudo adoptar ninguna medida debido a que la emoción y el traumatismo psíquico que produjo las manipulaciones en la joven, le provocaron un síncope que produjo su muerte, según los peritos. En este caso el Tribunal Supremo condenó a la abortadora solamente por el delito de aborto, llegando a la conclusión el autor que hace la cita, que el delito de aborto con resultado de muerte tipifica solo aquellos fallecimientos producidos a consecuencia de los riesgos característicos del comportamiento base peligroso (26).

Un tema controvertido es el de si un médico que practica un aborto tomando todas las medidas necesarias para que la operación sea satisfactoria y a pesar de todas esas medidas no puede evitar que muera la mujer. Se plantea el problema para el médico que con o sin consentimiento de la mujer provoca un aborto y tomando todas las precauciones que estipula la ciencia médica y cumpliendo con las obligaciones de diligencia y de medios, tenga como resultado la muerte de la mujer. Todo parece indicar que en nuestro medio este delito estaría tipificado en la figura del aborto cualificado por muerte de la mujer, imponiéndose la pena agravada. La doctrina se ha hecho cuestión del asunto y al respecto Gimbernar Ordeig, plantea el problema de si cuando el aborto es llevado a cabo por un médico, tiene validez el principio general que hemos establecido de que en los delitos cualificados el resultado suele causarse culposamente. Nos dice el autor que si el médico aplica todas las técnicas científicas conocidas para que la mujer no sufra ningún daño físico con ocasión del aborto y a pesar de ello resulta con lesiones y muere, podría pensarse que al médico que tan cuidadosamente actúa, no se le puede reprochar ni siquiera a título de imprudencia los efectos negativos que el aborto haya producido en la mujer. Esta hipótesis el mismo penalista la formula así:

"A diferencia de los demás delitos cualificados, donde el resultado se causa la mayoría de las veces imprudentemente, en el aborto con resultado de muerte o de lesiones, estos resultados no se causan nunca culposamente, si el que realiza el aborto es un médico y en su ejecución ha aplicado todos los medios que la ciencia médica ofrece para que no se cause daño a la abortada. La razón por la que no existe imprudencia en la muerte o lesiones de la mujer es que, por lo que a la integridad física de ésta se refiere, se ha aplicado la diligencia debida".

"De acuerdo con las características en los países donde se practica el aborto en forma legal, —nos sigue diciendo el autor—, hay que concluir en que el aborto es una actividad peligrosa; mucho menos que otras actividades, intervenciones quirúrgicas, en

(25) Artículo 193 del Código Penal de 1941.

(26) Gimbernar Ordeig E. *Delitos Cualificados por el Resultado y Casualidad*. Editorial Reus S. A. Madrid 1966, Página 176.

que las posibilidades de que muera el operado son mucho más elevadas; pero aún siéndolo en otras intervenciones es innegable que el aborto es peligroso también para la vida de la mujer. Hay riesgos que hay que aceptar y hay actividades peligrosas toleradas, pero son de naturaleza muy distinta pues persiguen un fin provechoso. Nunca podrá tolerarse un riesgo en la ejecución de:

- 1) Acciones conscientemente antijurídicas y*
- 2) Completamente inútiles e innecesarias".*

Termino aquí la larga cita del autor, que no por extensa deja de ser interesante, ayudándonos a entender por qué cuando una legislación prohíbe el aborto y sin ser necesario desde el punto de vista médico un facultativo lo practica, aún cuando se use las técnicas más modernas y los cuidados más extremos, si a pesar de todos éstos muere la mujer, tendrá que responder por el delito de aborto cualificado, sin poder alegar que la intervención se verificó debidamente para evitarse así la condena en cuanto a la cualificación. Esto es así porque el aborto es un delito en nuestro Código y el fin prohibido que el legislador persigue excluye desde el principio, que si la abortada muere, el médico puede apelar a la diligencia debida en la ejecución del mismo, para evitar el delito cualificado.

En los casos de aborto terapéutico, lo que se podría dar es el homicidio culposo, cuando a consecuencia del aborto, por culpa del médico muere la paciente.

El segundo caso que contempla nuestro Código Penal es el del aborto procurado. Lo define el artículo 119 de dicho Código y lo llama procurado, definiendo así como punible la conducta de la mujer que consiente o cause su propio aborto. El Código separa esta figura de las demás, probablemente siguiendo la influencia de la legislación argentina (27).

Este caso supone la intervención de un tercero en la comisión del hecho que tendrá la calidad de coautor, quien será la persona que intervenga en la comisión del hecho. La pena en estos casos es igual para la mujer y para quien intervenga, pero volviendo a la idea de dar protección al feto que haya alcanzado mayor madurez, en este caso los extre-

mos de la pena se disminuyen y serán de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

En el artículo 120 del Código Penal que nos rige, se define el aborto honoris causa. Este es uno de los tipos que podría llamarse privilegiado y si cuando la mujer se produjere su aborto o consintiere en que se lo produjeran para ocultar su deshonra. La legislación española al definir en el artículo 414 del Código Penal el aborto honoris causa, solo beneficia con la atenuación a los padres de la mujer, excluyendo a otras personas (28). Lo que no sucede en nuestro Código, donde la atenuante parece cobijar a cualquier tercero que intervenga en el delito, sin importar que sea pariente o no. En la legislación comparada no encontramos en forma general la figura del aborto honoris causa, que sí está prevista especialmente en el Código alemán, pero no en el Código Penal danés. (Ver Alimena Op. Cit. f. 403 Derecho Comparado).

Contiene el Código Penal costarricense la figura del aborto impune, el que debe ser practicado por un médico o por una obstétrica autorizada en ausencia del primero. El fundamento de esta disposición que establece la impunidad del delito de aborto, está en la aplicación del estado de necesidad, pues se aplica a aquellos casos en que no haya sido posible evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, haciéndose necesario el aborto. Hay que tener presente que para la ley es mucho más valiosa la vida humana independiente que la vida de un feto. Esta diferente valoración se ve en forma clara al sancionar los delitos de homicidio y de aborto. El origen o razón de esta disposición está entonces, en permitir que un médico ante el conflicto de decidirse por la segunda encontrando amparo en una causa de justificación, el estado de necesidad, que no le ampararía, si se decidiera en perjuicio de la madre por mantener la posibilidad de vida del feto. Debe tenerse claro que en el aborto es necesario que se dé el dolo directo (29).

Se habla en nuestro medio de eliminar el precepto legal que habla del aborto terapéutico, diciendo los que abogan en este sentido, que no debe tener el Código Penal definiciones de con-

(27) Artículo 88 del Código Penal Argentino: "Será reprimida con prisión de uno a cuatro años la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible".

(28) Rodríguez Devesa J. M. *Derecho Penal Español*. Parte Especial, Sexta Edición. Madrid 1975. Página 85.

(29) Rodríguez Devesa. Op. cit. nota 15. Página 79.

ductas no punibles. No compartimos ese criterio muy respetable, porque consideramos que si la regla general es la de sancionar el aborto, si hay una excepción en el caso del aborto terapéutico, debe establecerse para evitar confusiones.

El aborto culposo en la legislación argentina, según el criterio de Sebastián Soler, no existe, lo que fundamenta en la estructura misma del delito y en que la ley no prevé expresamente la forma culposa como lo hace en los demás casos (30).

El citado autor considera que lo que se da en la legislación que comenta es el aborto preterintencional.

El Código Penal español contiene una figura en su artículo 412 que sanciona el aborto no intencional ocasionando violentamente a sabiendas del embarazo de la mujer. En nuestra legislación penal, se prevé claramente el delito de aborto culposo, el que se atribuirá a quien por culpa causare un aborto, delito que está atenuado y es solo sancionado con pena de multa (31).

La tentativa de aborto: Para que podamos hablar de tentativa de un delito, tienen que darse ciertos elementos. Lo que podemos llamar primer elemento es el fin de cometer el delito teniendo que darse por otra parte una acción que no se completa o un resultado que no se verifica (32).

La tentativa de aborto en nuestra ley es punible, lo que se deduce de una relación de los artículos 118, 119 y 120 del Código Penal en relación con el artículo 24 del mismo cuerpo de leyes. Sin embargo hay discusión en la doctrina acerca de la punibilidad de la tentativa. Alimena (33) considera que el delito admita la tentativa, tanto respecto a extraños como respecto a la mujer que actúa sobre sí misma.

Según el autor antes citado, la tentativa de aborto sobre una mujer que no presta su consentimiento, no admite ninguna duda, pero el problema se presenta en la tentativa de aborto de una mujer sobre sí misma.

Rodríguez Devesa (34), en relación a este

problema nos dice que no cabe la tentativa en el delito de aborto, porque la ley equipara, en la estructura de la conducta punible, el delito básico de aborto continuado y la tentativa idónea de aborto.

Tratándose de tentativa cobra gran importancia el hecho de que sea la mujer o un tercero quien sea el autor, ya que según Sebastián Soler, la ley separa en forma decidida esta figura de las demás y señala consecuencias distintas para estos casos (35).

La razón del criterio del penalista argentino es que el artículo 88 de la legislación penal que le sirve de base para su comentario, al hablar de la mujer que causa su propio aborto o que consiente que lo causen, en el último párrafo, establece que "*la tentativa de la mujer no es punible*", entendiéndose por esto que cuando sea la mujer quien tente causar su propio aborto, no será castigada. En el mismo sentido se pronuncia Carrara (36), agregando que desde el punto de vista político, es inoportuno castigar a la mujer por tentativa de causarse su propio aborto porque se causaría un nuevo desorden en las familias, ya cuando el mal tenido no se ha verificado.

Realmente parece acertado el criterio de Carrara y otros autores (37), en el sentido de no castigar la tentativa en la mujer que se procura su propio aborto sin lograrlo por alguna circunstancia, pues dada la forma de vida en Costa Rica sería causar gran perjuicio a quien en su fuero interno y también externo, ha sufrido un gran perjuicio.

Un problema interesante se plantearía en relación a una mujer que se cree encinta sin estarlo, recurre a una tercera persona o ella misma realiza maniobras tendientes a practicar el aborto. Parece que las maniobras encaminadas a lograr el aborto en una mujer no embarazada no causan ningún problema en nuestra ley, que a pesar de no tener como la Argentina disposición en el sentido de no punibilidad de la tentativa, a falta del elemento material del delito, no habría sanción, con base en lo que dispone el artículo 24 del Código Penal, al

(30) Soler. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. Ed. Tea. Página 103.

(31) Artículo 122 del Código Penal.

(32) Sobre este tema puede verse Scarano Luigi. *La Tentativa*. Editorial Temis. Bogotá 1960. Página 75.

(33) Alimena B. *Delitto contra la persona*. Ed. Temis 1975. Pág. 377.

(34) Rodríguez Devesa. Op. cit. nota. Página 83. Refiriéndose a la legislación española.

(35) Soler. Op. cit. nota. Pág. 101.

(36) Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. No. 1269.

(37) Ambrosoli y Luchini citados por Alimena. Op. cit. nota. Pág. 377.

decir que la tentativa no es punible cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito. Lo que podría hacerse de acuerdo con nuestra ley sería imponer una medida de seguridad. Sin embargo, la situación se tornaría diferente si a causa de las maniobras para provocar la muerte del feto, se causaren lesiones o la muerte de la mujer.

En estos casos nos parece que con fundamento en el artículo 24 antes relacionado, no podría imputarse, a falta de embarazo, el delito de aborto en estado de tentativa, sino que lo que se consumaría sería el delito de homicidio o lesiones en su caso, el delito más grave absorbe al menos grave.

Las disposiciones relativas a la tentativa creemos podrían aplicarse a la persona que realiza las maniobras necesarias para causar la muerte del feto, lo que provoca es un parto prematuro, sobreviviendo el nuevo ser.

El perdón judicial en caso de aborto: Para terminar de analizar nuestro Código en lo que se refiere al aborto, creemos necesario comentar las disposiciones que autorizan al Juez a conceder el perdón judicial al reo de este delito cuando el hecho estuvo rodeado de circunstancias que permitieron calificarlo como honoris causa, tomando en cuenta que la actitud asumida por el condenado fue motivada por defender un valor, el honor. El beneficio del perdón lo extiende la ley en estos casos al tercero que haya realizado el hecho, a un ascendiente, descendiente por consanguinidad o a una hermana. También puede el Juez otorgar el perdón judicial, por indicación ética, cuando el embarazo sea consecuencia de una violación.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones de este corto estudio, tenemos las siguientes:

- I. Es urgente tomar medidas prudentes, para evitar hasta donde sea posible que en forma clandestina se practiquen tantos abortos en nuestro país, que en muchos casos causan lesiones y hasta la muerte de la mujer. Estos hechos no llegan a sancionarse ni a investigarse, por el silencio que guardan, especialmente los familiares cercanos a la víctima, para evitar que se divulgue lo que consideran les causará perjuicio en el plano social, moral y religioso.

- II. Para que se configure el delito de aborto, es necesario el estado de gravidez de la mujer, así como que el feto se encuentre vivo al iniciar las maniobras abortivas.
- III. La tentativa de aborto es punible en nuestra legislación en todos los casos, exceptuando el de la mujer que es sometida a maniobras abortivas por tercero o terceros sin su consentimiento. La tentativa de la mujer para causarse su propio aborto, también se castiga.
- IV. La conducta tendiente a provocar en una mujer que no está encinta el aborto, configura la tentativa, pero si se produce la muerte o lesiones, la calificación del delito será homicidio o lesiones pero no aborto agravado o cualificado por ausencia del elemento esencial del delito.
- V. El último párrafo del inciso 2 del artículo 118 del Código Penal, es conveniente reformarlo aclarándolo para que se diga en forma precisa a cuánto se elevará la pena en los casos de muerte de la mujer, debiendo también agravarse el delito si como secuela del aborto quedaren lesiones en la mujer, fijando una pena para el caso, menos que la del homicidio calificado.
- VI. No parece posible en nuestro Código castigar como delito consumado el aborto al vacío, por la imposibilidad desde el punto de vista médico de determinar si existe o no embarazo en los diez primeros días, término en el que se hace la extracción del contenido de la cavidad uterina.
- VII. Si se provoca la expulsión del fruto de la concepción que sobrevive fuera del claustro materno, no se configura el delito de aborto, al no existir la destrucción o muerte del feto.
- VIII. No es conveniente eliminar el artículo 121 del Código Penal, pues establece la excepción a la regla general de la san-

ción al aborto, definiendo cuál es el único caso que no se castiga. Aunque estemos ante un estado de necesidad,

podría traer confusiones a la hora de juzgarlo por las especiales características de estos hechos.

BIBLIOGRAFIA

Alimena Bernardino. *Delitos contra la persona.*

Carrara F. *Programa de Derecho Criminal.*

Cabanellas G. *El Aborto, su Problema Social, Médico y Jurídico.*

Código Penal Costarricense.

Código Penal Español.

Código Penal Italiano.

La Biblia - Exodo.

Guiseppe Maggiore. *Derecho Penal.*

Rodríguez Devesa. *Derecho Penal - Parte Especial.*

Rodríguez Moreno. *Doctrina Penal del Tribunal Supremo.*

Soler Sebastián. *Derecho Penal Argentino.*

Pacheco Osorio Pedro. *Derecho Penal Especial.*

Quintano Ripolles. *El aborto en la historia y legislación comparada.*

Gimbernar Ordeig E. *Delitos cualificados por el resultado y casualidad.*

Scarano Luigi. *La Tentativa.*

ENTREVISTAS: Doctor Omar Arrieta Fonseca, Director de la Caja Costarricense de Seguro Social, Sucursal de Liberia, Guanacaste.



EVOLUCION HISTORICA Y FUNCION ECONOMICA DE LA LETRA DE CAMBIO

Dr. Gastón Certad.

CONTENIDO:

1.— Origen y evolución histórica de la letra de cambio	64
Importancia de la investigación histórica	64
2.— Sobre cómo tomó consistencia y se explicó el principio de la responsabilidad cambiaria	65
3.— Origen histórico de la institución del endoso. Efectos	66
4.— Decisiva importancia de la legislación estatutaria italiana respecto a la evolución de la letra de cambio y su doctrina	66
5.— Importancia de la "Ordonnance Française du Commerce" de 1673	66
6.— Función económica de la letra de cambio. Su fundamento económico	66
7.— Circunstancias económicas que determinan la emisión del título considerado como instrumento de crédito	67
8.— Incentivos y vicisitudes de la circulación cambiaria	68
9.— La letra de cambio como sustitutivo de la moneda	68
10.— Concepto de letra de cambio. Breves esbozos sobre su disciplina	69

1. ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DE LA LETRA DE CAMBIO. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION HISTORICA.

Los títulos cambiarios han alcanzado la actual fase estructural y funcional a través de una interesante evolución histórica que resulta elemental delinear.

La letra de cambio no ha surgido repentinamente sino a lo largo de un lento trabajo secular, coetáneo al desarrollo de las relaciones económicas, siempre más vastas e intensas; de ahí que la historia de la letra de cambio resulte de inmensa utilidad para una exacta y profunda comprensión de su disciplina.

Sobre el origen de la letra de cambio, mucho se han preocupado los intelectos de los estudiosos. Y parece cierto que los Griegos y los Romanos conocieran la operación que luego formaría el contenido de la letra de cambio ("cambiale tratta") medieval: es decir, el envío de una suma de dinero de una a otra plaza, mediante la entrega de un documento que atestaba el verificado depósito; a la "permutatio" romana corresponde el "cambium" del medioevo (1). Pero debemos aclarar que son éstas simples analogías, pues la carta que eventualmente acompañaba el envío, o el escrito que reconocía la asunción de la deuda, no podían realmente asimilarse, por su funcionamiento y sus efectos, a la letra de cambio o al pagaré (2). Igualmente deben ser descartadas las conjeturas de que la invención de la letra de cambio es de adjudicar a los gibelinos que partían de Florencia para Francia, o a los Genoveses, o la que se funda en el antiguo derecho árabe; ellas no se apoyan en documentos seguros.

Mayor crédito tuvo la opinión mediante la cual la letra de cambio derivaba de los "mandatos de pago" emitidos por los soberanos del medioevo a sus tesoreros, y concretados en dos documentos en forma de cartas ("literas"): la "litera patens", que contenía el reconocimiento y la causa de la deuda, la indicación del funcionario encargado de pagar, el vencimiento y el lugar del pago, etc. (documento emitido al acreedor); y la "litera clausa", carta cerrada dirigida al funcionario mencionado en la

precedente, con la enunciación del tenor de ésta y con la orden de pagar según las modalidades allí establecidas.

Pero también esta opinión no parece aceptable, no sólo porque esas relaciones tenían normalmente carácter administrativo, y surgían por las más variadas causas (3), sino sobre todo, según la opinión del Profesor De Semo, por un motivo de carácter cronológico: "En realidad, al tiempo de emisión de las indicadas misivas ya existía el uso de las letras de cambio, de las cuales algunos ejemplares remontan a los fines del siglo XII; de modo que, si alguna relación se quisiera instituir en este campo, sería lógica la suposición que la estructura de las recordadas cartas hubiese recibido incentivo de la letra de cambio, y no inversamente" (4).

Eliminadas las anteriores hipótesis, es lógico pensar que, proponiéndose la letra de cambio satisfacer exigencias inherentes a los tráficos mercantiles, su origen no puede fundadamente adscribirse a un reducido grupo de personas, sino que va unido al desarrollo de recíprocas relaciones económicas y a la cooperación colectiva de regiones y estados diversos. Y en verdad, para evitar los disgustos y peligros del transporte material del dinero de un lugar a otro, fue escogida la "commutatio pecuniae absentis cum presenti" que se cumplía por medio de "campsores", "cambiatores" o cambistas, y asumía la forma de un contrato de cambio, que históricamente precede al documento en estudio. El se distinguía en "cambio manuale" ("cambium minutum, sine literis") y en "cambio trayecticio". En general, ellos consistían en dar una moneda para recibir otra de especie diversa, pero en el mismo lugar. Sin embargo, podía suceder que los banqueros, para responder a las mencionadas exigencias de los tráficos, recibieran moneda en un determinado lugar, obligándose a restituir la misma cantidad, ordinariamente de especie diversa, en otro lugar.

La operación de cambio no exigía necesariamente el acto escrito; pero poco a poco éste se convirtió en la regla: para efectuar el cambio trayecticio se redactaba un documento ("cambium per literas"), en un principio a mano del notario ("cautio"), que contenía la promesa de pagar y el

(1) GOLDSCHMIDT, "Storia Universale del Diritto Commerciale", Torino, 1913, p. 69 y 313.
 (2) BESTA, Enrico, "Le Obbligazioni nella Storia del Diritto Italiano", Cedam, Padova, 1937, No. 266.
 (3) BESTA, Enrico, op. cit., No. 769, p. 267.
 (4) "Trattato. . .", cit., p. 58.

reconocimiento de una deuda por causa precisamente del "cambium". Y prevaleció además la costumbre, hasta el siglo XIII, de que, en conexión al instrumento notarial, el banquero dirigiera una carta al corresponsal del lugar en donde debía realizarse el pago de la suma (carta de pago). Ella venía entregada, sellada, al mismo tenedor, y fue llamada carta de pago de cambio; más tarde se abrevió a carta de cambio ("literas cambii"), y representa la forma originaria de la letra de cambio (5). En un segundo tiempo, la carta de cambio se fue separando de la redacción del indicado instrumento notarial, complicado y costoso, y pasó a constituir, ella sola, la prueba de la operación de cambio.

En ella intervenían al principio cuatro personas: una que depositaba la suma; otra, su acreedora, a quien debía ser pagada; un banquero que asumía el encargo de pagar; y la persona designada a efectuarlo. Pero este complicado mecanismo se fue simplificando, y así los sujetos de la relación fueron tres: el banquero ordenaba que el pago se efectuara no al acreedor sino al deudor, el cual depositaba la suma. Este, luego, o se presentaba él mismo en el lugar del pago, o nombraba un mandatario que exigiera la letra de cambio. Quien emitía el título que contenía la orden escrita fue llamado "traente" (librador); aquél que lo retiraba "prenditore" (tenedor), ordenado o beneficiado; y el destinatario de la orden de pago, "trattario" (librado). El documento que contenía la entera relación se llamó "cambiale tratta" (letra de cambio).

El origen de tal denominación deriva del verbo latino trahere, que significa traer, tirar, transportar, y podía referirse sea al hecho material de la emisión de la letra de cambio, sea, simbólicamente, a la función que ella cumplía de efectuar el cambio trayecticio (precisamente traiecticius significa que se transporta a otro lugar).

El trattario (librado) no se obligaba frente al prenditore (tenedor) sino cuando hubiere aceptado la letra de cambio, mediante una expresa declaración por lo general escrita en el título. Este estaba completo una vez que contuviera la firma del

traente (librador) o su domicilio, la fecha de la emisión, el nombre y el apellido del trattario (librado) y del prenditore (tenedor), la indicación de la suma y el vencimiento. Debía además atestar que el traente (librador) había recibido del prenditore (tenedor) la "valuta" (cantidad en que fue convenida la emisión de la letra de cambio). "Provvista" se llamaba a la suma enviada por el traente (librador) al trattario (librado) a fin de que éste pudiese hacer frente al pago.

2. SOBRE CÓMO TOMÓ CONSISTENCIA Y SE EXPLICÓ EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD CAMBIARIA:

Que el traente (librador) no resultara liberado por el hecho de la aceptación del trattario (librado), y que, por el contrario, la obligación fuere solidaria, viene indudablemente atestado tanto por las leyes y las costumbres, como por la autoridad de las sentencias y de los Autores. La Rota de Génova (6) sanciona varias veces este principio: Dec., I, No. 6: "... ille qui facit literas cambii, nunquam remanet liberatus, nisi ipsae literae sint realiter solutae" (7).

Dec., II, No. 40-41: "*ex generali et notoria consuetudine mercatorum genuae*" ... *quotiescumque quis facit literas cambii, et ille, cui diriguntur, acceptat, et postea non solvit scribens literae remanet obligatus: quia ego, qui deci cambium, habeo utrumque obligatum, et mercatorum observantia facit ius*" (8).

Explícito es también Scaccia, Jurisconsulto medieval, que escribía en 1569 "*Quaero. . . en debitor qui facit literas cambii, cit liberatus, secuta acceptatione literarum? respondio; quod non: et ita expresse est declaratum in civitate Bononias per cambiorum capitula*" (9).

Las órdenes de cambio de Boloña remontan a 1569, y constituyen una de las más antiguas leyes que se ocupan de nuestro argumento junto con los Usos de Anversa de 1578 y los estatutos de Génova de 1589.

(5) BONELLI, G., "*Della Cambiale e dell'Assegno Bancario*", in "*Commentario edito dal Vallardi*, II Ed. Milano, 1930, No. 1, p. 3.

(6) "Decisiones Rotae Genuae de Mercatura" Genuae, MDLXXX.

(7) "... Aquél que hace letras de cambio, nunca queda liberado, a menos que las mismas letras no sean las sólitas".

(8) "De una general y notoria costumbre de los mercados genoveses. . . cualquiera que haga letras de cambio, y si a quien van dirigidas acepta, y este no paga, queda obligado a escribir letras: Porque yo, que di el cambio, tengo otra obligación y la observancia del mercado hace derecho".

(9) "Quiero saber. . . si un deudor que hizo letras de cambio, resulta liberado una vez lograda la aceptación de las letras? Respondo, por qué no: y así está expresamente declarado en la ciudad de Boloña por la ley de cambio.

Pero sobre la estructura de la responsabilidad cambiaria debía repercutir con profundos efectos la institución del endoso que se ejercita, regularmente, con la llamada cláusula "a la orden", mediante la cual la suma cambiaria será pagada por el trattario (librado) no al premitore (tenedor) como tal, sino a su orden, es decir, al premitore o remitente o a la persona que él designe.

3. ORIGEN HISTORICO DE LA INSTITUCION DEL ENDOSO. EFECTOS:

El endoso remonta a principios del siglo XVII (10) y nace en Italia. Tiene el efecto de transferir el crédito al endosatario, el cual en consecuencia se distingue profundamente del "adiectus solutionis causa". Este podía intervenir gracias a la cláusula "a la orden", introducida hacía varios siglos en las letras de cambio, pero tenía simplemente el papel de un mandatario del premitore (tenedor): accionaba entonces en representación de otros y estaba expuesto a todas las excepciones oponibles a su mandante. Pero la práctica mercantil; muy pronto consagrada por la ley, hacia la época indicada comenzó a considerar al adiectus como un contratante del premitore, como su cesionario, hasta que se llegó a investirlo de un derecho no sólo propio, sino también autónomo.

He aquí entonces que en relación a la responsabilidad cambiaria se delinea, como consecuencia del endoso, una grandísima innovación. En realidad, los sujetos pasivos de la relación cambiaria no se limitan ya al emitente y aceptante: cada endoso aumenta el número de los obligados en fuerza del título.

4. DECISIVA IMPORTANCIA DE LA LEGISLACION ESTATUTARIA ITALIANA RESPECTO A LA EVOLUCION DE LA LETRA DE CAMBIO Y SU DOCTRINA:

Pero sobre la evolución histórica de la letra de cambio y de su doctrina influyeron, no sólo las primitivas costumbres mercantiles y la sentida contribución de los juristas y de la jurisprudencia fo-

rense italianas, sino la insigne legislación estatutaria de ese país que, recogiendo, aclarando y modificando las costumbres, inyectó vital nutrición a los institutos comerciales modernos.

Con una mirada general a dicha legislación emerge que la letra de cambio encuentra ahí una minuciosa disciplina, seguidora de principios y de normas, y de donde se alimentó el derecho cambiario que hoy nos rige. Los estatutos de los mercados de Verona (1318), de Bergamo (1457), de Boloña (1509; 1550); de Lucca (1555; 1610), de Florencia (1577), de Siena (1619); y los civiles de Boloña (1454), de Génova (1589), de Ferrara (1566), las Pragmáticas Napolitanas de 1602 y 1617, etc., merecen particular mención en este campo (11).

5. IMPORTANCIA DE LA "ORDONNANCE FRANCAISE DU COMMERCE" de 1673.

Es muy interesante recordar, por la conspicua importancia como fuente legislativa del derecho cambiario, la "Ordonance Française du Commerce" de 1673, redactada por Savary, bajo encargo de Colbert, y que dedicaba los títulos V, VI y VII (43 artículos) a las letras y billetes de cambio, a los intereses de cambio y de recambio y al apremio corporal. Sin embargo, ella consideraba la letra de cambio como complemento del contrato de cambio, y exigía la "distintia loci" entre la emisión y el pago. Un progreso constituía, por el contrario, la admisión de que la cláusula de "Valeur fournie" (valor habido) podía referirse a prestaciones no sólo en dinero sino también en mercancías, de tal guisa que la letra de cambio más que un medio de pago, se convertía en eficaz instrumento de crédito (12).

Notables también las disposiciones concernientes a la aceptación y el endoso.

6. FUNCION ECONOMICA DE LA LETRA DE CAMBIO. SU FUNDAMENTO ECONOMICO.

Para poner en claro el fundamento económico de la letra de cambio convendrá observar que ella ha superado varias fases estructurales y funcionales

(10) Más exactamente a un documento napolitano de 1600.

(11) DE SEMO, Giorgio, op. ul. cit., pág. 67.

(12) LESCOT et ROBLOT, "Effects de Commerce", Paris, 1953, T.I, No. 48.

antes de alcanzar su expansión actual.

En sus primeros años de vida la letra de cambio era un mero documento probatorio del contrato de cambio; un título en manos de los cambistas; en un segundo período, ella se convierte en forma de pago, en un título comercial propio de los comerciantes; por último, en la época moderna, se transforma en instrumentos de crédito y resulta accesible a cualquier tipo de persona. Correlativamente, al constituirse y reforzarse el rigor cambiario, se afirma y difunde el endoso, el cual, además de facilitar la transmisión del título, le imprime la garantía de los endosantes, que se une a aquellas del librador y del aceptante, con el férreo vínculo de la solidaridad pasiva que a todos los firmantes obliga en pro del acreedor. Y más recientemente, la abstracción y la autonomía de la letra de cambio, hoy día sustancialmente reconocidas por las legislaciones moldeadas sobre el Reglamento Uniforme Ginebrino, valora y, de reflejo, aumenta la circulación fiduciaria.

Sin embargo, curioso resulta que en nuestro país, la letra de cambio no haya tenido el auge que sí ostenta en los restantes países del Istmo y del mundo en general. Significativo resulta el hecho de que las sentencias de nuestros Tribunales de Alzada en materia de letra de cambio, apenas se cuentan con los dedos de una mano (13). Sin embargo, rica es nuestra jurisprudencia en materia de pagaré y de cheque, y los tribunales se ven a diario abarrotados de juicios concernientes estos otros dos títulos cambiarios. Ello obedece, tal vez, a la ignorancia que en nuestro medio existe en lo referente a la letra de cambio. Debemos reconocer que poco han contribuido nuestros estudiosos a enriquecer la doctrina de este título, ahondando en el estudio de sus elementos, efectos y vicisitudes. El comerciante, ajeno a las ventajas que la letra ofrece, se ha volcado sobre el pagaré, título más incómodo y menos maniobrable. Ya es hora de que en Costa Rica nos pongamos a tono con el resto del mundo

y demos a la letra de cambio el puesto que ella amerita en el tráfico mercantil.

Con relación a su función económica y refiriéndonos a los países en que ese documento goza de una gran aceptación, es necesario indicar tres puntos fundamentales:

- a) Circunstancias que determinan la emisión del título.
- b) Incentivos y vicisitudes de su circulación, con particular referencia al "descuento bancario".
- c) Sustitución de la letra a la moneda en las relaciones comerciales nacionales e internacionales.

7. CIRCUNSTANCIAS ECONOMICAS QUE DETERMINAN LA EMISION DEL TITULO, CONSIDERADO COMO INSTRUMENTO DE CREDITO.

Basta una mirada a la actividad económica cotidiana para identificar las circunstancias de hecho que determinan la emisión de una letra de cambio que, en nuestros días, cumple con la fundamental función de ser instrumento de crédito, por lo general a breve plazo de vencimiento. En otros términos, y desde un punto de vista general, ella propicia una operación de crédito que se concreta en una prestación presente contra la promesa de una prestación futura. El acto cambiario, que únicamente con la finalidad de simplificar la idea equiparamos aquí a la emisión del título, documenta una operación de cambio de bienes presentes del tenedor contra dinero a crédito del librador, o de dinero presente del endosatario que descuenta la letra contra dinero a crédito del endosante, o de bienes presentes del librador contra dinero y crédito del librado.

En realidad una letra de cambio puede —y de sólo lo hace— conectarse a un contrato de com-

(13) De la Sala de Casación: No. 48 de las 15:15 hrs. del 8 de mayo de 1959, C.L.J.P. v. Quiebra Soc. S. y D., I Sem. T. II, pág. 882; No. 62 de las 14:30 hrs. del 21 de agosto de 1957, A.S.A. y otra vs. J.A.M., II Sem. T. I, pág. 274; No. 84 de las 14:30 hrs. del 9 de octubre de 1956, C.G.C. vs. D.I.N.A. Ltda., II Sem., T. II, pág. 1623; No. 102, de las 14 hrs. del 14 de octubre de 1955, C.M.N.S.R.L. vs. D & Cía, II Sem., T. I, pág. 649; No. 73, 15:30 hrs. del 6 de julio de 1954, I.A. y otra vs. El Edo., II Sem., T. I, pág. 97; 14:30 hrs. del 15 de julio de 1943, P.M. de S. vs. U.F.C. y Cía. B. de C.R., II Sem., T. I, pág. 371; Cas. 10 A.M. del 15 de enero de 1923, R.B. of. C. vs. J.Z.B., I Sem., T. único, pág. 60; Cas. 3 P.M. del 17 de junio de 1920, J.V.A. vs. S.R.J., I Sem., tomo único pág. 317 del Tribunal Superior Civil: No. 43 de las 8 hrs. del 17 de enero de 1975, I.P.S.C.I. vs. L.P.L.L., en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia No. 222, pág. 218, No. 247-9; No. 609 de las 15 hrs. del 30 de agosto de 1974, C.G.J.Y. vs. O.L.A. y otro, ivi, No. 220, pág. 247, No. 1071, No. 545 de las 10:00 hrs. del 9 de agosto de 1974, F.B.S.: U.R.G. vs. I.I.S.A., ivi, No. 1070; No. 321 de las 8:30 hrs. del 28 de mayo de 1974, S.W. de C.R.S.A. vs. J.A.T.Q., ivi, pág. 248, No. 1072; No. 586 de las 14 hrs. del 6 de setiembre de 1973, S.T.S.A. vs. U. y M. Ltda., No. 213, págs. 54-6, No. 462-5, del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo la resolución No. 820 de las 14 hrs. del 3 de noviembre de 1970, A.D.B. vs. C.R.P.E.I., ivi, No. 183, pág. 24; en el mismo sentido y del mismo Tribunal las resoluciones No. 362 de 1970 y 834 de 1969.

praventa facilitando la conclusión del mismo, dadas las garantías que preceden la satisfacción del acreedor. Resulta interesante notar que esta garantía cambiaria se usa mucho en materia de ventas a plazo.

En Italia, el presidio de la garantía cambiaria se enlaza frecuentemente a la conclusión de contratos diversos del de compraventa, y en especial a los variados aspectos de los llamados "fidi bancarii" (créditos bancarios). Valga aquí la observación que en relación a las aperturas de crédito ordinarias para caja y a las anticipaciones garantizadas de mercancías, sucede frecuentemente la emisión de una "carta directa" de parte de los beneficiarios, de guisa que el banco pueda dirigirse contra el eventual moroso con el solícito y enérgico procedimiento cambiario.

También la emisión de las letras se conecta frecuentemente a la estipulación del contrato de mutuo al cual el interesado recurre, por lo general, cuando se trata de crédito a largo plazo. El mutuante suele pedir del mutuuario, entre las garantías personales, la cambiaria, a veces hasta corroborada por el aval de un tercero, para poderse cautelar en cuanto a la puntualidad del pago de los intereses y la restitución del capital.

Hasta aquí hemos expuesto las varias circunstancias con que se determina la emisión de letras de cambio. Ella, por lo general, será por obra de los comerciantes; pero también los no-comerciantes las emplean, siendo hoy día la letra instituto de derecho común. Estipulaciones de mutuos, ventas a crédito obtenidas de los mayoristas, ventas a plazos, etc., constituyen la relación subyacente a la emisión cambiaria que de por sí tutela las razones de crédito. Ahora, el hecho de que la letra de cambio de los no-comerciantes no germina del sano terreno de la actividad comercial, la cual está destinada con sus ciclos a realizar de vez en cuando los fondos necesarios para el pago del título, constituye un serio inconveniente que no raras veces se refleja sobre el incumplimiento de la obligación cambiaria.

Pero otra fuente de serios peligros está constituida por las llamadas "letras de cambio de comodidad" o "de favor" (14), creadas entre el librador y el librado, o consolidadas por nuevas firmas no en correspondencia a una relación obligatoria subyacente, sino únicamente con el fin de procurarse

el crédito, con el exterior aparato de las firmas cambiarias.

8. INCENTIVOS Y VICISITUDES DE LA CIRCULACION CAMBIARIA:

Los incentivos a la circulación de la letra de cambio emergen también de la práctica cotidiana. Quien ha recibido una letra como tenedor, o libra el título sobre el propio deudor en pro de otro sujeto, generalmente tiene interés en la disponibilidad inmediata de la suma cambiaria: si fue emitida una letra, la indicación del tenedor permitirá al librador conseguir de aquél los fondos que de inmediato necesita, sobre todo si está en grado de entregarle el título ya abastecido de la aceptación del librado; así, para decirlo con los economistas, la letra se transforma de "bien prospectivo" en "bien actual".

En el ámbito de una misma plaza, o entre diversas ciudades, o inclusive, entre distintos países, la letra prosigue su útil función ambulante que, con el aumento del número de los obligados, consolida el derecho de crédito que allí está incorporado, hasta que, con la llegada del vencimiento, cierra el ciclo activo de su vida.

Pero, en países como Italia —y en tantos otros— donde la letra es quizás el título cambiario más utilizado, la circulación de la misma se inicia frecuentemente, o toma nuevos impulsos, de una operación técnicamente llamada "descuento bancario", contrato que consiste en la anticipación de parte de un banco —previa deducción de los intereses— del importe de un crédito no vencido hacia terceros, y en la cesión de parte del cliente, del crédito mismo. Tal contrato, respecto a las letras, asume las más variadas formas: "descuento de portafolio", "descuento de letras documentadas", "risconto".

9. LA LETRA DE CAMBIO COMO SUSTITUTIVO DE LA MONEDA:

Además de la función antes descrita, la letra de cambio cumple hoy la función de sustituir la moneda en las relaciones comerciales internas e inter-

(14) Profundamente sobre esta materia, DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., No. 517 ss. p. 485 ss.

nacionales. La letra al igual que los billetes de banco, que los cheques y que otros títulos cambiarios, actúa de intermediaria en los negocios, aunque no sea moneda. El valor de la letra, que es una orden de pagar o de hacer pagar a su vencimiento una determinada cantidad de moneda, equivale precisamente al valor de la moneda que ella subroga.

En virtud de tal función, la letra evita la peligrosa transmisión física del dinero de lugar a lugar: A, deudor de B, en vez de descontar una letra de la cual es poseedor, y entregar lo obtenido en dinero al acreedor, le endosa el título, extinguiendo así, en todo o en parte, la propia obligación; o lo constituye tenedor de una letra que él se apresta a emitir contra un deudor suyo; el tenedor, a su vez, puede actuar análogamente frente a un propio acreedor, endosándole el título, el cual, por lo tan-

to, pagado a su vencimiento, ha servido para extinguir definitivamente varias deudas sin desembolsos monetarios intermedios.

10. CONCEPTO DE LETRA DE CAMBIO. BREVES ESBOZOS SOBRE SU DISCIPLINA.

Podemos definir la letra de cambio como aquel título-valor a la orden (o más exactamente aquel título cambiario a la orden), sobre el que está escrita y firmada la obligación incondicional de una persona determinada, que llamamos librador, de hacer pagar a otra determinada persona, llamada librado (su deudor), a la orden de un acreedor suyo, el tenedor, una determinada suma de dinero a un determinado vencimiento.

Ejemplo de letra de cambio:

San José, 9 de mayo de 1974.

Al 9 de setiembre de 1974 pagad por esta letra de cambio al señor Ricardo Mora Torres (B) la suma de mil colones (1.000.00).

*Al señor Rodrigo Chaves U. (C)
Calle 7, No. 273, San José*

Carlos Porras E. (A)

Generalmente (15), en la letra de cambio intervienen tres personas: el librador (A), que es aquel que emite la letra de cambio, o sea que forma y entrega la letra, con la orden al librado de pagarla;

el librado (C), que es aquel sobre el cual la letra es emitida, o sea, a quien está dirigida la orden de pagarla; y el tenedor (B), que es aquel a cuyo favor la letra viene emitida, y a quien viene entregada.

Ejemplo de pagaré:

San José, 9 de mayo de 1974.

Al 9 de setiembre de 1974 prometo pagar por este pagaré al señor Ricardo Mora T. (B), la suma de mil colones (1.000.00).

Carlos Porras E. (A)

En el pagaré, por el contrario, sólo tenemos dos personas, el emitente (A), que es aquel que emite el pagaré, o sea quien lo crea y lo entrega y el tenedor (B), que es aquel a cuyo favor viene emitido, a quien viene entregado. El emitente es el

deudor, que promete de pagar; el tenedor es el acreedor.

Tanto la emisión de un pagaré como la emisión de una letra de cambio suponen la existencia de una relación obligacional entre el emitente (A) y el

(15) Decimos generalmente porque el artículo 729 establece la posibilidad de que la letra pueda emitirse a la orden del propio librador (es decir, que concuerden las personas de tenedor y librador), y contra el propio librador es decir, que concuerden las personas del librador y librado.

tenedor (B), en el primer caso, o entre el librador (A) y el tenedor (B), en el segundo caso; relación que pueden nacer de negocios jurídicos diversos, por ejemplo de una compraventa, en cuanto el emitente o librador (A) ha comprado mercancías del tenedor (B) y le debe el precio, o de un mutuo, en cuanto el emitente o librador (A) ha recibido una suma en préstamo del tenedor (B) y le debe la restitución.

Pero, mientras la emisión de un pagaré supone la existencia de la sola relación entre emitente (A) y tenedor (B), por el contrario, la emisión de una letra de cambio supone normalmente (16) la existencia de otra relación entre librador (A) y librado (C), relación que se llama de "provisión de fondos", que puede nacer también de los más diversos negocios jurídicos y en virtud de la cual el librador (A) es acreedor del librado (C) por una suma igual a aquella por la cual viene emitida la letra; o el librado (C) es en cualquier forma obligado o dispuesto a pagar por el librador (A) tal suma. Por eso, el librador (A) que es deudor del tenedor (B) mientras es a su vez, normalmente, acreedor del librado (C), ordena con la letra al librado (C) pagar el tenedor (B); de modo que con el pago que el librado (C) hará al tenedor (B) se extinguirán contemporáneamente las dos deudas: aquella del librado (A) hacia el tenedor (B) y aquella del librado (C) hacia el librador (A).

La letra puede ser presentada al librado (C), antes que para el pago, para la aceptación, y éste, si pretende asumir la obligación de pagarla, debe expresar tal voluntad poniendo sobre el título la propia firma, precedida o no de las palabras "aceptado" o "acepto" u otras equivalentes. En tal modo el librado se convierte en aceptante, y por ende, obligado cambiario principal como el emitente en el pagaré. Así en el ejemplo indicado tenemos:

Acepto: Rodrigo Chaves U.

Tanto el pagaré como la letra de cambio se

transfieren normalmente mediante endoso, que consiste en poner al dorso del título una firma precedida o no de las palabras "pagad a..." u otras equivalentes. El primer endoso debe ser hecho siempre por el tenedor (B), y cada endoso posterior por el endosatario del precedente.

Así, en los ejemplos indicados:

"Pagad al señor Alfredo Rojas Castro"

Ricardo Mora Porras.

En este caso, tenedor del pagaré o de la letra de cambio, y, por consiguiente, acreedor, será no ya Ricardo Mora Porras, sino más bien Alfredo Rojas Castro; mientras si este último endosara a su vez el título, se convertiría en tenedor su endosatario. También el traspaso de una letra de cambio y de un pagaré supone normalmente la existencia de una relación entre endosante y endosatario, que lo determine y justifique.

El pago, ya del pagaré, ya de la letra de cambio, puede ser a su vez garantizado con un aval, que puede ser prestado por un tercero, o por cualesquiera de los obligados cambiarios, mediante las palabras "por aval" o cualquier otra fórmula equivalente precedida o seguida de la firma.

Como título cambiario que es una de las principales características de la letra de cambio es su formalismo. *"La letra de cambio es un título de crédito esencialmente formalista: es un acto formal. En ella, la forma constituye su propia sustancia. Faltando esa forma, o siendo defectuosa, el contenido carece del valor jurídico que se buscaba, porque la ley ha querido condicionar su existencia a la existencia de la forma. Lo cual no quiere decir que, si el documento carece de cualquiera de los requisitos formales que para su constitución prescribe la ley, carezca por eso de todo contenido. Lo que queremos significar es que faltará entonces en lo absoluto, aquel contenido específico para el que la forma se había creado. Queremos decir, en otros términos, que sin forma cambiaria, no hay contenido cambiario, por más que lo haya causal"* (17).

(16) Ver nota anterior.

(17) DE J. TENA, Felipe, *"Derecho Mercantil Mexicano"*, Edit. Porrúa S.A., México, 1970, p. 473; en este mismo sentido RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit., p. 299; DE PINA VARA, Rafael, *"Derecho Mercantil Mexicano"*, Edit. Porrúa S.A., México, 1964, p. 338.

LAS TACHAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Dr. Luis G. Herrera C.

SUMARIO:

1.— Generalidades	72
2.— Definición	72
3.— Clasificación	72
4.— Capacidad testifical	73
5.— Causales de tacha admitidas	74
6.— Procedimiento de tachas	76
7.— Legitimación	76
8.— Oportunidad	77
9.— Forma de plantear el incidente	77
10.— Prueba de la tacha	78
11.— Resolución de la tacha	78
12.— Efectos	79

1. GENERALIDADES:

La prueba testimonial es uno de los medios probatorios que nuestra legislación acepta para la demostración de los hechos punibles (1). El título III, "Medio de Prueba" del Código de Procedimientos Penales, regula los medios de prueba que se admiten para la comprobación de los hechos imputados a una persona como delictuosos. El Capítulo IV, está dedicado exclusivamente a los "Testigos" (artículos 224 a 237). Se establece una normativa más o menos completa en cuanto a la obtención, forma de producirse la prueba testimonial, así como las diversas medidas de carácter compulsivo para hacerla efectiva durante la instrucción; normas que también son aplicables en el Debate, conforme al artículo 378 del C.P.P. No obstante esta regulación formal, se omiten disposiciones de carácter sustantivo, razón por la cual debemos acudir a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los diversos Códigos de Procedimientos, que sí las contienen, y en aplicación del artículo 70 de la Ley No. 5711 de 27 de junio de 1975 (2).

No obstante la existencia del Capítulo IV del Título III, referido a la prueba testimonial, no nos encontramos con una norma procesal que haga referencia a las tachas, ni a la forma de hacerlas valer, ni a su oportunidad, razón por la cual debemos preguntarnos si realmente el llamado incidente de tachas está admitido en el nuevo proceso penal, como sí ocurre en el proceso civil (artículos 326 a 330 del C.P.C.). También debemos cuestionarnos si la normativa procesal civil puede ser aplicada en el proceso penal. Posteriormente en el desarrollo de los puntos que trataremos, le iremos dando respuesta a estas preguntas, que son el objeto de nuestro estudio.

2. DEFINICION.

Definimos las tachas como las circunstancias de hecho o de derecho que la parte puede hacer valer antes o después de la recepción de los testimonios que han sido propuestos por la parte contraria, con el objeto de restarles eficacia probatoria o bien de impedir su deposición durante el

debate. En esta definición sobresalen tres elementos fundamentales: es un acto de la parte contraria a la que propuso el testigo, la circunstancia o tacha propiamente dicha (amistad, enemistad, interés, etc.), y la ineficacia relativa del testigo o impedimento absoluto para deponer (fin). A continuación haremos un examen detallado de cada uno de estos elementos.

3. CLASIFICACION:

Atendiendo a los efectos que produce una tacha declarada judicialmente, se generaliza dividir las tachas en absolutas y relativas (3), clasificación que resulta de nuestra aceptación.

Comprobada la existencia de una tacha absoluta, el testigo adolece de capacidad para deponer válidamente ante el Tribunal, y entonces el Juez no debe tomarla ni tan siquiera en cuenta para la demostración de los hechos que están siendo investigados, pues, como ha dicho Alsina, la tacha absoluta importa la incapacidad para ser testigo en cualquier proceso; no obstante, dicha ineficacia debe ser gestionada por la parte interesada, pues de lo contrario, el testimonio surtirá sus efectos, quedando sujeto el valor probatorio a la apreciación judicial. En nuestro C.P.P., las tachas absolutas se refieren a la inadmisibilidad e incapacidad de los testigos (art. 371 párr. 2 C.P.P.), y deben ser alegadas por la vía incidental como una cuestión preliminar al Debate, y no en otra.

Por el contrario, las tachas relativas son las que se fundan en causales que pueden afectar de parcialidad la deposición testifical, pero que no le privan de valor absoluto. Es decir, que declarada la existencia de una tacha relativa, por ejemplo el interés, el odio, la amistad, la enemistad, etc., el juez entrará a apreciar dicha prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, siempre en contacto con los demás elementos probatorios incorporados al debate. Es el juez quien con su libre convicción, determinará el verdadero valor de la declaración del testigo, pese a la existencia de esa causal. No podríamos admitir dentro del sistema procesal penal, un método tasado como ocurre en el derecho civil, pues esto sería desvirtuar la

- (1) Debemos tener presente que la prueba en materia civil está más limitada que en el proceso penal, donde opera un sistema de libre apreciación (art. 393 párr. 2 C.P.P.), pero sujeto a la aplicación de las reglas de la sana crítica.
- (2) Interpretamos que si bien no existe una norma expresa en el C.P.P. que autorice la aplicación de dichos cuerpos legales, al estar autorizado en una Ley de "Adición" al Código de Procedimientos Penales, aquella surte los efectos dichos, en especial por tratarse de una ley de orden público de carácter procesal, no ajena ni separada del contexto procesal del Código.
- (3) ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial" Ediar S. A., Buenos Aires, 1961, t. III, ps. 625 y ss.

verdadera naturaleza del derecho penal, y echar abajo el principio de la libre apreciación probatoria, incorporado en el Código de Trabajo y en el C.P.P.

Conociendo ya algunos aspectos generales sobre este particular medio impugnativo de los testigos, debemos pasar al campo de nuestro derecho positivo, para determinar la posibilidad de este procedimiento en el nuevo proceso penal.

Definitivamente nos inclinamos por admitir la posibilidad del procedimiento de tachar testigos en el nuevo proceso penal, debiendo delimitarse el mismo y sus alcances en el proceso penal con aplicación de las normas del C.P.C. Para llegar a esta conclusión hemos considerado el art. 70 de la Ley 5711 y parte de la doctrina que inspira nuestro Código (4), aparte de las ventajas prácticas que se derivan de este procedimiento. Es indudable que dentro del proceso, no solamente el Juez Penal o el Tribunal de Juicio, deben vigilar la proposición y admisión de testigos, sino ambas partes: Fiscal y defensor, brindándoles a éstos la posibilidad de coadyuvar al juez en la determinación de las circunstancias que impiden en forma absoluta la deposición de un testigo, o bien en forma relativa, para efectos de su ineficacia; pero siempre dentro del principio esbozado.

Primeramente enunciaremos las causales que a nuestro criterio pueden constituir fundamento de tacha, y luego expondremos el procedimiento incidental propiamente dicho, para hacer valer a aquél dentro del juicio, y principalmente la oportunidad de planteamiento (5).

4. REGLAS GENERALES SOBRE LA CAPACIDAD TESTIFICAL:

Nuestro Código siguiendo la doctrina argentina, principalmente el Código de Córdoba, establece la regla general, de que toda persona es capaz para rendir declaración testimonial. Esta regla está

comprendida en el artículo 224 del C.P.P. que dispone: "*El juez interrogará a toda persona que conozca los hechos que se investigan. . .*"; determinándose en forma implícita la regla mencionada, sea la capacidad de todas las personas para declarar en juicio penal. No obstante, hay que advertir, que existen limitaciones impuestas por la ley, o bien por las circunstancias propias de un proceso concreto, que imposibilitan al testigo para deponer válidamente, o bien si es permitida su deposición, su valor probatorio es disminuido, según la apreciación que el tribunal haga de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a que se refieren los artículos 226 y 393 párr. 2 del C.P.P. Estas limitaciones pueden producirse en virtud de impedimentos de orden físico, moral o mental (6) o bien por incompatibilidades en razón del cargo que desempeñan los sujetos del proceso.

No vamos a analizar cada una de las reglas generales que regulan la prueba testimonial (7), pues no forma parte de este estudio, aunque sí diremos, que la declaración de un testigo para ser considerada como prueba idónea dentro de un proceso, es necesario que se trate de terceras personas, y que éstas sean capaces desde el punto de vista fisiológico, mental y moral, y que no tenga incompatibilidades dentro del proceso.

Es físicamente capaz, toda persona que pueda percibir con sus sentidos: oído, vista, tacto y olfato, diversos hechos que tengan influencia en la investigación que se está realizando dentro de un proceso concreto. No necesariamente tiene que ser mayor de edad, pues perfectamente podría dársele valor a las declaraciones de menores de edad de 7 o 9 años. Será el juez quien de acuerdo con su libre convicción, valore las aptitudes del menor, de acuerdo con la observación que en forma directa haga en el Debate. En síntesis, en la escogencia de la prueba testimonial, el juez debe realizar un triple examen desde el punto de vista legal (elimi-

(4) CLARIA OLMEDO, "*Tratado de Derecho Procesal Penal*", Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 318. Recientemente, el Tribunal Superior de Limón, admitió un incidente de tachas planteado por el defensor público, con base en este criterio (sent. No. 81 de las 19:00 hrs. del 1 de junio de 1977, considerando I).

(5) Si tratásemos de determinar el sistema de tachas que inspira nuestra legislación procesal civil aplicada al proceso penal, nos inclinaríamos por un sistema que llamo "judicialista"; es decir, aquel en que se deja a la apreciación del juez el valor testifical en cada caso. En este sentido Gorphe ha dicho que las tachas deberían reducirse a objeciones y críticas formuladas por las partes contra los testigos que presenten serios motivos de sospecha, de modo de cooperar en la tarea del juez en lugar de obstaculizarla ("*La Apreciación Judicial de las Pruebas*", La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 427). No obstante advertimos que este criterio es extremo, porque únicamente atribuye el poder de control al juez, asignándole a las partes un papel de simples observadores; razón por la cual admitimos la posibilidad del incidente de tachas.

(6) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. III, ps. 282 ss.

(7) Sobre estas reglas generales consúltase Clariá Olmedo, ob. cit. t. III, ps. 282 ss.; Hugo Alsina, ob. cit. t. III, ps. 625 ss.; F. Gorphe, "*La Apreciación Judicial de las Pruebas*", La Ley Buenos Aires, 1967, ps. 420 ss.; Jaime Guasp, "*Derecho Procesal Civil*", Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1968, t. I., p. 364.

nación y selección), judicial (interrogatorio minucioso) y psicológico (8).

En cuanto a las limitaciones de orden moral y mental, debe actuar el juez en la misma forma dicha, sea la de un proceso selectivo, mediante un examen lógico de las manifestaciones hechas por el testigo, pero siempre valorando las mismas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sea, las reglas que le dictan la experiencia, la ciencia y su lógico entender. Entre estos casos, de difícil estudio, están los sordomudos, los ciegos, los vagos, los condenados por delitos de falso testimonio y otros, etc.

Finalmente se presentan determinadas incompatibilidades que hacen que un testigo no pueda declarar dentro de un proceso, como es el caso de los integrantes del Tribunal, de los representantes del Ministerio Público, imputados y coimputados (9). Desde luego que también estas reglas tienen sus excepciones, y estas son en el caso de los llamados testigos necesarios; pero hay que advertir, que si un miembro declara como testigo, debe inhibirse de seguir conociendo el negocio (art. 29 inc. 1 del C.P.P.).

Entre las cuestiones preliminares al debate que se pueden plantear, de acuerdo con nuestro C.P.P. están las referentes a la admisibilidad o incapacidad de testigos (art. 371), con lo cual se admite la posibilidad de que los sujetos que intervienen como partes procesales, puedan plantear todos aquellos motivos por los cuales un testigo no debe ser admitido, bien por estar en alguna situación de incapacidad absoluta, o bien por alguna causa de inadmisibilidad, como podría ser por ejemplo un testigo nuevo admitido como tal por el Presidente del Tribunal, en contra de las prescripciones del párrafo final del art. 351 del C.P.P.; o la admisión como testigo de un integrante del Tribunal, sin haber sido sustituido por el Juez suplente. Entre las causas de incapacidad está el sordomudo, el ciego, el que padece de una parálisis cerebral absoluta, etc.

5. CAUSALES DE TACHA:

De acuerdo con el mencionado art. 70 de la Ley No. 5711 de 1975, admitimos la posibilidad de invocar en el proceso penal las mismas causales de tacha que enumera el artículo 326 del C.P.C. y

que enseguida pasamos a exponer en forma individual.

a.— Que el testigo en el momento en que ocurrió el hecho del cual da testimonio, no tuviera las condiciones perceptivas necesarias para adquirir cabal conocimiento del hecho. Se refiere esta causal a la incapacidad parcial de un testigo para dar fe sobre un hecho, por no tener plenamente desarrollados sus sentidos: vista, oído, tacto y olfato. Por ejemplo una persona que padece de la vista no puede percibir en forma total un hecho acontecido ante sus ojos, mas pudo percibirlo en forma parcial; este testigo hay que oírlo en juicio, sujetando su valor probatorio a la apreciación judicial.

En realidad, esta causal de tacha debemos considerarla dentro de la No. 2, pues ésta es la que considera la incapacidad en el acto de la declaración. En resumen, debemos decir que hay dos motivos de tacha: la incapacidad natural permanente o pasajera (enfermedad transitoria) que sufre el testigo en el momento de producirse el hecho y que él podría no obstante percibir; y cuando la incapacidad la sufre el testigo en el momento de declarar ante el Tribunal.

b.— Que el testigo haya dado su declaración por fuerza, miedo o compelido por error o soborno. Es obvio, que cuando el testigo se presenta a declarar, bajo la influencia de una fuerza extraña, su declaración no debe tener valor probatorio. Entre esos casos, está el del testigo que se presenta coaccionado por una parte, como podría ser el patrono; o bien por el miedo que una persona siente hacia otra que figura como parte en el proceso, ya sea, que el miedo se produzca a consecuencia de diferentes vínculos: laboral, económico, familiar, etc. Finalmente en virtud de artimañas se podría inducir a error a una persona para que declare sobre determinados hechos que no le constan; o bien el simple soborno. Considero que estas situaciones se refieren a aquellos casos en que el testigo comparece, pero desconociendo la veracidad de los hechos; pues en el caso contrario, sea, que pese a la existencia de cualquiera de esos motivos (fuerza, coacción, miedo y soborno), el testigo está obligado a declarar (art. 225 del C.P.P.), salvo las excepciones que la misma ley establece. De ocurrir esto último se aplicarán las sanciones del caso a la parte que ofreció el testigo por haber hecho uso de la

(8) GORPHE, F. ob. cit. ps. 419-420.

(9) CLARIA OLMEDO, ob. cit. t. III, ps. 291 ss.

violencia que produjo el miedo del testigo, o el soborno o coacción, pero, el testimonio tendrá valor probatorio, puesto que el testigo ha percibido en forma personal la producción de los hechos que interesan.

c.— Ser el testigo ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, sea legítimo o no, tío, sobrino, primo hermano, cuñado, padre o hijo político del litigante que lo haya ofrecido. Es indudable que el vínculo que une a un testigo con la parte que lo propuso, lo conduce a adoptar una posición de parcialidad, en virtud de una inclinación subjetiva hacia los intereses de la persona con la cual está vinculada. En consecuencia no se hace necesario dar mayores explicaciones, por cuanto las diferentes situaciones que se presentan son bien conocidas. No obstante esto, existe una situación que no está prevista en esta norma, cual es el vínculo surgido en razón de la unión consensual o de hecho. Definitivamente debemos tomarla en cuenta pues constituyen una parte de nuestra realidad social, y no podemos obviarla con un criterio legalista, porque sería desviar el verdadero espíritu de la ley. El Tribunal Superior de Limón, ante esta realidad, y en el caso de las abstenciones a que se refiere el artículo 227 del C.P.P., ha considerado incluida la situación de las uniones de hecho, cuando la pareja tiene más de dos años de vida continua y han procreado dos o más hijos (10).

d.— Ser el testigo al prestar su declaración, socio, dependiente o criado del que lo presenta. También y en atención a una mancomunidad de intereses, la ley prevé la posibilidad de que los socios tiendan a parcializarse a favor de su consocio, pues resulta lógico, que subjetivamente, se produzca una parcialización, como una manifestación de compañerismo y de solidaridad, en protección de los intereses mutuos. Pero no cabe duda de que cuando la ley habla de "socio", se refiere a sociedades de tipo personalista, como son el caso de las sociedades en nombre colectivo, o bien comandita, en las cuales se produce una identificación de personas e intereses.

En el caso de las sociedades anónimas, y dada su especial naturaleza, la situación no es exactamente la misma. Solamente ocurre esa identificación en los casos en que las acciones están repartidas entre amigos o familiares, y se pudiere demostrar esta circunstancia.

El otro motivo de tacha, es el vínculo laboral, en virtud del cual está unido el testigo a la parte proponente. Esta causal la interpretamos en forma amplia, para dar cabida a casi todos los tipos posibles de relación laboral, en la cual exista una verdadera subordinación del testigo hacia el proponente, circunstancia que obliga a aquel a adoptar una postura parcializada, ya sea por un lógico temor, por afecto o por cualquier otro motivo.

e.— Tener interés directo o indirecto en el juicio. El interés del testigo a favor de las pretensiones del ofendido (aunque éste no sea parte formal), o a favor del acusado, para que éste sea absuelto, pueden producirse u originarse en diversos vínculos: familiares (consanguinidad o afinidad), amistad, odio, venganza, etc. Este interés consiste en el deseo manifiesto del deponente para que el proceso se resuelva satisfactoriamente a favor de cualquiera de las partes que lo proponen, impulsado por cualquiera de esos vínculos o sentimientos (11).

f.— Haber sido condenado el testigo por falso testimonio o por delitos contra la fe pública o contra la propiedad (12). Es indudable que un testigo que ha sido condenado por el delito de falso testimonio, o por delitos contra la fe pública, sea, todos los delitos descritos en los artículos 357 a 370 del C.P., o por delitos contra la propiedad, sea los descritos en los artículos 208 a 230 del mismo Código, no pueden merecer fe al Tribunal, aunque no apliquemos aquí el criterio civilista de considerarlo una tacha absoluta. En consecuencia, se trata de una tacha relativa, que debe ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pues en cada caso concreto, las circunstancias objetivas y

(10) Al incluir la unión consensual, debidamente constituida, debemos excluir el concubinato al que solo se podría considerar como una causal de tacha de amistad íntima, y así lo resolvió la Sala Primera Civil, en res. 435 de 8:25 hrs. del 10 de octubre de 1975; Rev. Jud. 3, p. 277, No. 2939.

(11) El T.S.C. de San José, consideró que constituía causal de tacha, el hecho de que los testigos propuestos por el Presidente de la República fueran Ministros, al estimarse, que en la doctrina esos cargos son de confianza en la Administración Pública (res. 575 de 15:30 hrs. del 22 de julio de 1975, Bol. Jud. 223, p. 381, No. 1320).

(12) Hugo Alsina estima que esta causal de tacha es de las llamadas absolutas, y que por lo tanto, declarada con lugar, la declaración del testigo no puede ser tomada en cuenta, porque importa incapacidad para cualquier proceso (ob. cit. t. III., ps. 624, 625 y 628).

subjetivas del delito varían no pudiéndose acoger la regla general para todos los casos (13).

g.— Ser amigo íntimo del que lo presentare o haber enemistad grave entre él y el litigante contrario. En esta causal no se especifica en forma precisa cuál de las partes ha de ser amigo o enemigo, por lo que ha de entenderse, que la amistad existe entre el testigo y la parte que lo propone, o enemistad con la parte contraria (14).

La amistad íntima es considerada por Clariá Olmedo como una causa de inhabilidad relativa, y de producirse en relación con el imputado, con el querellante en los delitos de acción privada y con el actor civil en ciertos casos, y con los representantes del Ministerio Público. Al no establecer nada nuestro C.P.P. y debiéndose aplicar en forma supletoria el C.P.C., tenemos que admitir, que dicha relación es posible entre todas las partes del proceso, incluso con el ofendido quien desde el punto de vista formal no es una parte. Será el Tribunal que en cada caso concreto examine los alcances del vínculo de amistad y determine el grado de validez de la declaración testifical.

h.— Ebriedad habitual. La mayoría de las legislaciones modernas consideran incluida como causal de tacha la ebriedad habitual, pues resulta evidente que una persona que se mantenga en este estado, no tiene la suficiente capacidad de percepción de los acontecimientos, por cuanto todo su sistema nervioso se encuentra profundamente alterado (15). Debemos admitir, que para que la ebriedad asuma la categoría de tacha absoluta, ésta debe ser consuetudinaria, pues si tan solo fuese ocasional, la misma sería relativa.

6. PROCEDIMIENTOS DE TACHAS:

Con la lista de causales anteriormente expues-

ta, hemos tratado de conocer el alcance de cada uno de los motivos de tacha, que se admiten en nuestra legislación procesal; aunque bien sabemos dicha lista no agota todas las posibilidades (16). Pasaremos luego a examinar detenidamente el procedimiento legal utilizado para tachar testigos.

En cuanto a la naturaleza no vamos a entrar en detalle, aunque sí debemos decir, que no se trata de un recurso, sino de un incidente común, cuya tramitación está determinada en parte por el art. 372 del C.P.P. Esto quiere decir, que el incidente de tachas no suspende el curso del debate, y el mismo debe constarlo en el acta del debate (art. 390 inc. 6 C.P.P.). En este incidente se concederá la palabra no solamente al Fiscal y a los defensores, como lo dispone el artículo 372 párr. 2, sino también al actor civil, quien lógicamente tiene derecho a participar en la deliberación del incidente, máxime, cuando el testigo tachado lo ofreció él mismo.

7. LEGITIMACION.

Nos preguntamos qué personas estarían autorizadas para promover un incidente de tachas, ante la ausencia de normas que disponga sobre este punto en el C.P.P. Nuevamente debemos acudir al art. 326 del C.P.C., el cual nos dice que "*Cada parte podrá tachar los testigos de la contraria*". En esta forma nuestra legislación resuelve un problema muy discutido en doctrina, cual es, si la parte puede tachar a sus propios testigos (17). Definitivamente me inclino por este sistema, porque resulta evidente que la parte al proponer los testigos, ya conoce, o por lo menos debe presumirse que conoce, los motivos de tacha, y que al ofrecer el testigo ha renunciado tácitamente. Con este criterio, se evita que litigantes inescrupulosos, estén

(13) Clariá Olmedo dice que en general se admite la posibilidad de que puedan declarar, pero la situación moral de los testigos hace pensar en lo dudoso de sus manifestaciones desde un punto de vista general y para cualquier proceso" (ob. cit. p. 290, t. III).

(14) Nos podríamos preguntar qué ocurre si el testigo es enemigo o amigo de ambas partes. En cuanto a la primera situación, nuestro Código no prevé nada, aunque habrá que admitir, que si procede la tacha para el que demuestre una mayor enemistad. Pero distinto es cuando existe amistad íntima entre ambas partes y el testigo, caso en el cual no procedería la tacha, por cuanto el testigo trataría de ser objetivo e imparcial (Alsina, Hugo, ob. cit. t. III, ps. 632, 633).

(15) La jurisprudencia argentina ha dicho que para que proceda la tacha, la ebriedad tiene que ser absoluta; de lo contrario, dice Clariá Olmedo, el testigo será sospechoso pero no inhábil (ob. cit. t. III, p. 287).

(16) Con esto queremos decir, que la lista incluida en el artículo 326 del C.P.C. no es excluyente, por cuanto hemos estado defendiendo un sistema de libre apreciación judicial, el cual sería incompatible con aquel. En consecuencia hay que admitir la posibilidad de invocar otros motivos de tacha como podría ser el caso del heredero o legatario. Lo más importante sería determinar la existencia de todas las circunstancias posibles que puedan influir en el ánimo del testigo, y a veces, solamente las partes están en la posibilidad de detectarlas, con lo cual se estaría colaborando con el Tribunal en su función de administrar justicia.

(17) Hugo Alsina se pronuncia en la forma estipulada en nuestro C.P.C. (ob. cit. t. III, ps. 633-634); pues dice, se presume que el proponente conocía con anterioridad las tachas del testigo, y al hacer el ofrecimiento, renunció a ellas. Mattiolo, considera que la parte proponente si puede tachar a sus testigos (autor citado por Alsina, ídem). Igualmente Clariá Olmedo admite esta posibilidad (ob. cit. t. VII, p. 84), criterio que no compartimos.

constantemente interrumpiendo el curso del Debate.

También debemos preguntarnos, si el procedimiento incidental de tachar testigos, es aplicable a los testimonios que son objeto de lectura conforme lo permiten los artículos 351 párrafo 1 y 384 del C.P.P. Nos hemos dado cuenta a través de este estudio, que la tacha se interpone contra el testigo y no contra el testimonio, pues el motivo de tacha se refiere al ámbito personal del testigo (físico, mental o moral), y no a la narración, que es la que podría salir afectada en su valor probatorio conforme a las reglas legales. Creemos que en el caso de que se llegare a demostrar en el Debate, que el testigo que rindió la declaración durante la instrucción, y que es objeto de lectura en el juicio oral y público, está afectado por un motivo de tacha, el mismo podrá formar parte de los argumentos finales (conclusiones) de las partes y luego el Tribunal apreciará su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

8. OPORTUNIDAD.

Otro punto muy importante que debemos determinar, es la oportunidad procesal dentro de la cual procede gestionar el incidente de tachas. Hay que considerar cinco momentos procesales, que nos darán una respuesta adecuada: el periodo de instrucción sumarial, los actos preliminares del debate, en el debate propiamente dicho, y antes y después de la deposición del testigo.

Considero que durante la instrucción no es admisible el incidente de tachas, por cuanto el C.P.P. no establece ningún procedimiento para impugnar a los testigos, y en segundo lugar, por cuanto en esta etapa del proceso apenas se está recopilando datos y preconstituyendo prueba, que sirvan de base para resolver la situación jurídica del imputado. Además, durante esta etapa, no existe deliberación sobre el valor de la prueba, lo que corresponde o es propio de una fase contradictoria, en este caso, el Debate, y en la fase deliberativa a que se refieren los artículos 389, 392 y 393 del C.P.P.

La otra etapa o momento procesal, es la que se

llama "cuestiones preliminares", durante la cual sí es admisible el incidente, por disponerlo en forma expresa el art. 370 y 371 del C.P.P. Pero debemos aclarar, que este momento se refiere a los incidentes de tachas absolutas, sea, para excluir al testigo del marco del debate, por ser inadmisibile o por adolecer de una causa de incapacidad. Es decir, que pasada esta etapa, y ya durante el debate propiamente dicho, no es posible invocar una tacha absoluta, por haber precluido la oportunidad.

Pasada la oportunidad de plantear el incidente de tachas (absolutas) como una cuestión preliminar, llegamos al momento anterior y posterior de la declaración del testigo, momentos en los cuales consideramos la posibilidad de promover el incidente, para hacer valer la existencia de causales relativas de tacha (véase supra, No. 2, ps. 2 y 3) (18). Así entonces, si en el acto de la declaración surge un motivo de tacha, la parte puede plantear el respectivo incidente._

9. FORMA DE PLANTEAR EL INCIDENTE:

El principio de la oralidad es esencial para la celebración del debate, pues en esta forma, las partes y los miembros del Tribunal logran una comunicación directa (inmediación de la prueba) con los testigos y peritos que deponen en el debate. En consecuencia y dada la naturaleza del juicio oral y público, los incidentes también deberán promoverse en forma oral, y en éste hablarán por una sola vez, las partes, por el tiempo que les fije el Presidente.

Aunque el art. 372 del C.P.P. no lo establece expresamente, se interpreta que en la exposición oral del incidentista, este debe exponer en forma clara y precisa la causal de tacha en que fundamenta la articulación, y a la vez ofrecer la prueba en que apoya la misma. De no hacerse en esta forma, el incidente debe ser rechazado de plano, pues entonces el mismo carece de base jurídica y fáctica, y el mismo tendería a entorpecer el desarrollo del debate. Por los mismos motivos debemos concluir, que el incidente solamente puede plantearse por una sola vez, cuando se fundamenta en

(18) La mayoría de la doctrina argentina considera que el incidente puede presentarse antes y después de la declaración (Clariá Olmedo, ob. cit. t. VII, p. 83). El criterio civilista admite la posibilidad dicha, únicamente cuando la parte desconocía la tacha y ésta surge en el momento de la declaración (Alsina, Hugo, ob. cit. t. III, p. 635), criterio que sigue nuestro C.P.C. en el artículo 327 párr. 3, que no podemos aplicar al proceso penal, por los especiales intereses que se ventilan en uno y otro juicios.

la misma causal, salvo que la causal que se invoque con posterioridad sea nueva (19).

10. PRUEBA DE LA TACHA:

Al igual que la doctrina y legislación procesal civil, tanto nacional como extranjera, debemos advertir, que la tacha invocada por una parte debe ser demostrada por ésta (20), siguiendo así en parte el criterio civilista. No obstante, no podemos aplicar al incidente en el debate los mismos términos del C.P.C., por ser éstos demasiado amplios y carentes de practicidad.

Así las cosas, la parte que invoca la tacha debe ofrecer la prueba necesaria, para que junto con la principal, se demuestre la existencia de la misma y pueda ser ésta resuelta en sentencia (21) y así en esta forma, ser apreciada por los jueces dentro del contexto principal de la prueba.

En general, debemos decir, que el incidente de tachas promovido en el debate, debe ser objeto de prueba dentro de la misma audiencia, y en consecuencia no puede ser objeto de suspensión, por no estar expresamente contemplado en el artículo 361 del C.P.P. Sin embargo, y en casos muy especiales a juicio del Tribunal, se podría admitir la posibilidad de suspender el debate, para que el incidentista demuestre la existencia de la tacha, conforme al inciso 1 del referido artículo. Ocurre esto en casos de mucha gravedad, y cuando la prueba testimonial es escasa, y en especial, cuando la acusación está apoyada tan solo en el dicho de un testigo. Se recomienda a los tribunales tener mucha prudencia en el uso de esta facultad, pues perfectamente se podría convertir en una arma peligrosa a favor de tantos litigantes irresponsables, que en forma constante tratan de obstaculizar el desarrollo del juicio, ante la imposibilidad de ejercer una defensa real sobre la cuestión de fondo.

Los medios de prueba para probar la existencia de una tacha, son los mismos que en el derecho penal se admiten para la demostración de los

hechos delictuosos, y ésta será apreciada por los jueces conforme a las reglas de la sana crítica.

11. RESOLUCION DE LA TACHA:

Ya hemos dicho en una oportunidad de que el incidente de tachas debe ser resuelto en sentencia definitiva, salvo cuando se trate de una tacha absoluta basada en una causal de inadmisibilidad o incapacidad del testigo, en cuyo caso el incidente debe resolverse antes de la recepción de la prueba (arts. 371 y 372 C.P.P.), o bien cuando el incidente ha sido rechazado de plano por impertinente. En esta forma habrá que seguir algunas directrices que nos muestra el Derecho Procesal Civil, que en términos generales son acordes con la regla dicha (22). En consecuencia, también en el proceso penal, la tacha debe ser objeto de discusión y resolución en sentencia definitiva, conforme a las normas de la deliberación (art. 393 C.P.P.). Desde el punto de vista de la lógica jurídica, y especialmente dentro del orden del proceso, no hay otra oportunidad más adecuada para resolver la existencia o no de la tacha alegada por alguna de las partes, puesto que en esa oportunidad es donde los jueces apreciarán el valor de toda la prueba recibida en el debate, conforme a las reglas de la sana crítica. Solamente dentro del contexto general del marco probatorio, podrían los jueces determinar la existencia o no de un motivo de tacha relativa, y ya dentro de la deliberación, determinar el valor del testimonio (23).

Si bien nuestro C.P.P. (art. 395) no enumera como requisito específico de la sentencia la resolución de tachas, ni el orden a seguir dentro de ésta, sí hay que decir, que la misma forma parte de las "*cuestiones planteadas en la deliberación*" (art. 395 inc. 1 C.P.P.), y que no existe impedimento legal en contra de esto. En cuanto al orden que debe ocupar el pronunciamiento sobre las tachas, sea el examen fáctico y jurídico de las invocadas en el incidente, nos inclinamos por colocar a éste

(19) CLARIA OLMEDO nos dice que la "instancia debe ser fundada, expresándose con claridad la causal legal que se invoca," (ob. cit. t. VII, p. 84), con lo cual se confirma lo dicho.

(20) En principio opera la regla general contenida en el artículo 719 del C.C.: todo aquel que intente una acción u oponga una excepción, está obligado a probar los hechos en que descansa la acción o excepción. El art. 327 del C.P.C., en su párrafo 2 también dispone, confirmando así esta regla, de que en el escrito de tacha se propondrá la prueba para justificarla.

(21) A nuestro criterio, no todos los incidentes de tacha deben ser resueltos en sentencia, pues como hemos dicho, en algunos ni tan siquiera se les da curso por no reunir los requisitos de admisibilidad.

(22) Si bien el artículo 330 del C.P.P. no es todo lo suficientemente claro, se entiende, que la solución del mismo se deja para sentencia. Pero también en la doctrina penal, se le da cabida a esta regla (Claría Olmedo, ob. cit. t. VII, p. 85).

(23) No obstante debemos recordar lo ya dicho, de que cuando el incidente se fundamenta en una tacha absoluta (incapacidad o inadmisibilidad), el incidente debe ser resuelto interlocutoriamente, sea en la oportunidad a que se refieren los artículos 371 y 372 del C.P.P.

en el considerando anterior al dedicado a la demostración del hecho o hechos principales (24).

Igualmente en la parte dispositiva o resolutive, la tacha debe ser declarada en primer lugar, y, enseguida, la declaración sobre el objeto principal del proceso penal, sea, la condenatoria o absolutoria del imputado, y luego los demás puntos sometidos a debate. El hecho de que coloquemos de primero el pronunciamiento sobre tachas, no altera en nada el art. 395, puesto que el mismo no establece ningún orden, limitándose únicamente a la ordenación de la "parte resolutive", como el cuarto requisito de la sentencia.

12. EFECTOS:

En el desarrollo de este estudio monográfico hemos hecho mención casi en forma total a los efectos procesales que se derivan de la existencia de un motivo de tacha. Pero no obstante, repitamos, que hay dos situaciones determinantes: si los

testigos son inadmisibles o incapaces para declarar en juicio, los mismos deben ser excluidos del mismo, en forma interlocutoria, sea, durante los momentos "preliminares" del debate. Los demás casos, sea los fundados en una tacha relativa, serán decididos en sentencia definitiva, pues solamente en esta fase podrán los jueces apreciar el valor de los testigos tachados. No podríamos admitir otro criterio por el peligro que ello entrañaría, ya que se produciría una limitación en la convicción de los jueces; en otras palabras, se tasaría el elenco probatorio como ocurre en materia civil. Recordemos, y ya para concluir, que el procedimiento incidental de tachar testigos, lo hemos admitido únicamente como un método de ayuda y cooperación con el Tribunal en la labor de buscar la verdad real, y en esta forma, darle mayor participación a las partes del proceso, y creyendo además, que éstas harán un buen uso de él, y no valiéndose del mismo como un instrumento de atraso del curso del proceso.

Limón, 12 de junio de 1977.

(24) Este orden no obedece a un criterio arbitrario, sino al orden lógico de la sentencia. No podemos tener por demostrado un hecho sin antes no declarar la existencia o no del motivo de tacha; pues declarada ésta con o sin lugar, el Tribunal debe entrar a determinar la existencia del hecho que motivó la acusación, sea, el objeto mismo del proceso penal. Debemos informar que en la jurisprudencia civil, los Tribunales se han pronunciado por colocar de primero el considerando dedicado a las tachas, seguido luego del considerando de los "hechos probados" (res. No. 343 de 9:45 hrs. del 22 de agosto 1975; Sala Primera Civil; Rev. Jud. 2, p. 183, No. 1958).



LA DIMENSION FAMILIAR EN MATERIA EMPRESARIAL EN EL SISTEMA LATINO: LAS EMPRESAS FAMILIARES

Dr. Víctor Pérez Vargas.

S U M A R I O :

I.— PRESENTACION	82
II.— PARTE METODOLOGICA	82
A) Sistema de Derecho Latinoamericano?, un primer interrogante	82
B) Algunos aspectos previos relativos a la hipótesis de la existencia de un indicio de unidad del sistema latino en materia de empresa familiar	84
III.— PARTE SISTEMATICA	85
A) Familia y actividad económica	85
B) La persona humana y la actividad económica	85
C) Los intereses en juego en la regulación de la actividad familiar	86
D) La empresa. Aspectos teóricos	87
E) La empresa familiar	89
i) Aspectos económicos	89
ii) Aspectos jurídicos	89
F) Reconstrucción teórica de la categoría	89
1) La empresa familiar jurídicamente regulada	89
a) Notas históricas	89
b) La empresa familiar italiana	91
c) El caso de Costa Rica	92
i) Derecho Agrario	92
ii) El papel creador de la jurisprudencia	93
2) La empresa familiar "de hecho". Datos empíricos	93
3) La sociedad anónima familiar	95
Aspectos jurídicos y sociológicos	95
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFIA	102

LA EMPRESA FAMILIAR

PRESENTACION:

El presente estudio tiene por objeto delimitar la categoría jurídica "empresa familiar" en el plano teórico y en el plano positivo dentro del sistema latinoamericano (1).

Los problemas que, junto a las ventajas (2) de la empresa familiar se presentan son múltiples; ya es un problema inicial la incerteza sobre el contenido de la expresión, su diversidad de significados y las modalidades de su regulación.

A un nivel general el tema presenta gran interés: se trata de conjugar la interacción entre la llamada célula de la sociedad ("la familia es la base esencial de la sociedad") y la célula de la economía (3). Las conexiones entre los términos del problema son muchas; nos limitaremos a las más relevantes. Puede proyectarse la hipótesis de que la configuración jurídica de la empresa familiar responde a una tradición del sistema latino que ha recibido su unidad y forma del Derecho Romano sobre la base cultural ibero-romano-precolombina y afirmarse que la característica del sistema es una concepción que podríamos denominar personalista-comunitaria. Esta afirmación del valor y dignidad de la persona humana como fundamento de la misma regulación de la empresa familiar es de gran interés.

El estudio se encuentra dividido en dos partes:

metodológica y sistemática. En la primera se plantean algunos interrogantes y se formula la hipótesis de trabajo; en la segunda se intenta determinar la categoría general y las especificaciones positivas del instituto.

PARTE METODOLOGICA

A) Sistema de Derecho Latinoamericano? , un primer interrogante.

La pregunta de fondo es: ¿puede hablarse de unidad cultural jurídica de las naciones de la llamada América Latina? En caso afirmativo, cuál es el factor cohesionante y cuáles son las particularidades específicas del conjunto.

1. El Derecho Romano, factor cohesionante.

El estudio del Derecho Romano es en términos realistas el estudio de nuestro ser de hoy. El Derecho Romano es una realidad viviente y así es perceptible cuando superamos la engañosa primera impresión y captamos más bien lo que, más que analogía, es identidad. En nuestro diario operar jurídico utilizamos este producto cultural de la antigüedad (4).

La influencia del Derecho Romano, gracias, en muchos casos a un proceso de asimilación cultural, más que de imposición forzada, es una realidad de hoy (5).

- (1) Es interesante destacar que en Costa Rica las políticas oficiales se orientan en el sentido de favorecer la pequeña empresa. Así, el Presidente de la República expresó recientemente: "... Esto significará la creación de un mayor número de empresas privadas pequeñas... así va Costa Rica y son muchos los que han escogido este camino como el mejor". ODUER, Daniel. Presidente Oduer comenta artículo de la página 15. Periódico La Nación, Jueves 14 de julio de 1977, 15-A. En Italia son jurídicamente, pequeños empresarios, los cultivadores directos, los artesanos, los pequeños comerciantes y los que ejercitan una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y de los componentes de la familia. V. FERRARA, Francesco (Jr.), Giuffrè-ed. Milano, 1971, pág. 54.
- (2) "La pequeña organización goza de la tremenda ventaja de la aproximación personal, descrita como: una combinación de atmósfera de planta familiar, relaciones humanas y servicios personales de carácter informal, que puede incluir cualquier cosa, desde prestar una caución juratoria a favor de un empleado hasta aconsejar sobre problemas conyugales. En cada planta es diferente, y también varía de algún modo para cada obrero y cada patrón. Pero donde existe, es inapreciable". PHELPS, Orme. *Introducción a la economía laboral*, TEA, Buenos Aires, 1964, pág. 57.
- (3) MORA, Fernando. *La teoría de la empresa en el Derecho Comercial costarricense*. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, 1976, pág. 209. v. tamb. *Suplemento del Boletín Informativo No. 222*. Corte Suprema de Justicia.
- (4) En el mismo sentido se ha dicho que "es del mayor interés no detener el estudio del Derecho Romano, como se hace frecuentemente, en la época de Justiniano, sino estudiar de igual modo en qué ha venido a parar el Derecho Romano en las diferentes partes del mundo que estuvieron sometidas en otro tiempo a su imperio" DAVID, René. *Tratado de Derecho Civil Comparado*. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1953, p. 185.
- (5) Sobre los aspectos históricos y geográficos en este proceso se ha dicho en clara síntesis que: "La influencia del Derecho Romano en general y de sus instituciones sucesorias en particular se extendió en el mundo antiguo, no sólo por la expansión militar del Imperio, sino además por su espontánea adopción debida al prestigio del sistema; perduró durante la Edad Media en diferentes regiones de Europa y se proyectó finalmente sobre el Derecho moderno y contemporáneo. Tal efecto se produjo en Francia mediante los trabajos de investigación de sus grandes juristas, precursores del Código Civil de 1804, así como por la contextura de éste que es de sólida fundamentación romanista y de ahí se transmitió a los diversos códigos civiles a los que sirvió de modelo; en España, a través de las Siete Partidas del Rey Alfonso X que integran el antiguo derecho ibérico antecedente de su actual Código Civil de 1889; en Alemania por los trabajos de sus pandectistas que culminaron en su vigente Código de 1900, y en Italia, como valioso antecedente propio de su historia jurídica, cuya supervivencia, no obstante las reformas debidas al tiempo y a su avanzada técnica en su moderno Código Civil de 1942" LANATTA, Rómulo. *Derecho de Sucesiones*, U.M. San Marcos, Lima, 1969, pág. 94.

En América Latina el proceso penetró por medio del Código Napoleón y de las Partidas Alfonsinas (6).

2. La hispanidad, factor cohesionante.

El Derecho no es un conjunto de normas formalmente entendidas; es, en primer término, un conjunto de valores, un modo de ser social. La herencia ibérica es una realidad viviente en nuestras experiencias ético-sociales (7). Se ha afirmado que este "ser hispanoamericano" tiene ciertos rasgos recurrentes; concretamente: *"Tres notas definen el tono dominante de la vida hispanoamericana, a saber: tendencia fáustica de expansión vital, presentismo y vocación de universalidad"* (8).

3. La americanidad, factor cohesionante.

Las particularidades de los derechos propiamente latinoamericanos han llevado a algunos comparatistas sudamericanos (Clovis Bevilacqua en el Brasil y Martínez Paz en Argentina) a ubicarlos en una categoría especial. Se ha considerado que los ciudadanos de América Latina no son latinos únicamente: son también americanos. Los derechos de estos países, por muy diferentes que puedan ser entre sí tienen rasgos netamente americanos (9). Las particularidades son reflejo de factores ambientales y culturales (10).

4. El "Code Civil", factor cohesionante.

Por su parte, los autores franceses sostienen la ubicación precisa de los Derechos de América Latina dentro del grupo francés del sistema occidental (11).

Al elenco examinado podríamos agregar algunas otras hipótesis de factores cohesionantes que resisten a la penetración externa que con su acción transforma el sistema (12). La realidad es que se trata de un conjunto de ordenamientos con caracteres latinos, hispánicos, franceses y autóctonos.

Los grandes comparatistas insisten sin embargo en que dentro de estos caracteres *"la latinidad en la esfera jurídica parece haber constituido de modo general un factor más importante"* (13).

Otros, sin embargo, hablan de *"...un oculto presentimiento de que nuestra misión en la Historia consiste en unificar y trascender las conquistas parciales logradas desde puntos de vista muchas veces opuestos, para infundirles el soplo de integradora universalidad, para instaurar un nuevo mundo en el que la especie humana encuentre no sólo un ámbito geográfico adonde se amalgame un nuevo tipo de hombre cósmico por su integración biológica, sino, ante todo, un ámbito cultural en el que el espíritu se encuentre a sí mismo, configurado por una estructura de verdades y de valores eficaces para el perfeccionamiento de la especie."*

América, crisol de pueblos desde sus orígenes,

(6) LANATTA, op. ult. cit., 5, pág. 96.

(7) Frente a esta consideración científica abundan las apreciaciones subjetivas, los hispanistas, los indigenistas, los europeístas, etc. Ejemplo de esta última categoría eran los exploradores alemanes que en el siglo pasado visitaban estas tierras. Así, por ejemplo, se escribió entonces: "El joven pueblo neo-hispano ya tiene algo de senilidad; nunca ha conocido una edad de oro, jamás ha cultivado las artes, las ciencias y la literatura y sólo ha percibido el eco apagado de la civilización que en el transcurso de los siglos alcanzaron en Europa las naciones rivalizantes...". WAGNER, SHERZER. *La República de Costa Rica en la América Central*. Min. Cultura. San José, 1974, p. 226.

(8) BARAHONA, Luis. *El ser hispanoamericano*, Madrid, 1959, p. 233.

(9) "Si se quiere considerar bien la realidad de las cosas y no detenernos en un simple barniz superficial se ve uno precisado a reconocer que, aun perteneciendo al grupo de Derecho Francés, los Derechos de América Latina presentan ciertas características y particularidades que le son propias" DAVID, cit. 4, p. 253.

(10) "Los juristas de América Latina no se dan cuenta de las particularidades a menudo justificadas de sus Derechos y toman por modelo de sus tratados de modo demasiado exclusivo los franceses o los italianos" DAVID, cit. 4, p. 30.

(11) "Los Derechos de las veinte naciones de América Latina pertenecen sin discusión posible al sistema jurídico occidental y están ligados tradicionalmente al grupo francés de ese sistema. La concepción del mundo que pretenden realizar es típicamente la misma que la de Europa Occidental. Se encuentra en ellos la misma adhesión a los principios de la moral cristiana, a la forma política de la democracia liberal y a la estructura capitalista de la sociedad. En todos esos Estados, además, se encuentran Códigos en íntimo parentesco, por su fondo y por su forma, con los códigos europeos y, en particular con el francés, en cuanto concierne al Derecho Civil". DAVID, cit. 4, p. 251.

(12) Sobre esta fuerte influencia en América Latina se ha sostenido: "Otro factor además viene a diferenciar también esas dos series de derechos: la influencia de los Estados Unidos, que es variable según los países de la América Latina, pero considerable siempre en todos ellos. Los Estados de la América Latina pueden rebelarse a veces contra ese influjo y contra ciertas manifestaciones excesivas que, bien en el orden político, bien en el económico, pueda llegar a tener. Pero esa influencia de los Estados Unidos no deja de ser por eso un hecho que no se puede ignorar...". DAVID, cit. 4, p. 225. V. FACIO, Gonzalo. *La Constitución Norteamericana*. Revista Judicial, No. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, 1977, setiembre. HERNANDEZ, Rubén. *El significado del control de la legitimidad constitucional de las leyes en el mundo contemporáneo*, Revista Judicial No. 3. Corte Suprema de Justicia, San José, marzo 1977, ps. 21 y ss.

(13) DAVID, cit. 4, p. 258.

no puede apartarse de esta misión ecuménica, que ya ha cumplido en gran parte" (14).

- B) Algunos aspectos previos relativos a la hipótesis de la existencia de un indicio de unidad del sistema latino en materia de empresa familiar. La hipótesis.

La hipótesis utilizable científicamente ha de ser:

- 1) Conceptualmente clara. Los conceptos han de estar definidos operacionalmente y las definiciones han de ser comunicables (15).

Es preciso definir, para efectos de formulación de la misma hipótesis, el concepto de "empresa familiar".

Acogiendo las mejores aportaciones de la teoría general del Derecho, el profesor Vincenzo Panuccio de la Universidad de Messina nos ofrece en sus escritos (16) la necesidad de determinar sobre la base de los datos jurídicos y metajurídicos (17) los fenómenos que intervienen con relación a las distintas clases de elementos del supuesto causal.

En términos esquemáticos, el método de conceptualización propuesto sería así:

- A) Con relación a los fenómenos jurídicos espaciales

- 1) aspectos subjetivos de la empresa
- 2) aspectos objetivos de la empresa

- B) Con relación a los fenómenos temporales

- 1) actos
- 2) hechos

Se distingue, además, con relación al supuesto ("fattispecie" causal) la existencia de:

- a) presupuestos
- b) elementos centrales
- c) coelementos (18)

- 2) La hipótesis utilizable debe tener, además,

referentes empíricos. Para ser utilizable una hipótesis no debe implicar juicios morales (19).

Debe aclararse que no hay, por supuesto, ningún problema en que una hipótesis haga referencia a un juicio de valor. Ello ocurre precisamente en la ciencia jurídica donde según las diversas concepciones siempre el objeto de estudio es una categoría axiológica (20).

- 3) Por otra parte, la hipótesis debe ser específica, clara, único medio para que pueda ser sometida a prueba (21).

En el presente estudio quiero referirme a la hipótesis de una unidad cultural —con trasfondo filosófico bien delineado— del sistema latino con relación a la institución "empresa familiar".

Los indicios (precisos, graves y concordantes) que permiten su formulación pueden resumirse así:

- 1) Es una institución que revela una particular "cosmovisión". El trasfondo cultural y, en particular, ético determina ciertas escogencias positivas que se repiten con una frecuencia variable en función de diversos factores. En el caso del sistema latino, en alguna u otra forma, lo que jurídicamente se puede denominar "empresa familiar en sentido amplio" se ha manifestado con bastante frecuencia. En particular, en algunos medios latinoamericanos la pequeña empresa predomina cuantitativamente.

2) Aunque la institución "empresa familiar" tiene manifestaciones en Oriente en épocas prerromanas, entre el dato del código indio del "dharma" y las empresas familiares de nuestros días, si acaso hubiere continuidad cultural, ello sería a través de las culturas mediterráneas que sirvieron de puente.

- 3) El panorama filosófico del sistema determina una concepción particular tanto de la empresa

(14) BARAHONA, Luis. *El ser hispanoamericano*, op. cit. supra 8, p. 86. Se sostiene, en fin, que nuestro Derecho común es el producto de la influencia del Derecho germánico y del cristianismo sobre la codificación de Justiniano. MORA, op. cit. supra 3, pág. 45.

(15) GOODE-HATT. *Métodos de investigación social*. Trillas, México, 1975, pág. 89.

(16) V. en particular PANUCCIO, Vincenzo. *Impresa*. Enciclopedia del Diritto. Las formulaciones a nivel teórico-general se encuentran en FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*. Voci di teoria generale del diritto. Giuffrè-ed. Milano, 1970, págs. 291 y ss.

(17) "...cuando en el campo jurídico no se encuentran definiciones formalizadas, es carga del intérprete recurrir a los datos metajurídicos, no siendo suficiente una investigación sobre los datos estrictamente legislativos y jurídicos en general (jurisprudencia, doctrina, etc.) PANUCCIO, op. cit., supra 16, pág. 577.

(18) Sobre los puntos problemáticos de la distinción entre los elementos del supuesto causal v. SCALISI, Vincenzo. *Inefficacia, Diritto Privato*, Enciclopedia del diritto. Vol. XXI, Milano, Giuffrè-ed. 1971, pág. 327.

(19) GOODE-HATT, op. cit., supra 15, pág. 90.

(20) V. FALZEA, Angelo. *Efficacia Giuridica*, op. cit., supra 16, pág. 229 y, en forma amplia sobre las cuatro concepciones del Derecho como valor v. FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè-ed. Milano, 1975, págs. 33 y ss.

(21) GOODE-HATT, cit. 15, pág. 90.

como de la familia, concepción que algunos han calificado de "personalista-comunitaria".

PARTE SISTEMATICA

A) Familia y actividad económica.

Las necesidades jurídicamente relevantes pueden ubicarse para efectos clasificatorios en diversos planos de realidad jurídicamente ordenados. En cada uno de estos planos los intereses correspondientes proyectan valoraciones. El ser humano revela la existencia de necesidades físicas, emocionales, mentales y espirituales. Para cada una de estas categorías puede pensarse en la existencia de concretas disposiciones positivas mediante las cuales se persigue el paso del estado de insatisfacción al estado de satisfacción (22).

La persona humana, integralmente entendida, en su diario vivir, proyecta concretas situaciones problemáticas correspondientes a los diversos planos referidos e, implícitamente, proyecta también las correspondientes soluciones.

La familia, en cuanto unidad de personas en interacción (según el enfoque interaccional (23), puede ubicarse temporalmente también en concretas situaciones problemáticas que exigen del sistema una respuesta. Dentro del grupo familiar se plantean, por ejemplo, los problemas espirituales, los problemas mentales, los problemas afectivos y también los problemas relativos al plano físico. Consecuentemente, el Derecho Positivo se encuentra también llamado a dar solución a este tipo de exigencias.

Los problemas jurídico-familiares correspondientes al plano físico son múltiples. Dentro de esta categoría se ubican, por ejemplo, los relativos a la salud física, a la alimentación, a los gastos cotidianos del hogar, a la distribución de ingresos, a la determinación del sujeto (o los sujetos) legítimo(s) para tomar decisiones económicas capaces de incidir sobre los demás miembros del grupo, etc. Los problemas propiamente económicos forman uno de los conjuntos más relevantes dentro de este plano.

La economía puede considerarse como el estudio científico de las necesidades y de los bienes y servicios (ambos escasos) capaces de satisfacerlas (24). La amplitud del objeto adquiere concretas especificaciones según que estas necesidades sean colectivas, o bien, privadas. En materia familiar entran en juego intereses públicos e intereses privados; es por ello importante determinar en qué medida la regulación de la problemática económica del grupo familiar está determinada por cada una de estas modalidades.

Desde un ángulo macroeconómico se ha afirmado que *"la primera tarea de la ciencia económica moderna es describir, analizar, explicar y relacionar las fluctuaciones de la renta nacional, de las cuales nos interesan tanto la prosperidad como la depresión, la inflación como la deflación de los precios. Es tarea laboriosa y complicada, pero con todo y eso, clara. Necesitamos estudiar los principios que nos muestran de qué manera conseguiremos mantener un elevado nivel de productividad y mejorar el nivel de vida de la gente"* (25).

Otra distinción fundamental, para estructurar el tema en examen, es la que existe entre factores económicos externos que inciden sobre la estructura familiar y factores internos. Dentro del primer grupo se encuentran —por ejemplo— las transformaciones económicas generadas por la proliferación de los medios industriales de producción; dentro del segundo grupo hacemos referencia a las concretas disposiciones que establecen regulación para la gestión económica del grupo familiar y anticipan la regulación de su distribución para la hipótesis de desintegración del grupo.

B) La persona humana y la actividad económica.

Es frecuente escuchar que los dos polos alrededor de los cuales gira la experiencia jurídica son individuo y sociedad; algunos han querido ver en esta dialéctica el sentido histórico de la misma distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo (26). Han sido intentadas múltiples concilia-

(22) FALZEA, Angelo. *Fatto giuridico. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970.

(23) MICHEL, Andree. *Sociologia della famiglia*. Il Mulino, Bologna, 1973, pág. 13.

(24) "la acción económica se halla condicionada y orientada por la escasez de medios, ya que para satisfacer el deseo de ciertas utilidades, los medios se deben someter a gestión económica cuando sólo se dispone de ellos con limitación. Por esta razón "actuar económicamente" significa siempre comparar entre sí diversas posibilidades de aplicación, y elegir entre ellas. . ." ROMERO, Jorge Enrique. *La sociología del derecho en Max Weber*. Costa Rica, 1975, pág. 124.

(25) SAMUELSON, Paul A. *Curso de economía moderna*. Madrid, 1958, pág. 4.

(26) V. BARCELLONA, Pietro. *Gli istituti fondamentali del diritto privato*. Jovene, Napoli, 1972, pág. 67.

ciones de esta radical oposición que, sin embargo, han terminado por exasperar la distinción. La causa de esta antinomia se encuentra en una distorsión visual. Individuo y sociedad son necesariamente conceptos antagónicos como lo son individualismo y socialismo. La oposición no es, sin embargo, de orden real: individuo y sociedad no son recíprocamente separables como materiales de laboratorio. La experiencia cotidiana nos presenta al ser humano como ser de relación inmerso en una vida en común.

La anterior conclusión nos lleva necesariamente del individuo a la persona, de la sociedad a la comunidad. Con este nuevo enfoque se superan las anteriores contradicciones y es posible admitir que persona y comunidad no son más que términos de una relación inescindible. En la dialéctica personalismo-comunitarismo no encontramos la radical oposición en boga en el siglo pasado entre individualismo y socialismo. Con base en esta superación del conflicto, dignidad de la persona humana y bien común son, más bien, términos que se implican necesariamente.

Tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista sustancial la persona es el eje de lo jurídico; ella es la potencial portadora de todos los efectos jurídicos del sistema (27) y al mismo tiempo portadora también potencial de los intereses tutelados por el Ordenamiento. Su papel central no es resultado de una mera imputación lógica; la razón profunda se encuentra más bien en la especial dignidad de que es portadora.

No se trata de revivir pretenciosas concepciones antropocentristas; se trata, simplemente, de tomar conciencia de un dato: la persona humana tiene la posibilidad de trascender la inmediatez de lo actual (desde la proyección anticipada de un artista, hasta la experiencia religiosa de unidad con el Ser atemporal). Esta potencialidad, base de todas las expresiones culturales a través de la historia es lo que Heller ha denominado capacidad de proyectar fines humanos en la naturaleza (28). Estas características propiamente humanas hacen que la genérica tendencia de todo ser a preservar su

ser y perseverar en él de que hablara Spinoza (29) tenga en el ser humano infinitas manifestaciones en los distintos órdenes de lo cultural, dentro de los que se incluyen, sin duda, los factores económicos.

C) Intereses en juego en la regulación de la actividad económica de la familia.

a) El llamado "interés familiar".

Hemos ya tenido ocasión de tratar el argumento (30). Para efectos de encuadrar las premisas teóricas de este capítulo es oportuno resumir brevemente las ideas centrales.

Es frecuente encontrar en las diversas fuentes la expresión "interés familiar" o "interés de la familia". La referida expresión tiene soporte en algunos supuestos errados que es preciso aclarar.

i) Por una parte, técnicamente no es apropiado hablar de interés familiar o interés de la familia, por cuanto:

1) interés (en sentido jurídico) es el substrato material o substancial de una situación jurídica y en este caso no encontramos ninguna situación jurídica cuya titularidad sea atribuida al grupo familiar.

2) la anterior afirmación se fundamenta, a su vez, en la idea de que la familia no es sujeto jurídico y solamente éstos son los potenciales portadores de los intereses jurídicos.

3) no encontramos en las disposiciones positivas un interés del grupo familiar relevante como interés autónomo, diverso de los intereses de sus componentes.

En conclusión, *"la familia, en cuanto grupo, no es sujeto jurídico y por ello no es potencial destinataria de intereses jurídicos. Cuando se habla de "intereses de la familia", al máximo se trata de intereses para la atribución de particulares situaciones jurídicas a los miembros del grupo familiar, lo que revela por una parte la ambigüedad del concepto y por otro lado su imprecisión, dado que no se trata, en realidad, de un verdadero interés jurídico potencialmente conectado a una específica situación jurídica subjetiva, cuya titularidad*

(27) V. sobre el tema, en particular, FALZEA, Angelo. *Capacità, Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1970 y FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Pubblicazioni dell'Istituto di scienze giuridiche dell'Università di Messina, Giuffrè-ed. Milano, 1939 y PEREZ, Víctor. *Existencia y capacidad de las personas*. Lex Locí, San José, 1977.

(28) HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1963.

(29) La idea se reitera en la Ética. SPINOZA, *Ética*. Aguilar, Biblioteca de iniciación filosófica.

(30) PEREZ, Víctor. *Unas breves observaciones sobre el llamado "interés familiar" o "interés de la familia"*. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, 1976, No. 27, págs. 117 y ss.

sea atribuible al grupo familiar en cuanto tal" (31). Otros hablan de "interés a la familia" (32).

ii) Intereses públicos y privados en el Derecho de Familia.

La anterior distinción nos lleva a pensar en dos tipos de valores en juego:

1) Los valores individuales de cada uno de los miembros del grupo.

2) Los valores de la comunidad sobre la institución familiar.

Ya es vieja la discusión sobre el carácter público o privado del Derecho de Familia; no vamos a insistir en ella; queremos, sin embargo, puntualizar una idea: si bien todo efecto jurídico se determina en función del interés fundamental de la comunidad (el Grund Wert (33)) existen situaciones jurídicas en función de la satisfacción de intereses privados y otras en función de intereses públicos.

Así, por ejemplo, la valoración de posibilidad de la conducta de acción judicial para que se declare el divorcio con base en alguna de las causales convierte el ejercicio de esta situación en un simple "acto lícito", sin particulares vínculos en una u otra dirección. Está prevista en función del interés particular del sujeto que, ocurrida la causal, manifiesta su intención de solicitar el divorcio.

Contrariamente, dentro de esta misma materia, la disposición por la cual no puede solicitarse el divorcio por mutuo consentimiento si no han transcurrido tres años después de celebrado el matrimonio, es una valoración de necesidad omisiva: no es posible la acción regulada antes de ese término. La situación jurídica de vínculo que aquí encontramos existe en función de un interés que podríamos llamar "público": la unidad y estabilidad de la familia. (34).

Esta misma dialéctica (público-privado) se ma-

nifiesta en los intereses en juego en tema de regulación de la actividad empresarial familiar.

D) La empresa. Aspectos teóricos.

Se ha observado que "dado que el mundo real se nos presenta en el espacio y en el tiempo, todo fenómeno puede ser considerado espacial y temporalmente: bajo el perfil espacial se presenta como cuerpo, cosa, objeto; bajo el perfil temporal se configura como evento, acontecimiento, hecho. . . Los mismos sujetos humanos figuran entre los objetos del espacio porque tienen un cuerpo extenso y los actos humanos figuran entre los hechos del tiempo porque se desarrollan temporalmente y tienen una duración temporal apreciable. . . Resulta en síntesis que sujetos, objetos, actos y hechos son el cuádrinomio fundamental de la fenomenología jurídica. . ." (35). Los diversos fenómenos jurídicos entran en juego en las diversas ramas del Derecho. En materia comercial ha ocurrido que en la determinación del concepto de empresa los juristas han caído a menudo en la unilateralidad de enfoque: han visto la empresa bajo el lente parcial de uno de los cuatro fenómenos jurídicos que en ella intervienen: objetos, sujetos, hechos y actos. (36).

Así, por ejemplo, para algunos "empresa" puede definirse como "un contrato. . ." (37). Merece aclararse aquí que existe una categoría diversa: los contratos de empresa (38), categoría respecto a la cual no hay definición doctrinaria unánime. Así, por ejemplo, se ubican dentro de la subespecie de los contratos de empresa agraria: los contratos para la provisión de capital de ejercicio, con las operaciones a ellos conexas (emisión de letras, por ejemplo); los contratos de seguro de cosechas y semejantes; los contratos de consorcio para la coordinación de la producción, la transformación

(31) Op. ult. cit., pág. 126.

(32) LIPARI, Nicolo. *Diritto Privato*. Una ricerca per l'insegnamento. Laterza, Bari, 1974, pág. 168.

(33) "En lugar de la Grund Norm Kelseniana, meramente hipotética y formalista sería mejor poner un Grund Wert como síntesis omnicompreensiva de todos los valores reales y sustanciales del sistema "FALZEA, *Efficacia*. . . cit. 15, pág. 250.

(34) PEREZ, Víctor. *El divorcio en Costa Rica*. Revista Judicial. No. 2, Corte Suprema de Justicia, diciembre de 1976. Pág. 59.

(35) FALZEA, cit. 15, págs. 271, 272 y 273.

(36) Así PANUCCIO, cit. 16.

(37) "contrato por el cual una persona se obliga a ejecutar una obra, suministrando sólo su trabajo, industria o también los materiales. Difiere del contrato de trabajo en que no crea vínculo de subordinación entre el empresario y el dueño. . ." CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1973, pág. 248.

(38) Con relación a la legislación italiana se ha afirmado: "Un contrato, para poder definirse "de empresa" en el Ordenamiento vigente, debe, en su tipicidad legal, manifestar una función económico-social de servicio o de utilidad por el ejercicio de la empresa" CARROZZA, Antonio. *Contrato e Impresa en el Diritto Agrario Italiano*. Pisa-Alghero-Sassari, 23-26 de mayo de 1975, pág. 12.

de productos y su comercialización; el contrato de intercambio de mano de obra entre pequeños empresarios; los contratos de alienación de productos, en los límites en que esta alienación pueda ser considerada conexas y esencialmente agraria. En fin, por los motivos ya expresados, todos los contratos de trabajo estipulados para el ejercicio de la empresa agraria (39).

Otros definen la empresa como un "organismo económico y social que aglutina factores humanos (el jefe de la empresa y el personal) y factores materiales (los que integran la "azienda" o explotación) para llevar a cabo una actividad dirigida a la producción de bienes y servicios. Esta organización no es reconocida por el Derecho costarricense como persona moral, ni se acepta la limitación de la responsabilidad de la empresa a los bienes de la explotación. . . salvo que adopte una de las formas autorizadas por el Código de Comercio" (40).

Para otros, es la base del capitalismo; así "Weber puntualiza a modo de conclusión, que lo que en definitiva creó el sistema capitalista racional-burgués, fue:

- i) la empresa duradera
- ii) la contabilidad racional
- iii) la ciencia racional
- iv) la técnica racional

v) el derecho racional y

vi) la ideología racional o concepción ética racionalizadora de la vida mundana.

Raciocinio, desencantamiento del mundo, racionalización, intelectualización, calculabilidad y previsibilidad, constituyen los baluartes del sistema social actual, funcionando sobre y desde la empresa. . ." (41).

Buena parte de la doctrina sostiene que empresa es un ejercicio profesional de una actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes o de servicios y que, pues, elementos esenciales de la misma son: a) ejercicio de una actividad económica organizada (42), b) fin productivo en sentido amplio (43) y c) profesionalidad (44).

Actualmente, puede considerarse predominante la posición que afirma que su género próximo más preciso es "actividad" (45) y que puede calificarse de "sujeto económico con relevancia jurídica" que, sin embargo, a veces cuenta también con subjetividad jurídica (46).

Dentro de los criterios de sistematización de la disciplina puede emplearse con utilidad el (criterio) de los destinatarios (47). Análogas consideraciones tendremos en cuenta en la sistematización de la disciplina de lo que caería dentro del concepto de empresa familiar en sentido teórico general.

(39) CARROZZA, Antonio. Op. ult. cit. 38, págs. 18 y 19.

(40) SALAS-BARAHONA, *Derecho Agrario*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1973.

(41) V. ROMERO, cit. 24, pág. 238. De este desencanto hablaba también ENGELS, Friedrich. *L'origine della famiglia, della proprietà privatae dello stato*. Grafica di Salvi & C., Perugia, 1974, pág. 217.

(42) "puede llamarse "organizada" (la empresa) donde concurren la predisposición y la actuación de los medios necesarios para el logro del fin productivo". LA LUMIA, Isidoro, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, 1960, pág. 94, o bien "que la actividad económica referida sea organizada, esto es, cuando el sujeto se vale de la obra ajena para ejercitarla o, mejor aun, cuando la actividad resulta desarrollada por un conjunto de personas ordenado por el empresario" FERRARA, cit. 1, pág. 36.

(43) "Este fin se resuelve en la creación de nuevas utilidades económicas, que pueden ser intrínsecas, esto es, constituidas por nuevos bienes o servicios, o bien extrínsecas, esto es, determinadas por la circulación de tales bienes entre productores y consumidores, como en las empresas comerciales en sentido estricto" LA LUMIA, cit. 42, pág. 97.

(44) "Para que pueda hablarse de profesionalidad, o correlativamente de "profesión", en base al concepto común social de esta especie de actividad humana (profesión) es necesaria la recurrencia conjunta de dos extremos, constituidos, empresa" LA LUMIA, cit. 42, pág. 97.

(45) "La experiencia práctica, sociológica en particular, (Weber) advierte una distinción entre actividad y acto, la primera, caracterizada por denotar un conjunto de actos teleológicamente orientados que tienen una continuidad y duración y una dirección hacia un fin" PANUCCIO, cit. 16, pág. 596. La caracterización de la empresa como actividad es acogida por CARROZZA, cit. 38.

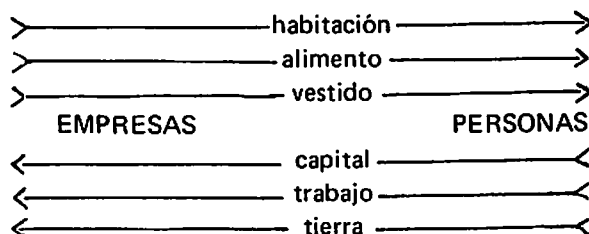
(46) "...la empresa, en todo caso, es un sujeto económico pero no en todo caso es un sujeto jurídico. Porque no hemos llegado todavía a ese punto, hemos llegado, sí, a dar un paso fundamental al permitir que el comerciante de nuestro Código se organice como empresa individual de responsabilidad limitada, pero todavía no hemos llegado al punto en que la empresa como unidad económica tiene en todos los casos personalidad jurídica, porque no es así; la tiene cuando se organiza como empresa individual a responsabilidad limitada o adquiere una semipersonalidad jurídica en la venta de la hacienda mercantil, en la venta de establecimientos mercantiles, porque ahí se hace una separación patrimonial, y la tiene cuando se organiza como unidad colectiva". MORA, cit. 3, págs. 209 y 210.

(47) "La disciplina de la empresa en general puede sistematizarse con relación a las principales direcciones a que se orienta la actividad, viendo, esto es, los diversos grupos de destinatarios de la actividad. Son destinatarios (en sentido amplio) el Estado, los terceros, los dependientes, otros empresarios y otros terceros interesados". PANUCCIO, cit. 16, pág. 565.

E) La empresa familiar.**i) Aspectos económicos.**

Desde el punto de vista económico la empresa familiar es un dato interesante:

Si, normalmente, el esquema puede plantearse así:



Esto es:

Las empresas ofrecen bienes y servicios y demandan capital, trabajo y tierra.

Las personas (las familias) demandan bienes y servicios y ofrecen factores de producción.

En la hipótesis de la empresa familiar estaremos regulando las relaciones jurídicas en un centro de producción que es, al mismo tiempo, unidad de consumo.

Frente a este esquema teórico hay diversas figuras particularmente matizadas por múltiples variables. El cuadro, en todo caso, mantiene validez, por lo menos dentro del universo de discurso socio-económico del sistema.

ii) Aspectos jurídicos.

Un primer interrogante salta: ¿qué es "empresa familiar"? ¿Cuáles son los criterios para su determinación desde el punto de vista jurídico? ¿En qué medida tiene interés la institución desde el punto de vista del Derecho Comparado?

De empresa familiar (en sentido jurídico) es posible hablar en diversos sentidos:

Esquemáticamente vemos que:

1) Existe un sentido amplio conforme al cual "empresa familiar es una configuración global de un tipo de conducta en común con fines lucrativos (productivos o comerciales) dentro de un núcleo familiar (tanto en sentido amplio como en sentido "nuclear") organizada en forma estable".

2) Existen diversos sentidos restringidos de la expresión:

a) La empresa familiar regulada legalmente.

b) Las empresas familiares "de hecho" de los

países donde no se encuentra regulada legislativamente la distribución de participación gestora y de utilidades; en estos casos el "control social" hace partícipes a los miembros de la familia de una cierta ventaja en las utilidades (en forma indirecta), pero en definitiva, el titular formal de la empresa es quien obtiene el provecho y dispone libremente de él (48).

c) Las empresas familiares que voluntariamente han asumido alguna de las formas de sociedad mercantil (u otra modalidad de personalidad jurídica); el caso típico se encuentra en la llamada sociedad anónima familiar (close corporation).

F) Reconstrucción teórica de la categoría.**1. La empresa familiar jurídicamente regulada.****a) Notas históricas.**

"...es necesario partir del dato jurídico para llegar a la determinación conceptual y a la definición de una categoría jurídica y no viceversa. Sólo que el dato jurídico no es únicamente el dato legislativo, sino que debe ser concebido más ampliamente, incluyendo todos los aportes útiles de la doctrina y de la jurisprudencia" (49).

Remontarse en el tiempo con miras a la determinación de los orígenes de una institución jurídica es tarea interminable. Cualquier afirmación corre el riesgo de no ser resultado de una investigación exhaustiva. Las hipótesis de desarrollo sistemático de antiguos gérmenes pueden ser sustituidas por nuevas hipótesis con los avances de las ciencias auxiliares de la historia. La cadena es interminable y es la misma historia de las proyecciones culturales del ser humano. Las naciones latinoamericanas son un producto de múltiples influencias culturales. Para algunos fundamentalmente americanas, para otros ibéricas, para otros somos simples herederos de la tradición francesa, para otros la hipótesis del sistema jurídico se encuentra en Roma. Otros se remontan a Grecia y si escarbamos las mismas fuentes veremos como se trata de una tradición impregnada de la cultura oriental de la antigüedad (en particular de la India). La misma dicotomía de lo jurídico (orden natural - orden positivo) tiene sus primeras manifestaciones (anteriores a Homero y Hesíodo) en los Vedas. Nuestra tradición cultural es universal, postulan otros.

(48) V. un ejemplo interesante de esta realidad en la literatura rusa de fines del siglo pasado. CHECHOV, Anton. *El padre de familia*. Racconti e teatro. Sansoni, Firenze, 1966, pág. 117.

(49) PANUCCIO, cit. 16, pág. 564.

Los riesgos de trazar los orígenes de una institución son grandes. Con base en el material que nos ha llegado es posible afirmar, sin embargo, que la primera manifestación positiva de lo que podríamos denominar "empresa familiar" se presenta (probablemente) en el siglo XIII antes de Cristo, con el Código de Manú, en la India. Expresa el texto: "*Si algunos hermanos que viven en común con su padre reúnen sus esfuerzos para una misma empresa, el padre, al repartir el beneficio, no debe nunca hacer partes desiguales*" (50).

La discusión sobre la influencia cultural de oriente hacia occidente no ha cesado. Algunas posiciones permitirían formular la hipótesis de la unidad indoaria del sistema.

Se ha visto también la posibilidad de que las manifestaciones jurídico-positivas sean un desarrollo del modelo romanístico de la "legítima simul et naturalis societas" (51).

Es interesante observar, sin embargo, con relación a los datos en examen de GAIO y MANU lo siguiente:

a) La modalidad de consorcio citado en el

texto romano (Gaio, III, 153) se da "inter suos heredes. . .". Se hace más referencia a un problema de titularidad sucesoria que a una empresa en sentido dinámico (entendida como actividad) (52).

b) El texto de Manú parece acercarse más al concepto moderno de empresa familiar: "... si. . . reúnen sus esfuerzos para una misma empresa. . . entonces. . . no distribución desigual de utilidades (53).

A través de múltiples formas el problema relativo a la regulación de las situaciones jurídicas relacionadas con la actividad empresarial dentro de la familia se ha mantenido idéntico.

Desde las antiguas comunidades (54) (a veces con predominio de rasgos comunistas, a veces patriarcales, a veces estrictamente monogámicas) pasando por los ejemplos de la propiedad fondiaria común (55), las empresas familiares esclavas (56), germánicas, celtas y francas (57) y las leyes del antiguo Gales (58) llegamos al nacimiento de las sociedades comerciales (59). Ya en la Edad Media tuvo desarrollo (60) la sociedad de comercio abierta (una sociedad industrial cuya gestión era ejerci-

(50) MANAVA, Dharma Sastra. *Leyes de Manú*. Editora Nacional, México 7, D.F., 1968, pág. 317. V. sobre este texto PEREZ, Víctor, *Filosofía del Derecho de la India*. Facultad de Derecho, 1971, págs. 105 y ss. "... es una recopilación versificada de máximas jurídicas y sociales, encuadradas en una descripción cosmogónica y escatológica".

(51) Texto de GAIO, cit. p. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1964, pág. 200, cit. p. BUSNELLI-CATALANO. Explicación "ricerca" CNR, p. 5.

(52) PUGLIATTI, op. ult. cit. 53. Debe observarse, sin embargo que "cuando el padre de familia ponía al frente del negocio al hijo, filius. . . la actividad realizada por el filius. . . se consideraba una actividad institoria y en consecuencia los terceros tenían acción directamente contra el pater. . ." MORA, cit. 3, págs. 45 y 46.

(53) MANAVA, cit. 52, pág. 317.

(54) "En la antigua administración doméstica de tipo comunista que comprendía muchas parejas de cónyuges con sus hijos la conducción de la administración de la casa, confiada a las mujeres era una industria pública, tan socialmente necesaria como la actividad masculina de buscar alimento. Todo ello cambió con la familia patriarcal, y todavía más interés para la sociedad. Se convirtió en un servicio privado: la mujer pasó a ser la primera sierva, mantenida lejos de la producción social". ENGELS, cit. 41, pág. 98.

(55) "Una propiedad fondiaria común siempre había existido desde los orígenes, desde que se comenzó a dividir la tierra de las tribus. Entre las tribus latinas encontramos que la tierra es en parte propiedad de la tribu y en parte de los gens, en parte de las administraciones domésticas". ENGELS, cit. 41, pág. 149.

(56) "La "zádruga" de los eslavos meridionales nos ofrece el mejor ejemplo, todavía existente, de una tal comunidad familiar. Ella comprende varias generaciones de descendientes. . . y vivían juntos en una hacienda, cultivando sus campos en común, se nutren y visten de una reserva común, gozan de la propiedad común de todo producto excedente. La comunidad está bajo la administración del señor de la casa, el cual la representa externamente, puede ceder objetos de poco valor y es responsable de la marcha de los negocios. Es electo y no es necesario que sea el más viejo. . . El poder supremo reside, sin embargo en el consejo de familia, la asamblea de todos los miembros adultos, hombres y mujeres. El señor de la casa está obligado a rendir cuentas ante esta asamblea; ella toma las decisiones más importantes y ejerce la jurisdicción sobre sus miembros, deliberando con relación a las compras y ventas de importancia, en particular de propiedad inmueble. . ." ENGELS, cit. 41, págs. 82 y 83.

(57) "También entre los germanos, según Hausler (Institutionem des deutschen Rechts) la unidad económica originaria no es la familia aislada en el sentido moderno del término, sino la sociedad doméstica, que consiste de diversas generaciones. . . También entre los celtas de Irlanda han existido semejantes comunidades familiares; en Francia se conservaron en el "nivernese" bajo el nombre de "parconneries" hasta la revolución y en la franca contea se mantienen". ENGELS, cit. 41, pág. 83.

(58) "Las leyes del antiguo Gales, escritas muchos siglos antes de la conquista inglesa, a más tardar en el siglo XI, se presenta una agricultura común de todo el pueblo" Existía también una propiedad privada de las familias. V. ENGELS, cit. 41, págs. 158 y 159.

(59) "La comunidad (Gemeinderschaft) se ha desarrollado como una derivación de la comunidad doméstica o familiar (Hausgemeinschaft): era frecuente que los hijos, después de la muerte de su padre, quedasen asociados o agrupados en hogar común (Gamberben)". PLANITZ, Hans. *Derecho Privado Germánico*, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957, pág. 67.

(60) Sostiene PLANITZ, op. ult. cit., 61, p. 69.

da por varios socios en común, a los que correspondía el patrimonio social "en mano común" y que adoptaban una firma conjunta) que derivó de la comunidad doméstica familiar. A partir del siglo XIII se manifiesta bajo la modalidad italiana de "compagnia" donde se pone el origen mismo de la sociedad colectiva (61).

Con la revolución industrial el fenómeno se debilita y proliferan las sociedades "de capitales" (62).

b) La empresa familiar italiana.

Un reciente e interesante, aunque también problemático, ejemplo se encuentra en la legislación italiana. Expresa el artículo 89 del Código Civil, según reforma de 19 de mayo de 1975, número 151: "*Salvo que sea configurable una relación diversa, el familiar que presta en forma continuada su actividad laboral en la familia o en la empresa familiar tiene derecho al mantenimiento según la condición patrimonial de la familia y participa en las utilidades de la empresa familiar y en los bienes adquiridos con ellas, así como a los incrementos de la hacienda, también con relación a la hacienda, en proporción a la cantidad y calidad del trabajo prestado. Las decisiones relativas al empleo de las utilidades y de los incrementos así como aquellas inherentes a la gestión extraordinaria, a las direcciones productivas y al cese de la empresa son adoptadas, por mayoría, por los familiares que participan en la empresa misma. Los familiares participantes en la empresa que no tienen la plena capacidad de actuar son representados en la votación por quien*

ejercita sobre ellos la patria potestad. El trabajo de la mujer está considerado como equivalente al del hombre. Para los fines de la disposición del primer párrafo se entiende como familiar, el cónyuge, los parientes hasta el tercer grado, los afines hasta el segundo; por empresa familiar, se entiende, aquella en la que colaboran el cónyuge, los parientes hasta el tercer grado y los afines hasta el segundo. El derecho de participación es intransmisible, salvo que la transmisión ocurra a favor de los familiares indicados en el párrafo precedente con el consentimiento de todos los partícipes. Puede ser liquidado en dinero al momento de la cesación, por cualquier causa, de la prestación de trabajo, y también en el caso de alienación de la hacienda. El pago puede ocurrir en diversas modalidades, determinadas, a falta de acuerdo, por el juez. En caso de división hereditaria o de transferencia de la hacienda los partícipes a que se refiere el primer párrafo tienen derecho de prioridad sobre la hacienda. Se aplica, en los límites en que sea compatible la disposición del artículo 732. Las comuniones tácitas familiares en el ejercicio de la agricultura son reguladas por los usos que no contradigan las normas anteriores" (63).

Se ha observado que en la nueva regulación italiana hay algunos aspectos problemáticos: a) lenguaje a menudo atécnico del legislador, b) se discute si la relevancia de la situación es solamente interna (en el grupo familiar) (64), c) se discute el mismo carácter de la institución; se ha aclarado sobre este punto que simplemente se trata de algo nuevo (65).

Se ha afirmado que la más grave laguna de la

-
- (61) "Cumpanis", de la cual deriva la palabra compañero. El uso en esta época es que los miembros del gremio se reúnan en secciones o que se reúnan con miembros de la familia (o en la casa familiar), convivan juntos en la casa del maestro, donde viven los compañeros propiamente y los aprendices, y participan a la misma mesa. . . Pero se va derivando paulatinamente, de los talleres en los cuales compañeros y aprendices no tienen ningún parentesco con el maestro, cada vez más a los talleres en los cuales el trabajo que se realiza es un trabajo del grupo familiar. Entonces está el abuelo y los hijos y los nietos, todos trabajan colectivamente y de este fenómeno de tipo social más el fenómeno de la necesidad de mantener unidos el capital y el trabajo y la sociedad misma y la compañía misma, nace la sociedad colectiva". MORA, cit. 3, p. 79.
- (62) Sobre el paso de la industria doméstica a la industria moderna mecanizada v. MARX, Karl. *Capital. A critique of Political Economy*. The modern Law Library. New York, p. 514. Es interesante recordar que ya Aristóteles afirmaba: "la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades es la casa" ARISTÓTELES, *Política*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951, p. 3.
- (63) V. PANUCCIO, Vincenzo. *Problemi relativi alle aziende a conduzione familiare*. Studi sulla riforma del diritto di famiglia. Istituto di diritto privato. Università di Messina, Giuffrè-ed. Milano, 1973, pág. 415 y ss. MAGAZZU, Andrea, *L'impresa a conduzione familiare*. Studi. . . op. ult. cit., pág. 437. OPPO, Giorgio. *Il regime patrimoniale della famiglia. La riforma del diritto di famiglia*. Cedam, Padova, 1972, págs. 87 y ss.
- (64) Sostiene esta idea COSTI, Renzo. *Impresa familiare, azienda coniugale e "rapporti con i terzi" nel nuovo diritto di famiglia*. Giurisprudenza Commerciale, 3.1. gennaio-febb. 1976, Giuffrè-ed. Milano, pág. 11: "... el hecho de que con el empresario (o los empresarios) colaboren familiares, o, en todo caso, estos desarrollen una actividad continuada en el ámbito de la familia no tiene ninguna relevancia en las relaciones externas".
- (65) Sobre el tema v. en la doctrina italiana BUSNELLI, Francesco D. *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Fasc. 4, 1976, Milano, Giuffrè-ed. pág. 1397 y ss. Una conclusión del autor es: "el fenómeno asociativo en examen no se identifica con ninguna de las figuras lato sensu asociativas del Código. . . se trata simplemente de un quid novi", op. ult. cit. p. 1411.

disciplina contenida en el nuevo texto se encuentra en tema de responsabilidad por las obligaciones relativas al ejercicio de la empresa familiar. La divergencia doctrinaria —se sostiene— deriva de una diversidad de clave interpretativa: a) por un lado "clave retributivo asistencial" (los familiares no responden), y b) por otro lado, "clave participativa" (todos responden). Se proyecta una tercera posibilidad: *"Por las obligaciones relativas al ejercicio de la empresa familiar responden personal y solidariamente todos (y solamente) los familiares que han actuado a nombre y por cuenta de la empresa. Tal responsabilidad es, sin embargo, subsidiaria respecto a la que corresponde a los bienes 'aziendali': no hay razón para no referir a la empresa familiar el principio del carácter subsidiario de la responsabilidad de los socios"* (66). A esta observación puede agregarse que, igualmente, cuando un familiar no gestor presta su nombre para la denominación de la empresa debe recibir idéntico tratamiento, en tema de responsabilidad.

Desde el punto de vista comparatista es interesante el fenómeno italiano en cuanto manifestación recurrente de factores de verificación de la hipótesis (67).

- c) El caso de Costa Rica.
- i) Derecho Agrario.

Como es sabido, se ha producido una interesante evolución de la familia rural; se ha hablado de un paso de la regulación civil hacia la regulación agraria especial (68). La tendencial orientación de este proceso ha tenido como factor de causalidad eficiente la diferencia socio-económica de la familia rural respecto a la familia urbana. Causa final

del proceso ha sido, en cambio, el fortalecimiento de la unidad familiar y la protección de su naturaleza asociativa (69).

La regulación existente en materia agraria con relación a la "familia rural" tiene, como se determinará, gran similitud con el concepto teórico-general de "empresa familiar". Basta observar algunos elementos comunes o parecidos: a) consorcio económico (formal o de hecho), b) que se desarrolla naturalmente en el ámbito familiar, c) cuyo objeto es la gestión colectiva de una empresa común d) y el disfrute económico de bienes productivos.

De los datos examinados podemos concluir que a) y b) son aspectos compartidos entre las figuras "familia agrícola" y "empresa familiar".

Los elementos c) y d), en cambio, merecen un examen particular:

La gestión colectiva no es requisito esencial de la categoría "empresa familiar". En efecto, la gestión puede estar en manos de un sujeto, titular de los derechos reales sobre los bienes de la "azienda" y, al mismo tiempo, los demás sujetos que integran este tipo de empresa pueden tener simplemente relaciones crediticias frente al titular gestor (no frente a la empresa, en cuanto tal). La razón: no se da en tal caso "gestión colectiva", coadministración (70).

Por otra parte, el requisito de que la gestión y el disfrute respectivo tengan por objeto "bienes productivos", aunque pueda ser elemento de la "familia agrícola", no es, en realidad un requisito esencial de la categoría "empresa familiar", por cuanto esta última puede ser, además de productora, mediadora (en lugar de industrial o artesanal, comercial).

(66) BUSNELLI, Francesco D. *Impresa familiare*. . . cit. 67, ps. 1417 y 1418. Con relación al principio en el Derecho Positivo costarricense: artículo 51 Código de Comercio: "Los acreedores de la sociedad no podrán proceder contra los socios personalmente, sino después de haber ejercitado infructuosamente su acción contra ella" (en tema de sociedad colectiva) y el artículo 74 hace aplicables a las sociedades en comandita las disposiciones de la sociedad colectiva v. CERTAD, Gastón. *Algunos conceptos básicos en materia de sociedades mercantiles*. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1975, pág. 5. La tesis sostenida por el profesor Busnelli es la de que los principios societarios son tendencialmente aplicables — por analogía sustancial — a la materia de la empresa familiar. BUSNELLI, op. cit. pág. 1423.

(67) "Es una tarea altamente útil del Derecho Comparativo la de arrojar luz sobre la diferencia estructural, históricamente explicable, de sistemas positivos, haciendo ver cómo están asentados sobre principios regulativos e inmanentes reconocidamente comunes, y cómo en una problemática producida en las mismas condiciones dichos principios constituyen también un "Derecho detrás del Derecho" realmente comparable". ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, ps. 37, 38.

(68) SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 65.

(69) V. SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 65. Sobre el tema v. ampliamente CARROZZA, Antonio. *La natura associativa della famiglia agricola e la giurisprudenza in tema de comunione tacita familiare*. Rivista di Diritto Agrario, Anno XL, Fasc. 4, 1961, pág. 601 y ss. Cita el profesor Carrozza una interesante conceptualización de la familia agrícola en la Corte Suprema Italiana: "un consorcio económico que se desarrolla naturalmente en el ámbito mismo del consorcio familiar entre personas ligadas por comunidad de techo y mesa y que tiene por objeto la gestión colectiva de una empresa común, esto es, el disfrute económico en común de bienes productivos" CARROZZA, op. ult. cit. p. 604.

(70) CAPITANT, Henri. *Vocabulario jurídico*, cit. 37, p. 296.

A pesar de las diferencias apuntadas, la similitud entre ambos institutos nos invita a examinar esta modalidad (subconjunto) de empresa familiar en el sistema.

Los valores que han determinado una regulación especial de lo que podríamos denominar "empresa familiar agraria" pueden resumirse de este modo: a) protección de la unidad familiar, b) protección de la actividad agraria "evitando el fraccionamiento antieconómico de la explotación familiar" (71). Los ejemplos que podemos encontrar en la Ley de Tierras y Colonización costarricense son de gran interés: a) protección de la parcela explotada como unidad agrícola familiar, b) disposiciones sucesorias (72), c) estipulaciones especiales en la adjudicación de parcelas (73), d) revocabilidad de la adjudicación.

ii) El papel creador de la jurisprudencia.

La escasez de datos positivos no ha sido obstáculo para la jurisprudencia costarricense que colmando el vacío ha elaborado la categoría que hoy tratamos.

En 1932 (74) consideraron los Señores Magistrados de la Sala de Casación: "...ambos demandados, aunque contrajeron cada cual por aparte las deudas que se les reclaman, las hicieron para compra de mercaderías que se confundían en los estantes de los dos puestos de comercio que en común administraban. Ambos vivían de la misma especulación comercial, y el tercero tenía motivo para considerar que al tratar con cualquiera de ellos para el surtido de su tráfico, contrataba para el beneficio de ambos, porque era notorio que la mercadería comprada a plazo por el uno cedía en

provecho de los dos, quienes del mismo negocio sustentaban sus gastos de vida" (75).

2. La "empresa familiar de hecho". Datos empíricos.

De la "empresa familiar de hecho" valdría la pena realizar algunas consideraciones, también válidas para la llamada "familia de hecho". Se habla en dos sentidos: a) cuando no existe regulación jurídica para las situaciones patrimoniales y personales que pueden derivar de una relación del género, b) cuando existe regulación solamente para ciertas consecuencias patrimoniales o personales, en el sentido de que la relevancia de la relación es limitada (76).

En lo que respecta a la empresa familiar de hecho se plantean diversos problemas: ¿intervención legislativa sobre las situaciones patrimoniales (reales y crediticias) de la empresa familiar de hecho o, no intervención? (77), determinación precisa del problema, determinación precisa de los efectos legales correspondientes, criterios de valoración, etc.

En atención a la exigencia metodológica analítica, el dato formal facilita la determinación de zonas (formales) de relevancia del problema en examen. El primer dato que se manifiesta es el principio constitucional de igualdad y los más específicos de igualdad conyugal y respeto recíproco paterno-filial (78).

Sustancialmente puede plantearse la hipótesis de un sintético (obtenido por generalización creciente) principio de dignidad de la persona humana de rango constitucional material (79), que se reali-

(71) SALAS-BARAHONA, op. cit., 40, p. 66.

(72) "Esta regulación especial es aun demasiado incipiente en nuestra legislación y contempla únicamente el caso del parcelero que, habiendo adquirido una parcela del ITCO (Instituto de Tierras y Colonización), fallece antes del término legal exigido para permitirle enajenarla libremente" SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 67.

(73) Así, por ejemplo, al hacer la solicitud para que sea adjudicada la parcela, debe el solicitante comprometerse a trabajar la parcela personalmente y con sus descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, que vivan con él y estén en condiciones físicas de hacerlo" SALAS-BARAHONA, cit. 40, p. 66.

(74) SALA DE CASACION, Año 1932, Primer Semestre, pág. 287, cit. p. KOZOLCHYK-TORREALBA. *Curso de Derecho Mercantil*. Texto y material de estudio. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, p. 78.

(75) KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 85.

(76) Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, existen algunas disposiciones aisladas que permiten la titularidad de ciertas situaciones jurídicas a la concubina. Reglamento Caja Costarricense del Seguro Social. A pesar de esta manifestación se sigue hablando de familia de hecho.

(77) Pues existe también la opinión de quien expresa: en términos populares: "Para qué abrir el portón si la cerca está en el suelo". HERNANDEZ, Hermógenes. *Refranes y dichos populares usuales en Costa Rica*. San Martín. San José, 1976, p. 120.

(78) En Costa Rica tenemos, por ejemplo, el artículo 52 de la Constitución Política (de 1949) según el cual "el matrimonio... descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges".

(79) La constitución material es aquel conjunto de fuerzas políticas, ideológicas y económicas que operan sobre el Ordenamiento y que condicionan la constitución formal. WOODBRIDGE, Paul. *Derecho Público II, Fuentes del Derecho*, San José, 1973, p. 7.

za mediante la concreta actuación de la justicia distributiva (80), ello en cuanto nos encontramos frente al problema mismo de "distribuir" las situaciones jurídicas patrimoniales, por ejemplo "cotitularidad dominical de algunos bienes", "crédito frente al gestor —o frente a la empresa— por el monto líquido del derecho de utilidad", "derechos sucesorios", "titularidad de situaciones jurídicas de necesidad (deberes) como resultado de una imputación de responsabilidad por hechos (generalmente actos) imputables a la empresa", etc. (81).

Una pregunta nos puede ayudar: cuáles son los datos legales y jurisprudenciales conexos. Hay algún índice de tendencial orientación del sistema en la dirección de otorgar concretos efectos jurídicos a los sujetos de una empresa familiar?

Veamos:

Dentro del tema relativo a relaciones patrimoniales en la "unión de hecho" (tema al que recurrimos nuevamente por las analogías que presenta con el problema en examen) se ponen diversas alternativas (82): 1) que exista una sociedad, caso en el cual la actividad se rige por las normas legales que reglamentan este contrato, 2) que se pueda calificar de "sociedad de hecho" si reúne los requisitos para ello (aportes comunes, contribución en las pérdidas y ganancias, "affectio societatis" y ello así resulta demostrado, 3) o que se trate de una sociedad irregular, 4) o de una comunidad de bienes y utilidades.

Es interesante observar que en Costa Rica, cuando se ha perseguido judicialmente una determinada ventaja patrimonial derivada de una empre-

sa familiar (que opera en el ámbito de una "convivencia", o "concubinato") los tribunales han denegado sistemáticamente este tipo de acciones; es interesante observar que ellas han sido encaminadas bajo múltiples argumentaciones: "pago de servicios prestados", "sociedad de hecho", "cuasi-contrato", etc.

Hace ya casi cincuenta años un Magistrado sostuvo contra el parecer mayoritario: "*el trabajo es un acto lícito y productor de derechos*" (83).

En materia de "matrimonio y empresa familiar" no existe jurisprudencia por cuanto tienen vigencia las reglas sobre la separación matrimonial de patrimonios y liquidación de gananciales al momento de disolución del vínculo.

No existe tampoco jurisprudencia en cuanto a situaciones jurídicas de otros miembros (no cónyuges) de una empresa familiar.

A lo sumo, de conformidad con las tendencias del sistema, podría prosperar una acción de cobro de prestaciones laborales; no existen indicios de que se proyecte una cotitularidad de la empresa o de sus beneficios entre los familiares que ahí prestan su actividad.

Es interesante, como dato empírico complementario, el hacer referencia a los datos cuantitativos de las "empresas de hecho" (84) (normalmente familiares (85)) según resultan de estudios científicos realizados.

Para efectos de comprensión de la materia, en particular con relación al tema de la empresa, es de gran importancia la referencia al dato metajurídico (86).

Veamos algunos de estos datos (empíricos):

-
- (80) "Lo justo es siempre proporcional". ARISTOTELES, *Moral a Nicómaco*, Colección Austral, México, 1962, pág. 139.
- (81) "El verdadero problema está constituido por la necesidad de integrar el ejercicio de la empresa en el sistema del Derecho Privado: no ya en el sentido de colocarlo en un texto institucional, sino en el de captar los nexos jurídicamente relevantes entre el ejercicio de la actividad económica y las situaciones jurídicas privadas: propiedad, responsabilidad, contrato, familia. . ." LIPARI, cit. 32, p. 530.
- (82) MORA, Luis, *La familia de hecho*. Facultad de Derecho, San José, 1976, pág. 93.
- (83) SALA DE CASACION, 2 y 35 hrs. de 13 de marzo de 1929.
- (84) "...las sociedades de hecho propiamente dichas son aquellas en las que, por lo general, ni siquiera ha mediado contrato escrito y que derivan su existencia de una empresa llevada en común" KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 17.
- (85) "se encuentra mucho en los distritos rurales y la forma en la mayoría de los casos grupos familiares. . ." KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, ps. 10, 11.
- (86) "Para la definición de empresa es no solamente oportuno sino necesario, considerar los más importantes elementos y presupuestos de hecho que la realidad económica y social sugiere". PANUCCIO, cit. 16, p. 577. "La concepción sociológica del Derecho impone a las investigaciones jurídicas un carácter empírico, pues deben elaborarse sobre la base de los hechos sociales concretos en que la institución investigada descansa. Ello supone desde el punto de vista metodológico, la recolección de informaciones sistemáticas en dos campos diversos: uno, de carácter meramente jurídico, en cuanto se determinará el deber ser prescrito por el Derecho y otro de carácter sociológico en que se determinará el ser social concreto. Lo primero supone analizar el contenido normativo del sistema legal vigente y su finalidad social. Lo segundo supone el análisis de los hechos o factores que configuran la realidad social en que dicho sistema debe ser aplicado y la eficiencia de éste. . ." GESCHE, Bernardo. *La paternidad ilegítima*. Concepción, 1967, p. 12.

El censo costarricense del Ministerio de Industria y Comercio reveló una clara tendencia de predominio de la forma de hecho (en cierto tipo de actividades) sobre la "sociedad anónima"; así:

	Productos aliment.	Calzado	Muebles y accesorios	Maderas
Soc. de hecho	82	40	21	23
Soc. An.	32	5	2	7

(87)

"...el tercer censo de Industrias Manufactureras del Ministerio de Industria y Comercio, llevado a cabo en 1964 y publicado en 1967, se refirió a la sociedad de hecho en la siguiente forma: "Es uno de los tipos más corrientes en nuestro medio" (88).

Es interesante observar en el cuadro examinado la importancia cuantitativa y el uso diversificado de este tipo de sociedades.

Se ha expresado al respecto:

"...examinando las estadísticas compiladas... se percibe inmediatamente que las sociedades de hecho no se limitan a las áreas rurales costarricenses ni que estas sociedades no lleguen a formar parte del sector industrial. En efecto, en el sector industrial las sociedades de hecho son numéricas en el segundo grupo más importante de sociedades (256), precedido sólo por las sociedades de responsabilidad limitada (527) y seguidas por las sociedades anónimas (95), las sociedades en nombre colectivo (19), las cooperativas (13) y finalmente las sociedades en comandita..." (89).

3. La sociedad anónima familiar.

Con las excepciones examinadas, de empresa familiar en sentido legislativo no es posible hablar en el Ordenamiento costarricense. Sin embargo, en nuestro medio se ha dado un fenómeno interesante que revela una vez más la hipótesis de una dimensión familiar en materia empresarial en el sistema latino: se trata de la sociedad anónima familiar.

a) La sociedad anónima.

Múltiples y diversas han sido las definiciones propuestas para encuadrar la sociedad anónima. A pesar de las aparentes contradicciones entre algunas de ellas, es posible encontrar ciertos elementos comunes.

Estas características de la sociedad anónima pueden resumirse diciendo que son:

- 1) División del capital en acciones; así, los puestos de socio representan cantidades parciales de una suma total de aportaciones (90).
- 2) Responsabilidad limitada de los socios; estos no pueden ser obligados a realizar más prestaciones que las estatutariamente fijadas (91).
- 3) Existe bajo una denominación social (92).
- 4) Existencia de un capital fundacional (93).

En términos generales, puede afirmarse que existe bastante acuerdo en la doctrina respecto a la existencia de dos tipos fundamentales de sociedad anónima:

a) Por un lado la llamada "sociedad anónima abierta" o sociedad anónima de "Corporate System".

(87) El anterior cuadro se tomó de KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 12.

(88) Op. ult. cit., p. 10.

(89) Op. ult. cit., p. 11. "... deriva su configuración jurídica y su regulación, de la realidad económico social. Muchas enunciaciões doctrinales, aun sobre el plano jurídico, no se comprenderían plenamente o no se comprenderían del todo si faltase una referencia preliminar a un serie de datos, por así decirlo metajurídicos, deducibles de la economía, de la técnica hacendal y de la sociología". PANUCCIO, cit. 16, p. 577.

(90) En sentido conf. PUENTE, Arturo. *Derecho Mercantil*. Editorial Banca y Comercio. México, 1968, p. 78; TORREALBA-KOZOLCHYK, cit. 76, p. 6.

(91) PUENTE, cit. 92, p. 78. RODRIGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1967, p. 78. KOZOLCHYK-TORREALBA, cit. 76, p. 4. Se ha afirmado que la característica esencial de la sociedad por acciones reside en el hecho de que, de las obligaciones sociales responde solamente la sociedad con su patrimonio y nunca el socio". MESSINEO, F. Vol. IV. *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, 1954, p. 350.

(92) PUENTE, cit. 92, p. 78, RODRIGUEZ, cit. 93, p. 78.

(93) RODRIGUEZ, cit. 93, p. 77.

b) Por otra parte la llamada "sociedad anónima familiar" o "close corporation" (94). Para algunos esta última no es sino, en el fondo, una sociedad colectiva que se sirve del mecanismo de la sociedad por acciones (95).

Veamos las diferencias entre estos tipos de sociedades:

a) La sociedad anónima abierta.

Podemos considerar la sociedad anónima abierta como: una institución jurídico-pública, instituida por ley para recoger el ahorro (96) con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica.

De ahí su carácter público, que requiere un ordenamiento institucional estricto, con vistas a la protección del ahorro, ya que se opone a una base contractual de la sociedad (97).

Podemos distinguir en esta forma social tres elementos fundamentales:

1.— Un capital mínimo, que forzosamente ha de ser arbitrario y susceptible de variación según la estabilidad monetaria.

2.— El llamamiento al público por la emisión de acciones (98).

3.— La negociabilidad de las acciones.

Esta forma de sociedad ha sido considerada por algunos autores como la forma típica de sociedad anónima, de la cual, la sociedad anónima familiar es una derivación. La historia parece decir-

nos otra cosa.

b) La sociedad anónima familiar.

Este tipo de sociedad anónima, como ya lo hemos visto, es conocido también como sociedad anónima cerrada. "*La noción de la sociedad anónima familiar es de orden sociológico. El término no es del todo exacto, ya que las sociedades en que los autores piensan al usarlo no están siempre compuestas por miembros de una misma familia*" (99).

Ha sido definida como "*el contrato de sociedad, medio jurídico privado, empleado para conducir los asuntos privados, con vista a cumplir intereses privados... una base convencional... fuera de toda reglamentación legal*" (100).

Se trata, como vemos de una sociedad que, por lo general tiene un capital reducido y unos cuantos socios, generalmente, personas físicas que se encuentran unidas por el "intuitus personae" (101); las acciones de estas sociedades no son accesibles al público y por lo general no pueden transferirse libremente.

Según esto es posible distinguir en la sociedad anónima familiar tres elementos:

1.— Lo que generalmente une a los socios, más que un elemento patrimonial, es un elemento de carácter personal, normalmente familiar.

2.— No se da el llamamiento al público por la emisión de las acciones, cosa que sí ocurre en la sociedad anónima abierta (102).

(94) "Se ha observado que el esquema formal de la sociedad anónima permite alcanzar algunas finalidades anormales; ello ocurre por ejemplo en las llamadas sociedades anónimas familiares, donde el conjunto de acciones está distribuido entre poquísimas personas ligadas por vínculos de matrimonio, de parentela o de afinidad, o, en todo caso, de recíproca confianza. . . Las acciones de la sociedad familiar son nominativas, en virtud del acto constitutivo; ello para impedir alienaciones ocultas". MESSINEO, cit. 93, p. 355.

(95) Así, MESSINEO, loc. ult. cit.: "En la sociedad familiar se repite (salvo la diversa forma jurídica y, pues la diversa responsabilidad de los socios) la situación económico-práctica de la sociedad en nombre colectivo". V. tamb. OREAMUNO, Rodrigo. *Los órganos sociales en las sociedades anónimas*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No. 9, junio de 1967, págs. 117 y ss.

(96) Sobre la conexión entre la sociedad anónima y el fenómeno del empleo del ahorro v. MESSINEO, cit. 93, pág. 353.

(97) Así NGO BA THANH. *La sociedad anónima familiar*.

(98) La suscripción pública tiene lugar por medio de promotores, sobre la base de un programa que indica el objeto y el capital, las principales disposiciones del futuro acto constitutivo, la eventual participación que los promotores se reservan, etc. MESSINEO, cit. 93, p. 359.

(99) GOLDSCHMIDT, *La sociedad anónima de tipo familiar*. Aun en el "Common Law System" "... no es raro encontrar una empresa familiar bajo la forma de sociedad, con el padre, la madre y los hijos como los titulares de las acciones, directivos y gerentes". LOSS, Louis. *Business enterprise and the law*, en BERMAN, Harold. *Talks on American Law*, Harvard, Vintage Books, New York, 1971, pág. 168.

(100) NGO BA THANH, *La sociedad anónima familiar*.

(101) Se ha observado que "Escapa de la sociedad por acciones (bien entendida) todo "intuitus personae"; el socio es considerado como fungible. MESSINEO, cit. 93, p. 353. En ellas domina el principio de la impersonalidad, op. ult. cit. p. 354. No ocurre así en la S.A. familiar.

(102) Se da en ella lo que se denomina constitución simultánea que se tiene cuando en la escritura que formaliza el acto constitutivo, se puede constatar que el capital ha sido enteramente suscrito: ello, porque se han producido entendimientos previos entre los futuros socios de modo que todos pueden participar en el acto constitutivo. MESSINEO, cit. 93, p. 359.

3.— Las acciones no son transferibles libremente (103).

Criterios propuestos para distinguirlas.

Como podemos ver, los rasgos que caracterizan a esta última forma de sociedad anónima, son bastante diversos de los que encontramos en la delimitación del término "sociedad anónima abierta". Aunque en ambos tipos de sociedad la finalidad es utilizar la "personalidad jurídica de la sociedad anónima", es posible encontrar que los motivos e intereses por los cuales adquirieron existencia son distintos. Seguidamente analizaremos las diferencias existentes entre estas dos formas sociales. Para ello haremos un rápido enfoque de los criterios tradicionalmente utilizados por la doctrina para hacer la distinción:

Criterios de forma.

"Al enfocar el problema de la definición de la sociedad anónima cerrada (close corporation) desde un punto de vista de forma, se ha recurrido indistintamente a uno de los criterios siguientes: número de socios, cuantía del capital, llamamiento al público y cotización de los títulos en la Bolsa" (104).

De todos estos enfoques el más acogido tradicionalmente es el relativo a la cuantía del capital, sin embargo, este punto de vista merece algunas observaciones.

Al respecto nos dice Ngo Ba Thanh:

"Si el elemento de la cuantía del capital ha sido recogido por la mayoría de las leyes que han recurrido a un criterio dimensional para diferenciar las sociedades por acciones, es que, efectivamente, "para determinar en un texto legal la dimensión de la empresa debe recurrirse a tener en cuenta la cuantía del capital. . ." (105). Sin embargo, seguidamente agrega: ". . .una sociedad anónima puede muy bien, pese a la importancia de su capital, ser una sociedad personalista de carácter cerrado, y, por tanto, el criterio "cuantía del capital" no es decisivo para permitir oponer una a la otra. . . podemos concluir que si la cuantía del capital constituye uno de los elementos susceptibles de carac-

terizar la diferencia entre una sociedad anónima familiar y una sociedad anónima abierta, no es sin embargo ni el único, ni el decisivo" (106). La cuantía del capital es un criterio solamente indicativo, pero no definitorio. Puede pensarse perfectamente en una sociedad anónima familiar con mayor capital que una sociedad anónima abierta.

Criterio de fondo:

Dejando de lado el aspecto puramente formal, algunos se han referido a la sociedad anónima familiar, distinguiendo una doble dirección, un tanto paradójica, en esta forma social. Por una parte, respecto a terceros, presenta la forma de sociedad por acciones, sin embargo, la relación de los socios entre sí, es de carácter personal. Se ha dicho, que este punto de vista, con un criterio estrictamente legalista, no es sino un acoplamiento de términos contradictorios.

Criterio económico.

Considerando la cuestión desde un punto de vista económico, algunos autores han definido la sociedad anónima cerrada, como aquella en que la dirección y propiedad son sustancialmente idénticas, aquella donde las mismas personas son, a la vez, propietarios y administradores.

Si bien esta afirmación no carece de veracidad, lo cierto es que su utilidad es meramente descriptiva, mas no diferenciadora, ya que existen muchísimas sociedades anónimas de carácter cerrado donde los socios, en gran proporción, no concurren activamente en la dirección de los negocios.

Criterio jurídico.

Con este criterio se intenta fundamentar la distinción entre ambos tipos de sociedades con arreglo a su diverso carácter jurídico-institucional. Mientras que la sociedad anónima familiar reviste principalmente un carácter contractual, la sociedad anónima abierta es una forma de organización de la vida económica, a través del mecanismo de la colecta del ahorro público, mediante la emisión de títulos negociables.

"Mientras que la sociedad anónima cerrada es una "cosa de los socios", la sociedad anónima

(103) Se ha observado, sin embargo, que la circulación de las acciones, sin necesidad de notificación a los órganos sociales. . . es propio de la sociedad por acciones, op, ult. cit., p. 387.

(104) NGO BA THANH, cit.

(105) Op. ult. cit.

(106) Op. ult. cit.

abierta es una "cosa pública" (107). De ahí que se considere a esta última "una institución jurídico-pública", regulada legislativamente y no algo puramente contractual.

Otras diferencias.

Esbozados ya los distintos criterios diferenciadores de ambos tipos de sociedad anónima, podemos encontrar algunas diferencias fundamentales entre estas dos instituciones jurídicas.

Su distinta función.

Por una parte, la sociedad anónima abierta, facilita la reunión de grandes masas de ahorro de pequeños inversionistas para la existencia de grandes empresas. Estos "colocadores de dinero" no tienen participación en la gestión social.

Mientras tanto, en la sociedad anónima cerrada, el objetivo no es otro que cumplir exclusivamente los deseos y aspiraciones de los socios. Como ya dijimos, en esta forma social se da una verdadera indentificación entre propietarios y administradores.

Diferencias en cuanto a la transmisibilidad de las acciones.

En la sociedad anónima abierta, la transmisibilidad de las acciones es más bien uno de los elementos esenciales. En la sociedad anónima familiar la negociabilidad es más bien un elemento perturbador; en este sentido, se establecen restricciones a la libre circulación.

Diferencias en cuanto a administración.

"Mientras que la sociedad anónima abierta al público, necesita de una administración centralizada, fuerte y responsable, capaz de asegurar la permanencia de los intereses sociales frente a la multitud variable de accionistas. . . para la sociedad familiar esto no es ni necesario, ni útil, puesto que, en general, las mismas personas son administradores y administrados. . ." (108).

Diferencias en cuanto al sistema de financiación.

Por un lado, en la sociedad anónima abierta, el problema de la financiación no adquiere caracteres peligrosos. Esto, debido a la negociabilidad de los títulos y a la posibilidad de hacer llamamiento al público para la emisión de las acciones.

Lo contrario sucede en la sociedad anónima familiar. Como ésta no puede acudir al ahorro público para su financiación, depende enteramente de los acreedores privados y de los bancos para la obtención de fondos. *"Estos piden, a menudo la garantía personal de los socios administradores, con lo cual desaparece, al menos parcialmente, la limitación de su responsabilidad. Por otra parte, estas sociedades deben proceder a su autofinanciación mediante la reinversión de los beneficios realizados"* (109).

Diferencias en cuanto a la asamblea.

Mientras que en la sociedad anónima abierta la asamblea es un órgano de fundamental importancia en la vida de la institución, aunque no lo es en ciertas sociedades abiertas grandes, en la sociedad anónima cerrada la asamblea no existe o carece de relevancia. *"Esta va a ser convocada en los casos en que, según la ley, tal convocatoria es indispensable; la reunión tiene un carácter puramente formal y por la ausencia de debate no se forma allí ni mayoría ni minoría"* (110).

De todas las diferencias apuntadas, es talvez ésta la fundamental y la que ha servido a muchos para negar el mismo carácter de sociedad anónima a la forma familiar.

En las sociedades anónimas familiares, los administradores son elegidos siempre entre los pocos socios que la forman, por lo cual el verdadero poder de la sociedad es este consejo. *"La asamblea resulta así una especie de duplicado del Consejo, ya que los miembros de éste representan la gran mayoría de los socios, por lo que se sabe que lo que decida el Consejo contará con la aprobación"*

(107) Op. ult. cit.

(108) Op. ult. cit.

(109) GOLDSCHMIDT, cit. 101.

(110) Op. ult. cit.

de la Asamblea. La Asamblea existe únicamente porque la Ley así lo exige. . ." (111).

Un interrogante surge: ¿debe regularse conjunta o separadamente? Cada Ordenamiento adopta su solución.

Principales aspectos sobre las sociedades familiares en Costa Rica.

Cuando un Ordenamiento jurídico no establece regulación distinta para las dos formas de sociedad anónima estudiadas, resulta bastante difícil determinar a cuál de ellas está favoreciendo más en sus disposiciones formales.

A pesar de estas dificultades de principio, vamos a intentar analizar con base en algunos artículos del Código de Comercio de Costa Rica qué forma social resulta más favorecida.

Para ello haremos constante referencia a los principios doctrinales atrás mencionados.

Si bien resulta cierto que dentro de las disposiciones del Código de Comercio de Costa Rica resulta jurídicamente posible la existencia de cualquiera de las dos formas de sociedad anónima, es necesario afirmar que no se dan las mismas facilidades y estímulos para una que para la otra.

Seguidamente haremos referencia a los principales artículos sobre el tema y a la inexistencia de algunos otros (inexistencia que, como veremos, acarrea como consecuencia una verdadera falta de estímulo para la existencia de la sociedad anónima abierta del "Corporate System" o sociedad anónima abierta).

El artículo 105 del Código de Comercio, aparentemente, nos ofrece una distinción originaria que, a primera vista, pareciera llevarnos a ver una clasificación de la sociedad anónima en "abierta" y "cerrada o familiar" (112).

Sin embargo, a pesar de esta distinción, no es posible realizar la afirmación categórica de que en este artículo se encuentran tipificadas ambas formas sociales. Esto, debido a que es perfectamente factible la creación de una sociedad abierta por fundación simultánea. A pesar de esto, desde un punto de vista, no ya jurídico, sino más bien socio-

lógico, es evidente que la forma de sociedad anónima familiar está más asegurada cuando en la constitución se utiliza la modalidad simultánea.

La transmisibilidad de las acciones en la sociedad anónima familiar.

Una de las notas conceptuales que se utilizan para definir a la sociedad anónima abierta es la transmisibilidad libre de las acciones; este principio, es algo absoluto e intocable, por regla general, dentro de esta forma social.

En Costa Rica el artículo 138 del Código de Comercio permite que se pacte una restricción al principio de la libre transmisibilidad de las acciones.

Se trata de una norma que permite que se acuerde que la transmisión de las acciones nominativas se realice solamente cuando el Consejo de Administración lo autorice.

Así, cuando el titular de ellas quiera enajenarlas deberá comunicarlo por escrito a la administración.

Un traspaso no autorizado tiene sanciones, tales como la posibilidad de rechazo de su inscripción (113).

Sobre estas limitaciones la doctrina ha manifestado diversos puntos de vista:

Para Messineo: "*prohibiciones a la circulación (temporales o permanentes) pueden ser introducidas solamente por la ley*" (114).

Para Rodríguez la posibilidad de establecer limitaciones a la circulación de las acciones depende de cláusulas estatutarias, en particular del acto constitutivo, el cual puede ser modificado dentro de la competencia de la asamblea general extraordinaria.

No parece admisible, sin embargo, una prohibición de enajenación absoluta y la correspondiente cláusula debe considerarse nula. De lo anterior se deduce que la alienación no podría estar subordinada simplemente a la aprobación del Consejo de Administración, porque la ilimitada libertad de éste de negar la autorización podría frustrar práctica-

(111) OREAMUNO, cit. 97.

(112) Artículo 105, Código de Comercio: La sociedad anónima se constituirá en escritura pública por fundación simultánea o por suscripción pública.

(113) Este tipo de cláusulas en la escritura social se da en las sociedades anónimas familiares, precisamente con el objeto de conservar este carácter, MESSINEO, cit. 93, p. 388.

(114) Op. ult. cit., p. 387.

mente la alienabilidad de las acciones, contra la voluntad de la ley. La cláusula podría admitirse solamente si se permite de alguna otra forma la posibilidad de vender las acciones, por ejemplo en el caso de que la sociedad indique otro adquirente (115).

Una norma como la que hemos examinado sería algo inconcebible en una sociedad anónima abierta, donde, por el contrario, como ya lo hemos examinado, se fomenta esta negociabilidad de las acciones.

Nos interesa ahora referirnos a la inexistencia de algunas normas en nuestro Código. Tal inexistencia, como ya lo hemos anticipado, es el factor fundamental que impide que en nuestro país se desarrolle una verdadera sociedad anónima de carácter abierto.

En términos generales, cabe afirmar que por el hecho de que falten estas normas el posible accionista se encuentra en cierto grado de desamparo; es por esto que se encuentra poca o casi ninguna garantía, lo cual necesariamente acarrea una verdadera falta de aceptación de esta forma de sociedad anónima.

En nuestro país se ha considerado y se sigue considerando a la sociedad anónima como una institución esencialmente de carácter privado; es decir, es por lo general producto de un acuerdo de voluntades, de un contrato privado, en el que el Estado poco papel juega.

Falta así, en nuestro medio, el carácter jurídico-público de la sociedad anónima abierta; debido a estas razones es que carecemos de un ordenamiento institucional estricto con marcada intervención pública, elemento necesario para la aceptación, por parte del público, de la sociedad anónima abierta.

Si examinamos el articulado del Código de Comercio sobre el tema es fácil descubrir que la mayor parte de los principios ahí contenidos son de carácter esencialmente privado, pensados en función de un tipo familiar de sociedad anónima.

Aunque ya apuntamos que el elemento "cuantía del capital" no es el criterio determinante para distinguir ambas formas sociales, lo cierto es que constituye un factor importante.

En Costa Rica no existe una norma que establezca un capital mínimo para la constitución de la sociedad. La inexistencia de esta norma tiene por consecuencia que, por regla general, las sociedades anónimas en nuestro país sean de reducido contenido patrimonial. Así, la mayoría de ellas son resultado de un acuerdo entre particulares que se conocen entre sí, prevaleciendo de este modo el elemento personal-familiar, típico de las "empresas cerradas", sobre el elemento patrimonial.

Por otro lado, vemos que la nota principal que impide en Costa Rica el establecimiento de sociedades anónimas abiertas es la inexistencia de un mecanismo de carácter público para realizar su constitución, no existe, pues, un procedimiento legal para la colecta del ahorro público para la emisión de títulos negociables.

CONCLUSIONES:

Hemos examinado algunos ejemplos de manifestaciones de lo que dentro de un concepto amplio puede denominarse "empresa familiar en el sistema latino". La unidad cultural que sirve de trasfondo a estas manifestaciones es, según la opinión de los comparatistas principales, Roma, la latinidad, el Derecho Romano "*insuperada muestra de la genial agudeza espiritual latina para la indagación de lo justo*" (116).

La hipótesis ha enfrentado elementos de constatación a lo largo del estudio: los datos de las fuentes romanas y la confrontación de los mismos con otras culturas y con las posteriores manifestaciones dentro del sistema latino, permiten, no solamente confirmar la suposición inicial, sino proyectar como hipótesis de trabajo para posteriores investigaciones la unidad indoaria del sistema.

La comprobación de la dimensión familiar en materia empresarial en el sistema latino la ofrecen, entre otros ejemplos: las sociedades comerciales que en la Edad Media derivaron de comunidades familiares, las nuevas normas introducidas en el "Codice Civile" italiano, las regulaciones en materia de familia agrícola dirigidas a la protección de la unidad familiar y de la mínima unidad cultural,

(115) FERRARA, cit. 1, págs. 407, 408.

(116) ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1963, p. 10.

las elaboraciones jurisprudenciales, el predominio cuantitativo de "empresas familiares de hecho" sobre otras formas societarias y, finalmente, la difundida utilización de la sociedad anónima familiar con preferencia sobre la sociedad anónima abierta.

...una visión que ha afirmado el valor de la familia, también desde el punto de vista empresarial y, al mismo tiempo, una visión que reconoce sus propios riesgos de deshumanización (117).

(117) V. CALVEZ, Jean Ives. *El pensamiento de Carlos Marx*, Ediciones Taurus, Madrid, pág. 162. BARAHONA, Luis, *El gran incógnito*, Editorial Costa Rica, San José, 1975, MOUNIER, Emmanuel, *Manifiesto al servicio del personalismo*, Taurus Madrid, 1965, pág. 136, MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre*, Ed. La Pléyade, Buenos Aires, pág. 26.