

trabajadores, por importante que sea el apoyo que tenga, sin el apoyo del Congreso, puede tropezar, en su ejecución, con escollos constitucionales insalvables.

c-2) Partidos políticos.

Al lado de los legisladores, están los partidos políticos organizados como asociaciones permanentes dedicadas al quehacer político; no puede dejarse de lado la influencia que los dirigentes de los partidos políticos, fuera de la función pública, ejercen sobre sus partidarios dentro de esa función gubernativa. No cabe duda de ello, ya que es frecuente la "dirección de partido" es una tesis, y la concertación es tan trascendental dentro de la vista en sociedad, que mal puede escapar al interés de esos dirigentes. Conviene, pues, la presencia si no a título de negociadores sino de observadores, de representantes de los partidos políticos principales, considerando como tales los que tengan parte de la mayoría en el Congreso, que resulta necesaria para obtener los instrumentos legales que sean del resorte de ese organismo.

IV. CONCLUSIONES

- 1) Es difícil generalizar soluciones en la concertación social; será el marco político, económico e histórico de cada sociedad la que defina cuáles deben ser los sujetos que deben participar en la negociación del pacto, para que tenga el efecto nacional y la eficacia normativa real adecuada.
- 2) Por la razón anterior no consideramos apropiado importar modelos que, en otra sociedad, ya han probado ser suficientes; esos modelos deben tomarse como ejemplo en materia de procedimientos pero no en cuanto al fondo de los acuerdos.
- 3) Los sujetos que representan los intereses o fuerzas sociales más importantes, deben ser escogidos cuidadosamente sobre la base de la representatividad efectiva de su sector.
- 4) La representación de los sectores interesados debe ser a nivel de cúpula, requiriendo esto un acuerdo interno dentro de cada sector previo al inicio de las discusiones del pacto.
- 5) El Estado debe ser el que inicie las negociaciones y dirija los procedimientos; aparte del papel de gran empleador que tiene el Estado, no debe olvidarse que como representante del bien común debe efectuar un papel de equilibrio entre las distintas fuerzas sociales.
- 6) La rigidez formal de la representación no debe ser obstáculo para que figuren representaciones sin forma predeterminada por el ordenamiento jurídico.

SUGERENCIAS PARA LAS BASES DE TRABAJO PARA LA REVISION DEL DERECHO PRIVADO COSTARRICENSE

(En el Centenario del Código Civil)

Dr. VICTOR PEREZ VARGAS

Profesor Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Director de la Revista Judicial

Un examen de la vida real y de sus exigencias revela la necesidad de nuevas instituciones que respondan a los nuevos problemas que presentan la computación, las telecomunicaciones, la ingeniería genética y, en general, el desarrollo tecnológico.

Paralelamente, nuevas figuras jurídicas deben responder a la metamorfosis axiológica de nuestra sociedad, a los cambios de valores que han ocurrido en estos 100 años.

Es necesario tomar conciencia de que la realidad actual es esencialmente distinta de aquella que vio la promulgación del Código Civil.

No se trata sólo de nuevas elaboraciones doctrinales, las cuales, en cada caso deben merecer consideración dentro de una revisión legislativa del Derecho Privado, sino del surgimiento de una nueva problemática y de una nueva mentalidad para afrontarla. Nuevas realidades plantean nuevos interrogantes jurídicos; nuevos problemas exigen nuevos efectos jurídicos, tal como nuevas enfermedades pueden exigir nuevos remedios.

¿Dónde está por ejemplo, la tutela civil de la privacidad (o intimidad) del ciudadano que encuentra que en el mercado central se envuelve apio en hojas de información confidencial sobre empleados del Gobierno, procesada en computadora? Esto ocurría hace poco en San José.⁽¹⁾ El día de mañana esto podría ocurrir con expedientes de salud de la CCSS, o con otros tipos de información privada.

¿Está acaso clara la posible acción civil (inhibitoria o resarcitoria) que Usted tendría por violación de comunicaciones privadas si constata que el ICE graba sus conversaciones telefónicas por orden del OIJ? Este tipo de solicitudes se produce en nuestro medio, según consta en declaraciones de funcionarios del ICE en consulta a Corte Plena.⁽²⁾

¿Podría alegarse en nuestro medio un derecho a la voz, tal como existe un derecho a la imagen, por ejemplo a favor del locutor que se encuentra que en otra estación de radio graban y retransmiten sus palabras sin su autorización?⁽³⁾

¿Ofrece la ley algún mecanismo ante la realidad de las intervenciones quirúrgicas para la transformación o redefinición de caracteres se-

(1) La Nación, 2-VI-1983.

(2) CORTE PLENA, acta N° 14 de 13 hrs. de 6 de abril de 1981, Artículo XVIII.

(3) La introducción del derecho a la voz, en el sentido de que ésta no puede ser aprovechada sin autorización expresa, salvo en ciertos casos de excepción, es uno de los principales aciertos y novedades del Código Civil Peruano de 1984.

xuales? ¿Se hace acaso alguna distinción entre la ilicitud del cambio de sexo y la licitud de la definición de éste?(4)

¿Dónde queda el derecho a la integridad, a la identidad, al verdadero nombre, bajo la realidad de la fecundación "in vitro" o de las llamadas madres sustitutas que dan en arrendamiento su vientre para que en él se implante un óvulo fecundado? ¿Acaso el así fecundado o gestado no deba considerarse persona, como todas, con idénticos "derechos de la personalidad"?(5)

¿Y qué podemos decir del régimen formalista, conceptualista y voluntarista decimonónico de los contratos, ante la realidad de los procesos inflacionarios galopantes? Es acaso justo mantener inalterado el vínculo ante la excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones?(6) ¿Deberá seguir siendo el contrato ley entre las partes según lo acordado por ellas? Aquí coincido con el Dr. Luis Baudrit en que el remedio, con base en la equidad, se encuentra implícito en la ley. Pero sería mejor si en lugar de implícito fuera explícito.

¿Qué vigencia pueden tener los principios tradicionales sobre documentos en materia de transferencia electrónica de fondos bancarios, donde el papel es reemplazado como medio de transmisión de datos?(7)

Ingeniería genética, computación, telecomunicaciones y mutabilidad de la realidad económica son sólo algunos ejemplos de que, si se trata de revisar el Derecho Privado, no podemos quedarnos en bucólicas añoranzas de frutos naturales, cercas medianeras, fundos enclavados, menosprecio de la riqueza mueble, contratos inmutables y formas "ad probationem" de doscientos cincuenta colones.

(4) V. PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordinamento giuridico. Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso. Camerino, julio, 1972, p. 197. STANZIONE, Pasquale. Premessa ad uno studio giuridico del transsexualismo. Annali. Facoltà Giuridica. Camerino Vol. XXXVIII (1972) y STANZIONE, La soluzione normativa del transsexualismo: l'esperienza tedesca occidentale. Rassegna di diritto civile. N. 4/80.

(5) V. SANTOSUOSSO, Contributo par una disciplina giuridica in tema di fecondazione artificiale. Studi in tema di diritto di famiglia. Guffrèd, Milano, 1967, p. 199 y ss.

(6) V. en particular RESCIGNO, Manuale del diritto privato italiano, Jovene ed, 1973, p. 610 y 611; PINO, Augusto, La excesiva onerosidad de la prestación, Bosch-ed, Barcelona, 1959, p. 54; LARENZ Karl, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 93; TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di diritto privato, Giuffrè-ed, Milano, 1973, p. 354; MEESINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, EJE, Buenos Aires, 1952, p. 379; ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Robredo, México, 1960, p. 274, 460. Y también MORA, Fernando, Discurso Académico de apertura del Tercer Congreso Jurídico Nacional. Revista Judicial, Corte Supremo de Justicia, San José, N° 7, p. 7.

(7) WHEBLE, Bernard. Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios. Cámara de Comercio Internacional, N° 400, Junio de 1983.

Se trata de tomar conciencia de que en cien años muchas cosas han cambiado y no se ha producido todavía un movimiento de revisión sistemática del Derecho Privado positivo que atienda a las exigencias de esta nueva realidad.(8)

Ha de tomarse en cuenta el Ordenamiento como sistema dinámico, un sistema que resulte del equilibrio, siempre cambiante, de energías vivas, no de la composición estática de estructuras definidas.(9)

Decía Jefferson: "Así como se hacen nuevos descubrimientos, también se descubren nuevas verdades y las costumbres y opiniones cambian con los cambios de circunstancias, las instituciones también deben avanzar y mantener el ritmo de los tiempos".(10)

Esta preocupación estuvo bien clara en nuestros antepasados; en la presentación de la segunda edición (de 1858) del Código General de 30 de julio de 1841 a la que se refirió el Señor Magistrado don Edgar Cervantes en su discurso inaugural, se lee: "como todos los días nacen nuevos intereses y necesidades, como las ideas se modifican con el movimiento continuo que constituye la vida social, la existencia política del Código ha sufrido varias y profundas alteraciones".(11)

Se ha producido un cambio de valores, la sociedad costarricense de hace cien años tenía una cultura esencialmente romántica, liberal, reflejo de lo que fue en Europa la primera mitad del siglo XIX; no había siquiera León XIII emitido su *Rerum Novarum*; los ecos del incipiente realismo del momento ni siquiera se escuchaban por estas tierras. Las modificaciones inspiradas en las ideas iluministas del siglo XVIII y románticas de la primera mitad del siglo XIX exacerbaban la tutela del individuo, de la libertad y de la propiedad privada. La codificación costarricense obedece al grado de desarrollo de la cultura jurídica de la segunda mitad del siglo XIX en Costa Rica, cuando se creía que la Ley era la "voluntad del legislador", concepción cuyas peligrosas consecuencias metodológicas son inadecuadas hoy y rechazadas por quienes han dado el paso hacia perspectivas realistas que trascienden el referido subjetivismo romántico liberal.(12)

Es necesario dar el paso hacia una legislación donde la persona en comunidad (no el mero aislado individuo), más que los valores patrimo-

(8) V. TOFFLER, Alvin. The third Wave. Bantam, N. York, p. 287.

(9) Así PLUGLIATTI, Salvatore. Fiducia e rappresentanza indiretta, en *Diritto Civile, Metodo-teoria-practica*. Giuffrè-ed, Milano, 1951, p. 217.

(10) JEFFERSON, cit. p. TOFFLER, Alvin. The Third Wave, Bantam, N. York, 1981, p. 418.

(11) RAMIREZ R. Advertencia. Código General de la República de Costa Rica. Wynkoop, Hallenbeck, Thomas, Nueva York, 1858, II.

(12) V. sobre el tema FALZEA, Angelo, Efficacia Giuridica, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 233.

niales sean el jefe y la razón de ser de la normativa y donde ocupen un papel las comunidades intermedias⁽¹³⁾ que dan verdadero sentido a la participación democrática.

Es necesario superar el temor insinuado por muchos de que la recuperación del valor de la persona sea imposible o muy difícil, ante la imagen de la historia de la perversión de los ordenamientos (en expresión del Profesor Rescigno).⁽¹⁴⁾

Es necesario pensar en el Derecho Privado, no como mera estructura descuartizada o desmembrada, sino como realidad sustancial sistemática cuyo eje sea la persona de carne y hueso con sus atributos esenciales, sin dejar de beber en las fuentes de nuestra propia idiosincrasia; recordemos que aquí la palabra empeñada, la propiedad y el honor no son formas cadavéricas sino ingredientes consubstanciales de la tradición civilista costarricense, que no ha permanecido fosilizada, sino que ha ido adquiriendo peculiaridades de acuerdo a cada época como ocurrió con la materia inquilinaria y con la laboral en los años cuarenta, o con la materia de familia hace poco más de una década y recientemente con lo agrario, en parte importante.

Con las precedentes pinceladas queda bosquejada la situación actual de nuestro Derecho Privado: un Derecho Privado que, aunque en su momento se adelantó en muchos años a las más avanzadas legislaciones europeas como ocurrió claramente en materia de divorcio, categorías de hijos reconocibles, capacidad de actuar plena de la mujer, por ejemplo; en estos momentos, no corresponde al grado de desarrollo tecnológico de la humanidad, ni a su nivel de evolución axiológica, ni a los aportes de la Ciencia Jurídica de nuestro tiempo, cuya perspectiva metodológica es radicalmente opuesta a los métodos de inversión de la jurisprudencia conceptual,⁽¹⁵⁾ que pretendía extraer preceptos de definiciones; obtener el efecto de un concepto y no del problema real.

La revisión general del Derecho Privado costarricense que pidió don Edgar Cervantes debe y puede ser objeto de un tratamiento metodológico integral, donde los diversos elementos se tomen en cuenta: las leyes especiales que por no estar fuera del Código Civil dejan de ser Derecho Privado, en particular en ciertas materias como la relativa a la propiedad, donde la multiplicidad de formas de ésta deja esquelética la normativa del Código; los aportes de la jurisprudencia, que ya en otras ocasiones se ha adelantado a la legislación (como ocurrió con los bienes adquiridos

durante la separación de hecho de los cónyuges, la revisabilidad de lo resuelto sobre menores, la investigación de paternidad, el reconocimiento del concebido y muchos otros aspectos); la evolución de otros Ordenamientos, en particular dentro de nuestra tradición latina, lo mismo que los aportes de la doctrina de nuestro tiempo.

Los avances en la teoría general del Derecho pueden contribuir a que la ley sea más técnica, más clara, menos ambigua; en este sentido, puede resultar oportuna una ley con más y mejores definiciones, que ofrezca menos interrogantes, que ilustre a quien la utilice; una legislación que, como la actual Ley General de Administración Pública, elogiada al respecto por el maestro español Jesús González Pérez y por el jurista venezolano Brewer Carías, tenga un sentido didáctico.

Así, la comprensión clara de las diversas modalidades de situaciones jurídicas (poderes, derechos absolutos, derechos relativos, derechos potestativos, deberes, obligaciones, cargas, potestades, sujeciones, intereses legítimos y expectativas) es indispensable para que las palabras de la ley no contradigan su sentido.⁽¹⁶⁾

Dentro de esta óptica, por ejemplo, podrán afirmarse como derechos potestativos los relativos a la pared medianera, a la división de cosa común y al receso en los contratos con prórroga automática cuando sea negocialmente previsto; deberán igualmente calificarse de intereses legítimos por ejemplo, las situaciones relativas:

1—a la regular actuación del mecanismo sucesorio,

2—a los depósitos en hoteles,

3—a la impugnación de disposiciones testamentarias,

4—y a la regular actuación de los mecanismos societarios (en particular en cuanto a aumentos de capital, donde nuestra ley mercantil tiene grandes vacíos y otros cambios sociales de importancia);⁽¹⁷⁾ en fin, se trata de dar a cada situación jurídica el nombre que le corresponde.

Uno de los mayores problemas del Derecho vigente es, precisamente, la confusión terminológica; los ejemplos abundan: figuras de caducidad que se denominan prescripciones; en la materia relativa a la doctrina negocial encontramos algunos casos de resolución o de anulabilidad donde se sigue hablando de rescisión; casos de invalidez que se califican de hipótesis de ineficacia; capacidad de actuar que se confunde con la capacidad jurídica, a pesar de haberse reformado recientemente la materia; bienes

(13) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de Personas. Primer Seminario de difusión del nuevo Código Civil, del 17 de set. al 4 de octubre de 1984, Lima, p. 29.

(14) RESCIGNO, Pietro. Persona e comunità. Il Mulino, Bologna, 1966, p. 32.

(15) Sobre las críticas al método de inversión utilizado por el conceptualismo V. HECK, Phillip, El problema de la creación del Derecho, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 47 y ss. y The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests. Harvard, 1948, p. 153.

(16) Para una adecuada sistematización de la materia v. PUGLIATTI, Salvatore. Il trasferimento delle situazioni soggettive. Giuffrè-ed, Milano, I, 1964, p. 9, 20, 23, 70, 74, 77, 79, 82, 88; y BIGLIAZZI, Geri, Idna, Contributo ad una teoria dell'interesse Legittimo nel diritto privato. Giuffrè-ed, Milano, 1967.

(17) V. BIGLIAZZI, Lina, Profili di una teoria del interesse legittimo nel diritto Privato, Giuffrè, ed. Milano.

fungibles que se confunden con consumibles y la lista de actuales impresiones podría continuar. Nos encontramos frente a un Derecho Privado positivo que carece de una sólida estructura teórica, de un sistema de categorías que sea capaz de proporcionar "los universales puntos de referencia y de partida y los itinerarios universales, sin perjuicio de las constataciones de hecho" (en expresión de Rodolfo De Stefano). Este trabajo de coherencia conceptual es fundamental si se quiere una legislación sin contradicciones internas, en la que los conceptos sean usados conforme a los dictados de la más evolucionada doctrina, sobre la base de la realidad de las transformaciones sociales, económicas, tecnológicas y axiológicas; en este sentido la sistematización también prepara el camino de la Ley.

Para un adecuado acercamiento al verdadero objeto de regulación jurídica que es la vida y no quedarnos en adobos o retoques científicos de tipo conceptual deberá subrayarse, como lo pedía Heck, del modo más enfático, el concepto de interés, instrumento esencial de trabajo y bisturí para la disección de la realidad jurídica, por lo que se constituye en clave realista para afrontar los requerimientos de la normativa que se proyecta.⁽¹⁸⁾

Por otra parte, una revisión del Derecho Privado de ninguna manera puede limitarse al Código Civil. El Derecho Privado es objeto de regulación de normas constitucionales y de muchas leyes especiales que surgieron de necesidades y valoraciones circunstanciales, pero que carecen, por eso mismo, de una coherencia sistemática formal y sustancial.⁽¹⁹⁾

Será preciso pensar en primer lugar, en el examen de lo que podría llamarse la consagración constitucional del Derecho Privado, transformando el texto de algunas disposiciones de nuestra Carta Fundamental, por ejemplo con relación a las normas formas de propiedad o a los alcances actuales de la autonomía privada e introduciendo otras, mediante la elevación a tal rango, de principios especiales sobre el inicio de la vida humana, los valores fundamentales de la personalidad y la actividad de Derecho Privado de la Administración, para no citar más que unos ejemplos.

En cuanto a la dispersión de leyes especiales, observamos materias particularmente descoordinadas. Por ejemplo, en materia de personas jurídicas, donde dada la existencia de principios comunes, (como la eficacia constitutiva de la inscripción registral) conviene pensar en una integración sistémica, al menos por referencia.

- (18) "Imprescindible una más profunda penetración" en expresión de Lon Fuller de Harvard. FULLER, Lon, en Introduction, *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948, p. XXI. V. también PASSINI, Vita e forma nella resalta del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 12 y 13, y mi trabajo: *La Jurisprudencia de Intereses*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1981.
- (19) V. ESSER, Joseph. Le garanzie della dogmatica del diritto ed il cosiddetto formalismo giuridico. *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*. 1952. Cedam, Padova, p. 284 y HECK, Ph. The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests. *The Jurisprudence of Interests*. Harvard, 1948, p. 200

Lo mismo ocurre en materia negocial, donde hay todavía contratos regulados por el Código de Comercio de 6 de junio de 1853, como el transporte marítimo, el fletamiento, el préstamo a riesgo marítimo, el seguro marítimo e instituciones como las averías, cuya normativa no corresponde a la realidad actual del comercio internacional, a los nuevos sistemas de contenedores,⁽²⁰⁾ a las nuevas Reglas York Amberes de 1974, a las Reglas de Hamburgo de 1978 sobre el transporte marítimo de mercancías y mucho menos a las necesidades del tráfico comercial de nuestro tiempo. Lo mismo puede decirse en el campo de los derechos reales, donde la multiplicidad de propiedades revela poco de común en cuanto al régimen jurídico y, por supuesto, absoluta ausencia del sistema.⁽²¹⁾

Además de una revisión general de la legislación especial es de interés realizar, como se ha adelantado, un examen de los aciertos y aportes de la jurisprudencia, en particular todos aquellos que se han ido elaborando ante la ausencia de legislación adecuada, en especial en materia de simulación, tipos y prueba de ésta; en tema de invalidez parcial y de cosas fuera del comercio; en tema de responsabilidad extracontractual; en cuanto a la capacidad testamentaria; en cuanto a la anulación de los actos del incapaz mental no declarado tal mediante sentencia de interdicción y lo mismo en cuanto a la eficacia e interpretación de los contratos de adhesión.⁽²²⁾

Especial recomendación debe hacerse del estudio de fallos y votos salvados redactados por el Lic. Fernando Coto Albán, quien ante las deficiencias de la ley ha afirmado siempre la necesidad de la interpretación progresiva o evolutiva.

PRECAUCIONES

A la par de los aspectos citados, deben tomarse en cuenta algunas precauciones:

No podemos ver el Derecho como una realidad con objeto preconstituido; la verdad es que es una realidad cultural cambiante, inmersa en el mundo de los valores, intereses y problemas. Ya el profesor Tarello ha hecho notar los riesgos del proceso de tecnificación y despo-

- (20) TRANSPORT AND TRADE FACILITATION SECRETARIAT. International Chamber of Commerce. *The Development of International Container Transport*. Paris, 1977.
- (21) Sobre el tema de la propiedad y las propiedades, remitimos a PUGLIATTI, Salvatore, La proprietà e le proprietà, en la *Proprietà nel nuovo diritto*. Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 145 y ss. Una confrontación de los diferentes regímenes (de aguas, de minas, de naves, intelectual, horizontal, etc.) revela lo expuesto.
- (22) Sobre este papel de la jurisprudencia v. GUTIERREZ RODRIGUEZ, Marco de Jesús. *La Jurisprudencia como fuente de Derecho*. Ed. Juricentro S. A., 1982, p. 179.

litización de la actividad jurídica.⁽²³⁾ A menudo las observaciones puramente técnicas son una máscara de tendencias políticas conservadoras. O, en expresión del Profesor Rodotà: "la reconocida historicidad de los institutos jurídicos, si quiere tener algún sentido, no puede entenderse simplemente como necesidad de una periódica actualización de algunos conceptos; debe cambiar el modo mismo de ver esos institutos".⁽²⁴⁾

Paralelamente, es menester tener cautela frente a toda tendencia que pretenda formulaciones de carácter rígido y estático, considerando el valor relativo de los conceptos jurídicos.⁽²⁵⁾

Con la ayuda de la perspectiva integral será posible evitar los escollos del particularismo jurídico; es necesario un proceso de revisión integral para poder superarlos; "por particularismo jurídico se entiende de la falta de unidad y coherencia del conjunto de las leyes vigentes en una dada esfera espacio temporal";⁽²⁶⁾ en Costa Rica, algunas de las reformas parciales han sido calificadas por el Lic. Mario Ramírez de "injertos indeseables". Los parches sufridos por nuestro Código, aunque en algo lo han mejorado, son ejemplos de tal particularismo. A mi juicio, por ejemplo, la coherencia y unidad del sistema, con perdón del Profesor Corma, no se ha logrado con la mera transformación del título preliminar.

Hasta aquí hemos hablado de la metodología de una posible reforma del Derecho Privado costarricense. En pocas palabras: proponemos una metodología integral, que percatándose de las transformaciones tecnológicas económicas y axiológicas, tome en cuenta los aportes de las diversas fuentes materiales y formales no escritas, así como de las leyes especiales, teniendo presentes los riesgos del particularismo, del conceptualismo y del formalismo.

No quiero quedarme, sin embargo, en indicaciones metodológicas. El Centenario del Código Civil es momento propicio para un examen retrospectivo de nuestro Derecho Privado; ofrece, asimismo ocasión para, determinados los vacíos, las contradicciones, los anacronismos axiológicos y científicos, proceder a la reconstrucción del sistema. No es posible en esta breve exposición determinar el sistema, los subsistemas y las particularidades de una posible revisión del Derecho Privado; esto deberá ser un producto colectivo, resultado de la confluencia del aporte de muchos en los próximos dos años; en consecuencia, me limito, seguidamente, a

(23) TARELLO, Giovanni. *Le idee della codificazione en Il diritto privato nella società moderna*. Saggi a cura di Stefano Rodotà. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 33.

(24) RODOTÀ, Stefano. *Il diritto privato nella società moderna*. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 75.

(25) Sobre el tema V. PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile, Metodo-Teoria-Practica*. Giuffrè-ed., Milano, 1951, p. 219.

(26) TARELLO, Giovanni. *Le idee della codificazione*. En *Il diritto privato nella società moderna* Saggi a cura di Stefano Rodotà, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 39.

ofrecer algunas perspectivas de tratamiento sistemático y algunas recomendaciones sobre sectores específicos.

No es posible deslindar, en un proceso de revisión, las figuras no reguladas de aquellas mal reguladas; una revisión del Derecho Privado no puede limitarse a determinar las nuevas categorías susceptibles de ser introducidas legislativamente en el sistema; hay aspectos regulados, pero que no corresponden a la vida actual.

No intentaré en esta exposición un elenco de novedades; creo que esto sería continuar haciendo remiendos atomísticos, como los que se han hecho hasta el momento.

Me limitaré a señalar algunos puntos que a mi juicio, oportunamente deberán tomarse en consideración.

Quiero aclarar que no se intenta aquí apriorísticamente un nuevo Código Civil, o un Código de Derecho Privado o una revisión del Código vigente. Lo más conveniente lo dirán los estudios y debates que esta celebración, sin duda, ha de suscitar.

Sin embargo, como quiera que sea, ha de pensarse en la coherencia del sistema general y de los diversos subsistemas del Derecho Privado. La sistematización general tiene una justificación lógica evidente, pero también tiene como base la necesidad de un replanteamiento axiológico global de acuerdo con los tiempos actuales.

Además de la perspectiva sistemática integral debe pensarse en un adecuado tratamiento de los diversos subsistemas del Derecho Privado, cada uno de los cuales obedece a instituciones y principios específicos. Pensemos, por ejemplo, en la importancia de una adecuada revisión de la materia de la capacidad; o bien en las deficiencias que presenta la materia negocial por falta de orden (además de carecer de correspondencia con los requerimientos de nuestra época), o la utilidad de una regulación bien organizada de la responsabilidad extracontractual, sus diversas formas, la definición clara de las causas de justificación, de exclusión de causalidad o de culpabilidad, por ejemplo.

Dentro de los subsistemas del Derecho Privado, especial importancia tiene la materia mercantil; el subsistema comercial no podrá prescindir de principios específicos relativos a la irrevindicabilidad de bienes, a la velocidad de las operaciones, a la instrumentabilidad y a la contratación informal, ni podrá prescindir de la base sólida que representa la teoría de la empresa,⁽²⁷⁾ que puede dar sentido unitario sustancial a temas como las sociedades, los títulos valores, los transportes y los seguros.

(27) V. PANUCCIO, Vincenzo. *Impresa*. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè ed, Milano, y MORA, Fernando. *La teoría de la empresa en el Derecho Comercial costarricense*. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1976. Tab. Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, N° 222.

Paralelamente, convendrá examinar en qué medida la esfera mercantil ha permeado toda la realidad del Derecho Privado y ha dejado para la historia del Derecho muchos contratos, lo mismo que todo el campo de las sociedades civiles; en expresión del Decano de la Universidad de Lima: "el Derecho Mercantil extiende su velo sobre la vida civil y lo que era especial se convierte en común".⁽²⁸⁾ Sería interesante escuchar la opinión del Profesor Certad al respecto.

PERSONAS:

Dentro de la tradicionalmente denominada materia del Derecho de las Personas, se presentan varias exigencias de política legislativa:

— La adecuada sistematización de los "sujetos de la actividad jurídica", acertada expresión del profesor Rescigno,⁽²⁹⁾ que supera la perspectiva tradicional formalista sobre el tema, incluyendo además de las personas físicas y jurídicas, a los entes de hecho privados del reconocimiento formal, como los comités sin personalidad. ¡Cuántos negocios jurídicos se realizan en nombre de los comités!

— La regulación de los modos de atribución de la personalidad jurídica, la eficacia de la respectiva inscripción y los principios comunes a estos sujetos.

— La determinación clara del mecanismo de actuación de las personas jurídicas que tome posición firme ante las contundentes críticas a la teoría de la representación⁽³⁰⁾ y ante las nuevas doctrinas que afirman el carácter interno de la relación "ente-órgano" y la capacidad de imputación jurídica de figuras primarias de las personas jurídicas.

— La superación de la dicotomía normativa en materia de sociedades.

— La incorporación al sistema, al menos por referencia, de las disposiciones que regulan a otras personas jurídicas, como las asociaciones, las fundaciones, las cooperativas, los partidos políticos, los colegios profesionales, los sindicatos y otros entes.

(28) TORRES Y TORRES LARA, Carlos, La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, N° 103/104, abril, 1985, p. 199.

(29) RESCIGNO, Pietro, Manuale del Diritto Privato Italiano, Jovene, Napoli, 2a. edición, 1976, p. 108.

(30) FALSEA, Angelo, Capacità. Voci di teoria generale del Diritto. Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 144. V. FUGLIATTI, Salvatore. Istituzioni di Diritto Civile, Il soggetto di diritto. Giuffrè-ed, Milano, 1935, p. 6. V. también: PUGLIATTI, Salvatore. Il rapporto unisoggettivo. Diritto Civile, Metodo-teoria-practica. Giuffrè-ed, Milano, 1951 y BARRERA GRAF, Jorge. La representación. Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 7, mayo de 1966, p. 27.

— La definición clara de los alcances del concepto de sede de la persona jurídica que tome partido ante la jurisprudencia contradictoria y cambiante sobre notificaciones,⁽³¹⁾ tema ya resuelto en el proyecto en la Asamblea, de Código de Procedimientos Civiles.

— La afirmación del concebido como un destinatario actual de eficacia jurídica, susceptible de resolución (y no ya condicionada suspensivamente), intuición del Profesor Carlos Fernández Sessarego,⁽³²⁾ que el citado autor considera irrefutable, aún desde la limitada perspectiva meramente formalista Kelseniana, ya que el concebido es, sin duda, un centro de imputación actual de efectos jurídicos o de normas (vida, representación, identidad, filiación, etc.), un sujeto de Derecho.

— La revisión del absurdo legislativo de la capacidad especial de actuar de la madre menor soltera, que puede representar a su hijo, pero que no puede actuar en sus propios asuntos. ¿Por qué no legislar más bien en el sentido de que la maternidad, en los mismos términos que el matrimonio del menor, pueda conceder la emancipación legal?

— La posibilidad de que el propio sujeto bajo interdicción pueda solicitar el levantamiento de ésta, si recobra su capacidad natural, lo cual le está negado por la ley en estos momentos, con los consiguientes abusos de las potestades respectivas ligadas a la curatela (no de simples derechos subjetivos).

— El repudio de la expresión incapacidad jurídica relativa⁽³³⁾ que utiliza nuestro Código para designar la imposibilidad legal de recibir por testamento, en lo cual coincido con el Profesor Rescigno, aunque disintamos en cuanto al uso alternativo de la expresión "falta de legitimación pasiva".

— La regulación adecuada a la realidad de nuestros días de intervenciones quirúrgicas para la definición de los caracteres sexuales.

— La necesidad de un adecuado tratamiento de los mal llamados "derechos de la personalidad", a partir de la toma de conciencia de que estamos frente a valores (vida, libertad, nombre, honor, imagen, voz, intimidad) y no meros derechos subjetivos, que se hacen efectivos a través de diversos tipos de situaciones jurídicas que en muchos casos son más bien poderes; en otros, imposiciones; en otros prohibiciones; no sola-

(31) PEREIRA-PEREZ, Notificaciones a personas jurídicas, Revista Judicial N° 25, junio de 1983, p. 124.

(32) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de Personas. Ponencia. Congreso sobre el nuevo Código Civil Peruano, Lima, agosto 1985, (en prensa).

(33) V. COVIELLO, Leonardo. Capacità di succedere a causa di morte. Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè-ed, Varese, 1960 y, en el mismo volumen: Capacità di ricevere per testamento.

mente a través de derechos subjetivos; con esto se evitarán los obstáculos que desde los "ius in se ipsum" ha encontrado la doctrina para determinar su objeto y caracteres.⁽³⁴⁾

— La complementación sistemática de esta misma materia, mediante la regulación de nuevos valores de la personalidad, como la voz, la intimidad y la integridad psicofísica.

— La inclusión de una posibilidad de acción inhibitoria general con relación a todos estos valores (y no sólo con relación a la imagen y al nombre).

— Un tratamiento más completo de la integridad física, no sólo llevándola a rango de integridad psico-física, sino además previendo, al menos en líneas generales, una serie de aspectos actualmente indefinidos en cuanto a ciertas consecuencias jurídicas, tales como la esterilización, el uso de energía nuclear, la puesta en práctica de tratamientos en experimentación, la terapia de choque, la cirugía estética, los rayos x, etc.⁽³⁵⁾

— La ampliación de los supuestos lícitos de uso de la imagen; por ejemplo, para fines didácticos.⁽³⁶⁾

— La tutela civil de las comunicaciones privadas y del derecho a la intimidad, determinando sus limitaciones.⁽³⁷⁾

— La posibilidad de resarcimiento del daño a la persona, como categoría distinta de los daños patrimoniales y morales, entendido aquél como el que incide en el proyecto de vida, frustrándolo.⁽³⁸⁾ ¿Basta acaso el pago del hospital, de los perjuicios y del daño moral para resarcir al pianista o pintor por sus manos trituradas (por ejemplo)?

(34) V. BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela. Revista Judicial N° 9, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1978.

(35) V. en especial: WORIDASSOCIATION FON MEDICAL LAW. World Congress on Medical Law. Gent, Bélgica. 18 a 22 de agosto de 1985. DONALDSON, James, Casualty Claim Practice, Irwin Inc. Illinois, 1984; BOGARIN PARRA, Alicia, El médico general frente a la ley. Tesis, Facultad de Derecho, U.C.R., 1974; YUNGANO-LOPEZ BOLADO-POGGI BRUNO, Responsabilidad profesional de los médicos. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

(36) V. PUGLIATTI, Salvatore. La trascrizione. Trattato di diritto civile e commerciale. Giuffrè ed, Milano, 1957, p. 12 y ss.

(37) RESCIGNO, Pietro. Manuale di diritto privato italiano. Jovene, 1976, p. 211. V. MOUNIER, Emmanuele, El Personalismo, Eudeba, Buenos Aires.

(38) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Congreso sobre el Código Civil Peruano, Ponencia, Lima, Agosto de 1985.

— En tema de ausencia puede ser aconsejable una reducción de plazos, atendiendo a las exigencias de celeridad de la vida moderna y a los avances en las telecomunicaciones.⁽³⁹⁾

DERECHOS REALES:

En el campo de los Derechos reales surgen retos de política legislativa de diversa índole:

— Han de revisarse los criterios tradicionales de clasificación de las cosas, dándose relieve a aquellos de mayor interés, incluyéndose distinciones no previstas, como la de "productivas e improductivas" y la de "registrables y no registrables", dado que tienen regímenes jurídicos diversos.⁽⁴⁰⁾

— Han de corregirse los absurdos actuales; entre ellos, la confusión entre cosas consumibles y fungibles, pues se trata de dos clasificaciones diversas, por lo que el Código alemán ha tenido razón al separarlas.⁽⁴¹⁾

— Es importante superar la actual distinción entre bienes materiales e inmateriales que, en los términos en que está, "no tiene sentido, pues consiste en poner de un lado las cosas y de otro los derechos; es decir, dos categorías que no tienen ningún carácter común... no es una clasificación; es una comparación incoherente" —dice Planiol—. "La distinción, por la evidente heterogeneidad de los términos, se revela extrañamente híbrida".⁽⁴²⁾

— Debe darse el correcto sentido al concepto de bien inmaterial, de modo que se reconozca esta categoría para las obras de ingenio humano

(39) Inclusive, se ha hecho notar que la creciente facilidad de las comunicaciones han hecho disminuir los casos de ausencia. RIPERT y BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, T. II, vol. I, La ley-ed., Buenos Aires, 1963, p. 23; también, PLANIOL, Marcel, Traite élémentaire de Droit Civil, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Parris, 1920, p. 215.

(40) V. SALA PRIMERA CIVIL, N° 267 de 2 hrs. de 19 de julio de 1977; N° 98 de 8 y 25 hrs. de 23 de marzo de 1976 y N° 591 de 8 y 15 hrs. de 30 de noviembre de 1971.

(41) PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. Los Bienes. Editorial Cajica, México, 1955.

(42) Op. ult. cit., p. 28.

(43) PUGLIATTI, Beni e cose in senso giuridico, Giuffrè-ed, Milano, 1962, p. 102.

o creaciones culturales,⁽⁴⁴⁾ aquellas proyecciones del espíritu que necesariamente tienen un soporte material (como la partitura de una sinfonía o la tela de una pintura, o el papel de un libro...) pero en las que lo que vale, lo que interesa jurídicamente, no es el soporte material, sino la proyección humana a través de él.

— Ha de asignarse un régimen claro a las llamadas pertenencias y accesorios, lo mismo que a las universalidades, tomando en cuenta la protección del interés que representa el conjunto de elementos de que consisten.

Y, recordando de nuevo a Jossierand y a Pugliatti: ¿es acaso posible seguir hablando de la propiedad como instituto unitario? ¿no deberíamos más bien hablar de "las propiedades"? La verdad es que los regímenes jurídicos de derechos reales sobre naves, sobre mercancías en viaje, sobre tumbas, sobre bienes intelectuales, sobre aguas, etc., son muy diversos entre sí, lo que exige una reconstrucción sistemática de la materia.⁽⁴⁵⁾

— Habrán de incluirse nuevas categorías de derechos reales; por lo menos habrá de someterse a discusión la propiedad fiduciaria y la posibilidad de disposición autónoma del subsuelo (piénsese en un estacionamiento subterráneo, que para ser ampliado, puede demandar la compra de espacio subterráneo de la propiedad vecina).

— El régimen anticuado de las cosas perdidas debe revirarse. ¿Conoce alguno de ustedes a alguien que habiéndose encontrado algo, haya publicado el aviso de ley en el periódico oficial y haya esperado un año antes de sentirse propietario? O ¿cuántos de nosotros, leemos diariamente La Gaceta?

— Deberá además, tomarse posición ante los vaivenes milenarios en doctrina y jurisprudencia en cuanto al conflicto entre títulos inscritos, determinándose claramente si ha de darse prioridad al propietario más antiguo, o al propietario que mediante su posesión efectiva revela la actualidad de su interés.⁽⁴⁶⁾

(44) V. BIONDO, Biondo, Los Bienes, Bosch, Barcelona, 1961, p. 45; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Doctrinas generales del Derecho, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, ps. 48 y 49. PLANIOL, Marcel, Tratado elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Cajica, México, 1955, p. 28. PUGLIATTI, Salvatore, Beni e cose in senso giuridico. Giuffrè ed., Milano, 1962, p. 102.

(45) PUGLIATTI, Salvatore, Beni e cose, Giuffrè ed., Milano, 1962, p. 28; TRIBUNAL SUPERIOR DE ALAJUELA, N° 1104 de 9 y 40 hrs. de 7 de setiembre de 1973; PUGLIATTI, Salvatore, La proprietà e le proprietà; Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 145 y ss.

(46) V. COOLIN Y CAPTIANT, Curso Elemental de Derecho Civil. Seus. Madrid, 1961, Tomo II, Vol. II, p. 948. SALA DE CASACION, N° 132 de 25 de octubre de 1974. PUGLIATTI SALVATORE, La proprietà e le proprietà. Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 267.

— Finalmente, deberá tomarse particularmente en cuenta la materia agraria que ha modificado sustancialmente la sistemática del Código Civil.

SUCESIONES

Para una revisión de la materia sucesoria es recomendable tomar como base de discusión el proyecto de ley de las licenciadas Maritza Blanco, Miriam Borloz e Ileana Murillo.

Dentro de este campo puede meditararse la introducción de la institución denominada "legítima" o "cuota de legítima" y de las correspondientes disposiciones conexas sobre "exheredación" con las salvedades y precauciones indicadas ayer por el Lic. Orlando Aguirre, quien puso de manifiesto la necesidad de una mejor regulación del tema frente a la libre testamentación. También en esta campo puede pensarse en aspectos como un derecho de habitación a favor de la viuda sobre la casa donde ha vivido.⁽⁴⁷⁾

Y ¿por qué no?: dentro de una revisión del Derecho Privado que pretenda girar en función de la dignidad humana, no introducir al menos una tutela sucesoria de la familia de hecho, incluyéndose también un derecho de habitación a favor de la compañera o compañero,⁽⁴⁸⁾ o como lo expresó el Prof. Aguirre, "conceptuando a la ocmpañera como heredera" y al compañero, agregó yo.

En la materia propiamente testamentaria convendrá pensar en reglas especiales sobre interpretación y en la posibilidad de ampliar el cuadro de las formas admisibles.⁽⁴⁹⁾

OBLIGACIONES:

En el campo del Derecho de Obligaciones hay muchos aspectos que deben ser examinados, lo mismo que otros que deben ser integrados. Contribuirán aquí sin duda a las enseñanzas de los Doctores Juan Luis Arias, Carlos Manavella y de la Dra. María de los Angeles Soto Gamboa, en especial, en el campo de la novación.

(47) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de Personas en Primer Seminario de Difusión del Nuevo Código Civil, Lima, del 17 de set. al 5 de octubre de 1984, p. 35.

(48) V. Proyecto de reformas al Código de Familia. La Gaceta, lunes 28 de julio de 1980, p. 5 y ss. y ODIÓ, Elizabeth, Familia de hecho, Revista Judicial, N° 7.

(49) V. BLANCO, Maritza; BORLOZ, Miriam y MURILLO, Ileana, El testamento, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, en 1982; en especial el proyecto de reformas al Código Civil, en página 603 y ss.

No es posible mantener la absurda formulación que hoy existe en materia de fuentes: decía Carnelutti: "cuando se pone la ley como una de las fuentes de las obligaciones la lógica está perdida".⁽⁵⁰⁾ El calificaba tal formulación de "episodio de evolución de la ciencia del Derecho".

En el campo de la responsabilidad extracontractual la carencia actual de adecuada legislación es impresionante. Piénsese solamente que para un tema donde los tratadistas Mazeaud citan más de dos mil títulos y donde la variedad de la casuística es impredecible, nuestro Código dedica cuatro artículos reunidos y unos cuantos más desperdigados. En este campo, especial consideración debe tenerse de los aportes jurisprudenciales; ante las lagunas, nuestros jueces han llegado a delimitar las consecuencias jurídicas de diferentes situaciones de hecho.

En esta materia el Profesor Rodotà ha propuesto una construcción que tiende a recuperar sobre bases nuevas, la unidad del sistema en el hecho dañoso, al cual corresponde una articulada multiplicidad de criterios de imputación del daño.⁽⁵¹⁾

La existencia de dos criterios de imputación, la culpa y el riesgo creado, ha de plantearse en forma inequívoca, ante algunas oscilaciones jurisprudenciales.⁽⁵²⁾

Dado que en este campo, la ausencia de adecuada regulación es manifiesta, me limito a ofrecer un elenco de los temas que exigen tratamiento diferenciado:

— Determinación clara de la antijuridicidad, la causalidad y la culpabilidad, como elementos de la responsabilidad subjetiva.

— Establecimiento del consentimiento del ofendido (con sus límites en materia de derechos indisponibles), del estado de necesidad, de la legítima defensa y del ejercicio de un derecho (con sus límites cuando se trate de abuso), como causas de justificación. Deberá ampliarse la perspectiva limitada del vigente título preliminar a otros tipos de situaciones jurídicas de que también es posible abusar (por ejemplo abuso del interés legítimo del socio, abuso de las potestades familiares, etc.). En este tema, por lo tanto, no podemos ser tan efusivos en elogios como lo fue el profesor Cornú. Hablar sólo del abuso del derecho subjetivo y no de otras situaciones es limitado.

(50) CARNELUTTI, Francesco, Teoria generale del diritto. Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, p. 202.

(51) BUSNELLI, Francesco Donato. Nuove frontiere della responsabilità civile. Ius, genn-giugn. Milano, 1976, p. 47.

(52) V. SALA PRIMERA DE APELACIONES, 2 y 45 hrs. de 13 de noviembre de 1919. SALA DE CASACION 3 p.m. de 20 de agosto de 1920, II, p. 128 y SALA DE CASACION, N° 73 de 10 y 15 hrs. de 16 de julio de 1959, II, t. I, p. 116.

— Convendrá pensar también en la formulación positiva de la causalidad y de los aspectos que la excluyen, tales como la fuerza mayor y el hecho de la víctima o de un tercero.

— Descomposición de la culpabilidad en la imputabilidad y la culpabilidad en sentido estricto.

— Fijación clara de los casos de culpa recíproca, culpa común y culpa solidaria.

— Deslinde de las formas que puede asumir la responsabilidad subjetiva: directa e indirecta y dentro de esta última "in eligendo" e "in vigilando".

— Regulación de los daños causados por las cosas y por los animales.

— Ha de meditarse también sobre la llamada rotura de la tradición que sostenía con el peso de su presencia, la excepcionalidad y tipicidad de la responsabilidad por riesgo creado, para determinar la posibilidad de pasar a una nueva perspectiva en la que la reparación de la lesión extracontractual reciba prioridad, mediante la promulgación de un principio general de responsabilidad objetiva, tal como el que aparece en el nuevo Código Civil Peruano, según el cual "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo" (artículo 1970).

— Y ¿por qué no pensar también en la posibilidad de una acción directa contra el asegurador del responsable civil si lo que interesa es la protección a la víctima?

De acuerdo con la problemática de nuestro tiempo, el análisis no podrá soslayar la consideración especial de ciertas formas de responsabilidad, entre ellas, la que se ha denominado "responsabilidad por daños transfronterizos",⁽⁵³⁾ la responsabilidad del productor, materia en la que no podrá prescindirse de los estudios y aportes de la doctrina nacional, en particular de la Licda. Stella Besciani,⁽⁵⁴⁾ lo mismo que el llamado "daño ecológico", con la posibilidad de una acción sumaria inhibitoria a favor de todo posible afectado además del derecho al eventual resarcimiento.

No deben tan poco soslayarse los avances jurisprudenciales y doctrinales en materia de lesión del derecho de crédito por obra de un

(53) V. GOMEZ ROBLEDO, Alonso, Responsabilidad Internacional por daños transfronterizos. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983, p. 29.

(54) BRESCIANI, Stella, La responsabilidad del productor. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, N° 26, p. 73 y ss.

tercero;⁽⁵⁵⁾ no solamente la lesión de derechos absolutos puede generar responsabilidad extracontractual.

CONTRATOS:

En materia de contratos urge, igualmente, una reformulación sistemática que ha de tomar en cuenta los aportes de los profesores Pablo Casafont, de grata memoria, Diego Baudrit y Mario Ramírez. Como lo ha observado en sus escritos el Profesor Certad, nuestra ley carece de una disciplina general del negocio jurídico.⁽⁵⁶⁾

Nuestro Código carece de columna vertebral en este aspecto: dicta la disciplina de los contratos y regula otros negocios en forma específica, aunque hace la extensión de ciertas normas a los actos unilaterales.

Además de los citados injertos indeseables, la formulación es desordenada: se confunden los requisitos subjetivos y objetivos con los elementos; se confunden diversas anormalidades negociales, usándose con la más absoluta arbitrariedad científica los conceptos de rescisión, revocación, resolución, etc.

En este campo es particularmente importante la perspectiva subsistemática atrás aludida; la teoría del negocio jurídico puede proporcionar el marco de referencia que facilite la estructura del tema. El propio Profesor Rodotà no discute "la corrección formal de una reconstrucción unitaria de un conjunto de figuras";⁽⁵⁷⁾ debe tenerse presente, sin embargo, que por su función socio-económica, el contrato ha de ser el objeto central de la normativa.

Sin despreciarse las clasificaciones de los pandectistas (aunque reprobamos con Heck y Rümelin el método de inversión), es necesario impregnar la regulación negocial de contenidos acordes con la realidad actual de las transformaciones económicas de la intervención estatal, del tráfico masivo por medio de las empresas, estableciéndose en concreto el verdadero marco de la autonomía privada; en expresión de Barcellona: "hablando de la libertad contractual, no es ya posible prescindir de la

(55) V. BUSNELLI, Francesco Donato. La lesione del credito da parte di terzi. Giuffrè-ed, Milano, 1963, p. VII (contra la tesis de Fedele, op. cit., p. 3).

(56) CERTAD, Gastón. La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense, Conferencia de inauguración del año académico de 1976, Facultad de Derecho, U.C.R. También en Revista Judicial N° 2, p. 19.

(57) RODOTA, Stefano. Il Diritto Privato nella società moderna. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 208.

consideración de la posición económica de las partes contratantes y de la posible influencia de ésta sobre el contenido de la estipulación".⁽⁵⁸⁾

Ante la imposibilidad de desarrollar aquí en detalle los problemas legislativos de la materia negocial, me permito sugerir algunos temas que deberán ser objeto de atención, dado que en ellos las disposiciones actuales son insuficientes o inexistentes:

— La distinción elemental entre invalidez e ineficacia,⁽⁵⁹⁾ distinción en la que se confunden inclusive autores de la categoría de Diez Picazo. Se trata, en realidad, de dos calificaciones distintas: la invalidez expresa una valoración negativa, la ineficacia una falta de efectos jurídicos. Por ejemplo: el testamento aunque ya válido, no es eficaz sino hasta la muerte; o el negocio válido bajo condición suspensiva es ineficaz mientras esta no se verifica.

— La distinción clara entre las formas de invalidez atendiendo a su diverso régimen jurídico y en particular a su modo de operar, a la gravedad de la patología, a la prescriptibilidad de la acción, a su declarabilidad, a la legitimación "ad causam" activa para reclamarle y a las posibilidades de convalidación,⁽⁶⁰⁾ superando las formulaciones atécnicas actuales.

— La invalidez parcial y sus relaciones con el principio de conservación, en especial frente a la posición alemana según la cual ella perjudica la totalidad del negocio, campo donde también hay desarrollos jurisprudenciales.

— La conversión del negocio nulo, determinándose sus requisitos (de forma y sustancia) y entendiéndose como una integración del negocio dentro de la órbita del interés práctico perseguido por las partes.⁽⁶¹⁾

— La materia de la simulación, definiéndose si se trata de una patología de la voluntad, según la perspectiva tradicional o si más bien ésta se encuentra en la causa (dado que el negocio disimulado o el

(58) BARCELLONA, Pietro. I controlli della libertà contrattuale. En Il Diritto Privato nella società moderna. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 285.

(59) V. SCALIST, Vincenzo. Inefficacia. Diritto Privato. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1971, p. 344. TOMMASINI, Raffaele. Invalidità. Enciclopedia del Diritto. Giuffrè, Milano, 1941, p. 317; LA CRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones. Vol. 2º Bosch. Barcelona, 1977, p. 270. BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 348. STOLFI, Giuseppe. Teoría del negozio giuridico. Cedam, Padova, 1961, p. 99.

(60) V. UMAÑA-PÉREZ, Elementos del negocio jurídico, Revista Judicial N° 12, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 115.

(61) BETTI, Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 375.

contradocumento lo que hacen es quitar la función jurídica al negocio aparente, vaciarlo de su contenido efectivo); regulándose sus formas, la validez eventual del negocio disimulado, la inoponibilidad a terceros, las contradecaraciones y tomándose en cuenta especialmente la contribución de la jurisprudencia en materia de prueba con base en indicios de los que es posible obtener presunciones.⁽⁶²⁾

— La reserva mental, tema en el cual ha de distinguirse entre la forma absoluta y la forma relativa y han de especificarse los casos en que se equipara al dolo.⁽⁶⁸⁾

— La revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobreveniente; remedio ante la transformación de las circunstancias que afecta el equilibrio contractual.

— La rescisión por lesión (que ya estaba regulada en el Código de Carrillo, como lo mostró en su amena y documentada exposición el Profesor Jorge Sáenz C.,⁽⁶⁴⁾ remedio frente al aprovechamiento indebido que haga una parte de las condiciones de necesidad o de peligro de la otra, para obtener una desproporción entre las prestaciones.

Habrà de tomarse partido en cuanto a la responsabilidad por daños imprevisibles si no hay dolo en los contratos, pues como lo ha aclarado el Profesor Torrealba, en realidad nuestra ley no hace esta distinción.⁽⁶⁵⁾

También dentro del campo negocial, deberá pensarse en la regulación de muchos contratos que ni siquiera la ley mercantil regula ade-

(62) V. CAMARA, Héctor, Simulación de los actos jurídicos. Depalma, Buenos Aires, 1958, FERRARA, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, CANDIAN, Aurelio, Instituciones de Derecho Privado, UTHERA, México, 1961. SALA DE CASACION: N° 22 de 14 y 30 hrs. de 31 de mayo de 1961; N° 14 de 10 y 30 hrs. de 23 de enero de 1967; N° 26 de 10 y 50 hrs. de 24 de marzo de 1954; N° 23 de 14 y 45 hrs. de 6 de diciembre de 1967; N° 125 de 14 y 10 hrs. de 25 de octubre de 1973; N° 102 de 16 hrs. de 21 de agosto de 1975; N° 29 de 15 hrs. de 25 de abril de 1973.

(63) SALA DE CASACION, N° 103 de 10 y 30 hrs. de 3 de diciembre de 1956.

(64) TOMMASINI, R. Invalidita, Enciclopedia del Diritto. Giuffrè-ed, Milano, p. 16. BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 371.

(65) V. TORREALBA, Octavio, Indemnización de daños y perjuicios imprevisibles. Revista de Ciencias Jurídicas, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, N° 40, enero-abril de 1980. En contra de la tesis de BRENES, Alberto. Tratado de las Obligaciones y Contratos. Trejos Hermanos, San José, 1923, p. 21, y de la posición que sostiene el artículo 74 de la reciente Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de mercancías, Viena, abril 10 de 1980 (A/CON 97/18). V. tamb. HARRY, The sanctity of contracts in English Law, London, 1959. BIGLIAZZI GERI, Lina. Note in tema di interpretazione secondo buona fede, Pisa, 1970, ps. 79, 90, 83, 84. MESSINEO, Francesco, Manuale di diritto Commerciale. Vol. III, Giuffrè-ed, Milano, 1959, p. 631.

cuadamente; reiterando lo expuesto sobre los contratos de Derecho Marítimo, podemos agregar figuras que requieren examen, como el contrato de suministro, el contrato de hospedaje, el llamado "leasing"⁽⁶⁶⁾ o arrendamiento financiero y las múltiples formas de compraventas especiales.⁽⁶⁷⁾

Será conveniente meditar en la posibilidad de reglas de interpretación de los negocios jurídicos, en las que se determine, entre otras cosas, el régimen de los contratos de adhesión,⁽⁶⁸⁾ en los que, por su masificación, una de las partes se ve colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, contrato típicamente mercantil, por lo que no podemos quedarnos en una revisión del Código Civil. También convendrá formular reglas precisas sobre la interpretación del compromiso arbitral, dentro de la tradición latina restrictiva.⁽⁶⁹⁾

CONCLUSION

Lo expuesto no ha pretendido agotar la lista de temas en los que el Derecho vigente carece de adecuada regulación; muchos otros son los anacronismos, las incoherencias, las imperfecciones terminológicas, las lagunas, las contradicciones, que hemos dejado fuera de análisis. La exposición de los anteriores ejemplos ha tenido un propósito central: motivar la necesidad de un trabajo serio y sistemático de revisión de nuestras normas.

Quiérase o no, enrumamos hacia una mutación cualitativa del Derecho Privado costarricense, cuya causa eficiente son las transformaciones tecnológicas, axiológicas y científicas y dentro de estas, en especial, el paso de la Begriffjurisprudenz y de una concepción producto de la mezcla del racionalismo del siglo XVIII y del romanticismo de la primera mitad del siglo XIX a una perspectiva tridimensional integral del fenómeno jurídico, dentro de la cual la realidad fáctica, la realidad formal y la realidad axiológica encuentren cabal ubicación; ésta sólo es posible con

(66) Contrato donde una empresa financiera compra un bien por encargo de un tercero y se lo arrienda por determinado plazo, al cabo del cual puede venderse a un precio residual. V. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, Felabán, Bogotá, 1979, p. 494.

(67) V. DEGNI, Francisco. La compraventa. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 161 a 265.

(68) CARBAJAL, ALVARO. Los contratos de adhesión en Costa Rica. Facultad

(69) ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 35 y 36 y mi trabajo en Revista Judicial N° 32, marzo de 1985, Corte Suprema de Justicia, San José, p. 157.

una metodología cuyos ejes sean los intereses y valores de los seres humanos, para que el Derecho encuentre el sentido de su devenir histórico.

Este es el reto de nuestro tiempo en el campo del Derecho Privado. Podemos dejar que el torbellino tecnológico nos arrastre y deje obsoleta buena parte del sistema; podemos dejar que las presiones ideológicas de diverso tipo resquebrajen el sistema con remiendos parciales; podemos también ignorar la transformación metodológica que sufrió nuestra ciencia a partir de la evolución de Ihering, de Hock y Rümelin. Sin embargo, podemos también romper la inercia e indiferencia que llevan al retroceso por estancamiento y con el aporte de todos los que vamos a vivir cualquier reforma, podemos poner nuestro anticuado Derecho Privado a la altura de los tiempos, sin pretender que vaya a durar cien años, pues imprevisible son los problemas que habremos de afrontar, que irán exigiendo paulatinamente la constante reconstrucción del sistema.

EL RECURSO DE APELACION EN LA LICITACION PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático de la Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho.
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Profesor de Derecho Administrativo.