

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO



Revista
de
Ciencias Jurídicas



D 03002



No. 3

Mayo de 1964

DIRECTOR:
LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

	Pág.
ESCRITOS ORIGINALES	
Un Precursor del Positivismo: Federico Carlos de Savigny y la Escuela Histórica Dr. Lino Rodríguez Arias B.	7
Delito, Sociedad y Derecho Prof. Israel Drapkin	45
Análisis de los Articulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emitida por la Asamblea de las Naciones Unidas y correspondientes de la Constitución Política de Costa Rica Lic. Gonzalo Ortiz Martín	59
Los Incidentes Lic. Miguel Blanco Quirós	89
Notas Sobre Nuestro Proceso Ejecutivo Común Lic. Walter Antillón Montealegre	95
Positivismo Jurídico y Estatismo en el Pensamiento Político de Pío XII Lic. Víctor Brenes Jiménez	179
SECCION LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA	
Las Nulidades Según las Reformas Procesales de 1937 Lic. Antonio Picado Guerrero	207
El Examen de la Prueba en Casación Lic. Enrique Guier Sáenz	231
INFORMACION	
Organización del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales	245

UN PRECURSOR DEL POSITIVISMO: FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTÓRICA

DR. LINO RODRIGUEZ ARIAS B.

Catedrático de la Universidad de Panamá

INTRODUCCION

Presento hoy, una de las figuras insignes del Derecho, "Federico Carlos de Savigny y la Escuela Histórica", tema a que ya dediqué mi atención, allá en mi juventud, durante mis estudios de Licenciatura en la Universidad de Salamanca, en que ya me ocupé de este gran juriconsulto y cuyo trabajo recibió un galardón académico, en la época en que estudiaba el segundo curso de la Licenciatura.

Traigo a relación este primer éxito de mi vida universitaria, no con el propósito pedantesco de exaltarme como jurista, puesto que los que me conocen y tratan a diario saben cuán alérgico soy a las pompas y vanidades de este mundo percedero y caduco, sino con el sano afán de estimular a aquellos profesionales y estudiantes que parecen vivir en nuestro tiempo tan sólo absorbidos por la realidad social que les circunda, como si la humanidad hubiese alcanzado la etapa histórica actual algo así como por generación espontánea.

De aquí la importancia de que el jurista no se encierre en las concepciones estrechas de su tiempo y obre con esa intransigencia que Napoleón llamaba "la audacia hacia atrás". Es menester, por el contrario, que nos proyectemos en los vastos campos de la Historia, por la sencilla razón

de que, en cierto sentido, somos su producto, salvando lo que todo hombre conlleva de eterno e inmortal.

Es inconcebible que en nuestro tiempo y en nuestra tierra hayan aún individuos que dejándose obsesionar por el calificativo que nos endilgan las naciones más cultas y civilizadas de que ocupamos la escala inferior de los pueblos subdesarrollados, tengamos que renunciar a cultivar las grandes manifestaciones del espíritu, y resignarnos a interesarnos tan sólo por los problemas cotidianos que concretamente angustian nuestra vida actual.

No somos partidarios de dar la espalda a la realidad social, pero tampoco somos tan miopes como para dejar de dirigir nuestra mirada más allá. Nos gusta remontarnos como el águila hacia los confines de lo infinito en el tiempo y en el espíritu con el fin de vernos libres de aquellas influencias demasiado apegadas a la contingencia del presente, cuando todos sabemos que la humanidad se dirige hacia un nuevo alborear social, que creará estructuras institucionales más en concordancia con las nuevas exigencias del hombre moderno.

Aun cuando vamos a ocuparnos a continuación de un jurista, Savigny, de quien Adolfo Posada dijo que fue precursor del positivismo moderno (1), él estuvo muy lejos de concebir su derecho absolutamente alejado de la especulación filosófica y del espiritualismo jurídico, puesto que en última instancia estimó que el fundamento último del derecho es siempre un orden ético objetivo cuyo Autor está fuera del mundo y de la historia, lo cual no deja lugar a dudas acerca de su adhesión a la doctrina espiritualista.

Hacemos esta advertencia sobre todo para aquellos individuos que intentan mutilar los afanes especulativos de la Universidad, cuando propician una educación nacional práctica, experimental y científica.

(1) Cfr. Lino Rodríguez-Arias B., *Concepto y fuentes del Derecho Civil Español*, Barcelona, Ed. Bosch, 1956, p. 59.

Sin los vuelos de la especulación filosófica nunca la historia de la humanidad hubiese contado con la pléyade de hombres ilustres que iluminan la senda del progreso social. ¿Qué habría sido del mundo sin la filosofía griega? ¿Qué hubiera sido de la Revolución francesa sin la filosofía de los enciclopedistas? ¿Qué hubiera sido de Carlos Marx sin las construcciones abstractas e ideales que concebió Hegel? Luego el mundo de la experiencia, de lo histórico, siempre hay que pulsarlo a través del principio del "deber ser", no en el sentido logicista de Kelsen sino en el más profundo y humano que graba en nuestras mentes el orden moral.

CAPITULO I

RASGOS BIOGRAFICOS

Federico Carlos de Savigni,

romanista alemán, iniciador y mantenedor de los principios de la Escuela Histórica, a quien Mignet, en la Academia de Ciencias Morales y Políticas francesas, calificó como "eminente en su erudición, profundo en su doctrina, célebre por sus obras e inmortal por su talento".

Nació en Francfort el 21 de Febrero de 1779. En la Universidad de Marburgo recibió el grado de Doctor el año 1800 escribiendo la disertación "De concurso delictorum formalis". Fueron en esa Universidad sus maestros Albrecht Erxleben y Felipe Federico Weis. Estudioso, con deseo de penetrar en el conocimiento de la ciencia jurídica, recorrió diversas universidades alemanas, siguiendo así la costumbre, entonces muy generalizada, de asistir a las conferencias de cátedra de los más renombrados profesores. Fue discípulo, en la Universidad de Gottinga, de Luis Timoteo Spittler, famoso historiador. Posteriormente cursó estudios en las universidades de Leipzig y Jena. A los 21 años se hizo "privata Dozent".

La primera obra verdaderamente importante, de entre sus muchos trabajos sobre el Derecho Romano, es el "Tratado de la Posesión" (1803) (Das Recht des Besitzes) que provocó la formación de una de las más ricas y potentes literaturas jurídicas, siendo revisado más tarde en sus ideas capitales por Ihering. Esta obra, como señala Posada, fue un fenómeno de extraordinaria precocidad. Dicho estudio, que dio a su autor renombre universal, fue completado en solo cinco meses, lo que prueba la extensa preparación de su autor, su versación sobre el tema, la claridad de su inteligencia y la facilidad extraordinaria de comprensión que le caracterizaba. A partir de esta publicación magnífica, se lo disputaron todas las Universidades, que lo querían tener en su seno para así atraer la juventud estudiosa; pero él por entonces, se dedicó a recorrer algunas bibliotecas como las de Heidelberg, Stuttgart y Turinga.

En 1810 pasó a ocupar una cátedra de la naciente Universidad de Berlín, a requerimiento del Ministro de Instrucción Pública, Sr. Humboldt, cátedra donde conoció a Niebuhr. Ocupó también cargos meritorios, en el Senado y Tribunal Universitario, Consejo del Estado, etc.

Aunque de sus doctrinas principales subsista poco, siempre quedará como una de las obras en que se consagra el gran movimiento de renovación de los métodos de investigación del Derecho. La Escuela Histórica que tenía ya en Hugo su primer impulso encuentra en el "Tratado de la Posesión", su fórmula.

Antes de marchar a ocupar la Cátedra naciente de Berlín estuvo desempeñando el puesto de profesor en la Universidad de Landshut.

Sus obras principales, además del Tratado de la Posesión, antes citado, son "Historia del Derecho romano en la Edad Media", en la que se modifica el primitivo plan de la Historia de los glosadores; "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la ciencia del Derecho";

y, sobre todo, "El sistema del Derecho romano actual", en la que se resumen orgánicamente los estudios todos de la Escuela Histórica, considerando el Derecho romano, no como tratado, sino como sistema, siguiendo el desenvolvimiento histórico de aquellas instituciones que subsisten, no en lo que pertenece al Derecho público, sino en lo que constituye el Derecho privado (positivo). Nadie hasta entonces había concebido así el Derecho romano o había sido insinuado confusamente. De lo que puede llamarse parte especial, se publicaron dos volúmenes relativos a "Las Obligaciones".

Además de las obras citadas, escribió: "Sobre la enseñanza del Derecho en Italia"; "Origen y progreso de la Latinitad"; "El jus Italicum"; "El Interdicto Quorum Bonorum", etc.

CAPITULO II

LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO: SENTIDO TRASCENDENTE DE LO HISTORICO

Volvemos los ojos al pasado para admirar y aprender en las grandes acciones de nuestros predecesores, pero sin incurrir en el error de creer en aquello que ya no puede transplantarse, sino en esencia y lección, para evitar lo cual, tengamos presente el último fin alcanzado por la ciencia que nos dice, que toda producción del hombre es imperfecta, aunque todo pensamiento suyo, transmitido de generación en generación encuentra duración inmortal dentro de la vasta comunidad de los servidores de la ciencia, que necesita de la acción combinada de muchas facultades y principios diferentes; pues no satisfacen las exigencias científicas, ni una sola facultad ni un punto de vista determinado, por lo cual designamos una de estas facultades, la histórica, con su correspondiente dirección científica, sin despreciar las demás ciencias sino que al estar diseminado el elemento histórico podría ser rehabilitado en sus derechos.

Y hasta llegar a alcanzar la sana concepción de Savigny, observamos una evolución histórica, de luchas y progresos, tomando como punto de partida a la jurisprudencia cuando sirve sumisa durante la Edad Media al criterio de autoridad y permanece sierva de la Dialéctica escolástica, por la falta de crítica histórica y de una sana exegésis de las fuentes. Entonces Alemania se nos presenta como la nación destinada a engendrar la reforma y difundirla por todos los pueblos, ya que el siglo XVIII marca para ella una época fecunda en vida intelectual, teniendo —entre otros— a Lessing, que asesta el golpe de gracia a los pseudoclásicos del siglo pasado, con lo cual deja libre el paso a las concepciones acendradas de las legiones románticas, que perfumarían de suave aroma todas las ramas de la literatura, al mismo tiempo, que la Historia sufría una desintoxicación volviéndose a presentar límpida, para servir de espejo a las generaciones venideras.

Bien es verdad, que esta reacción se produjo en todas las partes, pero hay que reconocer que quizá debido al abatimiento en que se encontraba la jurisprudencia en Alemania, fuese la causa de que en ésta se incubase plétórica la Escuela Histórica, que vino a nacer con sentido ideal en el momento preciso, rasgando con su genialidad inaudita el conglomerado legislativo que se agrupaba bajo el nombre de "Usus modernus Pandectarum", que englobaba disposiciones de los distintos derechos de la época desfigurándolos en su puro contenido hasta el punto que no se hubiese conocido se trataba del Derecho romano a no ser por las citas marginales que hacían de sus jurisprudencias. Por eso la reacción que produjo la Escuela Histórica a favor de encaminar los pasos hacia las fuentes auténticas del Derecho, fue magnífica por su trascendental acogida ante la profunda ciencia jurídica de su inspirador Savigny, que completaba sus sabias cualidades con un estilo sobrio y una erudición elegante.

En estas luchas jurídicas tuvo Savigny como antecedente al profesor de la Universidad de Gottinga, Gustavo Hugo,

que con sentido claro y recto se reveló contra los prejuicios de la época, en que los juristas limitábanse a dar a conocer aquello que les proporcionaban, sin fijarse en la verdad que contenían tales escritos, dando lugar de esta forma, a un tecnicismo falso y a sofisticas afirmaciones, como la de que anteriormente a Adriano no se conocían Constituciones imperiales, cuando las mismas Pandectas prueban lo contrario; y es que, por una parte, la petulancia era un mal general, unido al otro no menos propagado, y que en realidad vienen los dos a constituir el mismo cuerpo: es la ignorancia de la doctrina.

Gustavo Hugo nace en Leosarrch, Bade, en 1764, y muere en Gottinga en 1844. Los años en que le tocó actuar y pensar explican en cierto modo sus ideas. En su vida influyeron sobre Alemania dos grandes fuerzas: la Revolución francesa de 1789 y las conquistas de Napoleón, concluidas en 1814. Ideas extrañas a la tradición de Alemania penetraron hondamente en el espíritu alemán. La reacción nacionalista alemana se hizo sentir en todos los campos del saber. En historia hubo un movimiento; en filosofía nació la concepción del orgullo alemán y de la grandeza de Alemania. Napoleón había aplastado tranquilamente a Alemania. Los filósofos alemanes, humillados por tantas derrotas y enorgullecidos por un triunfo aparente sobre Napoleón, lanzaron la teoría de la fuerza alemana, de su superioridad sobre otros pueblos, etc. Fue la prédica de la vanidad, del orgullo de raza y de cultura. Lo extranjero comenzó a ser mirado con desdén. En esta rebelión histórica y filosófica hallábanse gérmenes de la antigua rebelión de Lutero. Los golpes contra la Iglesia de Roma se dieron, también, contra el Derecho de Roma y el Código civil de Napoleón. Había que alejar lo extranjero y levantar lo alemán. La independencia y la unidad se buscaron, pues, en lo nacional. Filósofos, historiadores y juristas se empeñaron en la exaltación de las propias tradiciones.

Hugo fue el primero en reaccionar contra el culto ciego del Derecho romano. En Francia, especialmente con el

estudio de Montesquieu, aprendió a considerar el derecho como fuerza viva y no como elemento muerto. Los fundamentos de su teoría los expuso en 1809. El derecho, a su juicio, podía compararse, en su origen y en su supervivencia, a las costumbres. Las leyes nacían y morían como las costumbres. El pueblo las hacía: unas y otras.

La ciencia del derecho alemán halló en Hugo un renovador brillante. No obstante, en contra de lo esperado, la nueva concepción desarrollada por Hugo no triunfó tan pronto como se presumía, en buena parte debido a los defectos de que éste adolecía respecto a la exposición, ya visible en la explicación de las lecciones que daba en la Universidad.

Esta árdua empresa de reconstrucción legislativa que tiene su principio en Hugo, encuentra su resultado en Savigny, que llevado de su espíritu delicado y visión exacta de los problemas, impregna la árida ciencia del Derecho de algo del estilo de Goethe, ya que cree acertado retocarla de cierto sentido literario, emprendiendo, al mismo tiempo con entusiasmo, la investigación histórica de tanta necesidad y de tan completa aceptación aun por aquellos partidarios de la Escuela Natural.

Los partidarios de la Escuela Histórica logran alcanzar tan acabados estudios formulando concepciones macizas en su contenido y bellas en su forma, que arrancan la admiración hasta de sus adversarios, consiguiendo queden grabados a manera de preceptos que se suelen legar a la posteridad para su dirección. Y así, al referirnos al conocimiento científico del Derecho y al de todo organismo, se afirma el principio de que solo es posible si se parte de su Historia, de su tradición. Es Savigny, quien moldea el sentido de la frase para mostrarnos ese pasado de hace millares de años en que está el germen de la legislación que nos rige en la actualidad, ya que nos dice con prosa de fuerte convicción, que es necesario que la semilla perezca para que se forme el fruto; pero ¿puedo acaso concebir la existencia del fruto

sin remontarme a su ser actual, a su formación y de su formación al fundamento primero de su vida? Sólo el vulgo se queda perplejo ante lo que existe sin ver ni querer ver más allá: el cómo y el por qué queda reservado a los hombres superiores.

Por este procedimiento la Escuela Histórica influyó más allá de los límites de su especialidad contribuyendo a que penetrase en todas las ramas de la ciencia la idea de la evolución, por ser la Historia el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado, pues cuando una ciencia como el Derecho descansa sobre los esfuerzos no interrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte; y, además, de las verdades comprobadas que forman como la base de este patrimonio, tenemos también las tentativas del espíritu científico, bien o mal dirigidas, pero que nos enseñan el camino a seguir con nuestros esfuerzos y el que debemos evitar, añadiendo de esta manera, a nuestros afanes el trabajo de los siglos pasados. Herencia que no se puede romper por presunción y pereza, pues con ello se rompería la continuidad del progreso científico.

Sobre todo ésto dicen unos, que cada edad produce libre y arbitrariamente su vida, su organización bien o mal en la medida de su inteligencia y de sus fuerzas, pero aun en esta manera de considerar las cuestiones tiene importancia el examen del pasado, toda vez que por él puede aprenderse qué resultados ha obtenido de su propia conducta: la Historia en tal sentido, es una creación de ejemplos políticos y morales.

Dicho examen, sin embargo, no es sino uno de tantos conocimientos auxiliares de que el genio puede muy bien prescindir, y según la otra teoría no se da en ninguna existencia humana completamente individual y separada, sino que todo lo que se puede considerar como individual ha de mirarse como miembro de un todo superior, cada período de

la historia de un pueblo como continuación y desarrollo de las edades pasadas, no creándose cada tiempo de por sí y arbitrariamente, sino que se produce en indisoluble comunidad con el pasado; tiene, por tanto, que reconocer cada época en sí algo dado ya, que es al mismo tiempo necesario y libre; necesario, en cuanto no depende del arbitrio especial del presente; libre, puesto que no es tampoco impuesto por voluntad ajena sino que nace de la esencia suprema del pueblo, como un todo que deviene y evoluciona continuamente, y la edad presente, siendo miembro de este todo, y lo que éste produce se puede decir que es producido libremente por la parte.

La Escuela Histórica admite que la materia del Derecho está dada por el pasado de la nación, no de una manera arbitraria, sino como procedimiento de la íntima esencia de la nación misma y de su Historia, y cada tiempo, deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca, esta materia nacida por obra de una necesidad interna.

CAPITULO III

LA NUEVA CONCEPCION DEL DERECHO

Ulpiano define el Derecho diciendo: "Jus, justuum"; pero no significaba para los romanos "lo justo" otra cosa que lo elaborado con arreglo a su derecho, no estando por tanto en armonía con la concepción de hoy día: "Virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo", idea que expresaba este culto pueblo por medio de los términos: "Honestum" o "aequum", es decir, lo fallado con arreglo a un principio racional. De aquí, que el Pretor inspirado en el precepto de Ulpiano, "Suum cuique tribuere", resuelve la antítesis que se le presenta entre éste y la misión oficial que tiene de aplicar el Derecho civil, armonizando su doble misión, dejando subsistente la llamada fórmula procesal con lo que sigue

siendo la encarnación del Derecho Civil, pero adaptándola al caso particular a fin de no cometer un atropello jurídico, encarnando de esta manera la razón al dar el fallo con arreglo a la equidad. Por eso Celso dijo sobre el Derecho: "Ars boni et aequi", que tiene entre otros panegiristas a Bonfante, por no amoldarse a la mera interpretación de las leyes, remontándose —por el contrario— a su espiritualidad, para sacar la norma inmanente en ellas, teniendo en cuenta los preceptos de lo bueno y de lo equitativo. Por ello, el Digesto, al hablar de las cualidades del jurisconsulto, les llama "sacerdotes", porque les asigna la misión de propagar lo bueno y lo equitativo separando lo justo de lo injusto, ya que desea hacer buenos hombres con filosofía verdadera. De aquí que Savigny al estudiar el Derecho no lo hace de manera "strictus juris", pues rechaza los ataques enemigos que le impugnan pretender sujetar el Derecho autóctono a un rigorismo exagerado del Derecho extranjero, algo así como el sujetarle a las normas rígidas del Derecho romano, saturando su derecho patrio de una indigestión que pudiéramos llamar histórico-narrativo; sino que demuestra atender fundamentalmente a la idea del conocimiento puro de la materia histórica, considerada ésta como un campo de estudio propio en el que los hechos tienen una clara relación causal; claro está, sin excluir todo aspecto narrativo y toda misión pragmática rectamente interpretada, sin olvidar el punto "objetivo" de la Historia, para evitar su degeneración en el "subjetivismo", aberración que la trueca en fuente partidista.

Por eso, partamos de la naturaleza del hombre para el cual solamente existe el Derecho. El ser humano mediante su voluntad genera los diversos organismos jurídicos. Véamos el origen del Derecho en la costumbre de un pueblo, como expresión espiritual de su libre manifestación en el seno de la sociedad a través de un proceso interno realizado a instancia de diferentes fuerzas que imprimen al Orden jurídico un carácter ordenador. Así el Derecho nace del con-

junto de individuos que integran una comunidad popular, cuando tienen relaciones intelectuales comunes, refiriéndose no tan sólo a los que viven en una época determinada, sino considerando al pueblo como una unidad en el seno de la cual se suceden las generaciones, unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir.

La tradición vela por la conservación del Derecho, que se desenvuelve en aquellos usos y costumbres a las cuales se da el nombre de Derecho consuetudinario, es decir, se crea primero por las costumbres y creencias populares y luego por la jurisprudencia; pero siempre, en virtud de una fuerza interna: la conciencia del pueblo, y no en virtud del arbitrio de ningún legislador.

No quiere decir esta expresión que en un principio se dejaran las cuestiones de Derecho al arbitrio o a la causalidad y que más tarde se consolidasen por la costumbre, es decir, que volviéndose a presentar el mismo caso en vez de buscar solución nueva se encontraría más fácil adoptar la primera; sino todo lo contrario: una serie de actos uniformes acusa un origen común, la esencia del pueblo, lo más contrario a la arbitrariedad y al acaso, mostrándose en sus actos exteriores: los usos y los hábitos.

Porque el Derecho positivo reviste un carácter peculiar en cada pueblo del mismo modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas manifestaciones están indisolublemente ligadas e integran un todo acorde con las íntimas necesidades de ese pueblo. En lo que pudiéramos llamar juventud de los pueblos, el Derecho vive igual que la lengua, en la conciencia popular.

Pero estas funciones intelectuales necesitan un organismo que asegure la estabilidad de su ejercicio; la lengua lo encuentra en el constante y no interrumpido uso que de ella se hace y el Derecho en los cánones promulgados en nuestra época por medio de la escritura, suponiendo ésta un grado de organización y cultura que no reunían las edades primi-

tivas. En éstas encontramos que los principios de Derecho toman su vigor y fuerza en ciertos actos simbólicos y a veces se encuentran absorbidos y dominados por ellos de tal manera que se atiende más a su observación que al contenido del principio jurídico.

Ahora bien, el Derecho como cualquier otra primitiva manifestación, evoluciona respondiendo a la ley de la necesidad; progresa con el pueblo y se perfecciona con él y a medida que ese pueblo evoluciona todas las varias actividades que antes formaban un conjunto se van separando y dando lugar a diversas ramas, una de las cuales es la del Derecho que toma un carácter científico y se convierte, lo que antes vivía en la conciencia popular, en materia de competencia de los juristas que en tal concepto representan al pueblo.

La existencia del derecho desde este momento se hace cada vez más artificiosa y complicada, ya que al elemento político y a la dependencia del Derecho de la vida social del pueblo, se ha añadido el elemento técnico o jurisprudencial, y el Derecho será natural (no en el sentido que le atribuye la escuela filosófica racionalista) o científico, según predomine uno u otro elemento, pero ese elemento natural, social, no desaparecerá nunca, sino que mostrará su acción en todo tiempo en distintas aplicaciones. Porque los iusnaturalistas entendían el Derecho natural como derecho verdadero y propio, contrapuesto al Derecho positivo, considerado por ellos como un derecho inferior; en Savigny y en Puchta el Derecho natural aparece como elemento del Derecho positivo, inescindible de éste. Al dualismo sucede, como todos ven, la síntesis entre lo ideal y lo real que residía en el espíritu de la concepción romántica de la realidad.

Pues considerando el espíritu que se manifiesta en los diferentes pueblos, —que no es otro que el humano—, hace se revele en el Derecho positivo constantemente el pensamiento y la acción, ya que la cooperación no es posible sino

donde existe esta comunidad, que sólo se encuentra en el seno de cada pueblo; de aquí, que sea éste el que elabore el Derecho positivo, que tiene los rasgos peculiares de cada nación y otros comunes a todos los pueblos, dándose frecuentemente en éstos los dos elementos, el general y el particular, que no difieren en nada y obran como dos fuerzas idénticas, apareciendo algunas veces opuestas el uno al otro, que se combaten y limitan mutuamente; y en medio de esta oposición se manifiesta el elemento especial o racional.

La consideración de estos dos elementos abre nuevo horizonte para la legislación, puesto que el legislador siempre debe tener en cuenta el fin general y dirigirse a él constantemente, sin poner obstáculos por esto a la energía de la vida individual.

Aprecia Savigny el Derecho positivo no sólo en su parte formal, sino en la substancial; instituciones jurídicas cuyo fondo son —a la vez— morales y sociales; y en esta última considera en las condiciones de su vida de acción, las influencias que le dan nacimiento, la alteran o la destruyen, es decir, lo que tiene de general e independiente de las circunstancias de lugar y tiempo con la traducción real e histórica que le dio la legislación romana, considerándole con el carácter de sistema, toda su parte como un organismo y sus instituciones enlazadas entre sí lo mismo que se compenetrán todas las reglas del Derecho para formar la unidad del llamado Derecho positivo nacional.

La idea de presentar el Derecho positivo como organismo responde a una necesidad como un hecho inevitable en la realidad histórica, ya que la relación del Derecho tiene naturaleza orgánica, y si lo práctico, no es rutina, sino aplicación de principios, es necesario dar por base al conocimiento del precepto legal, la filosofía del Derecho positivo; es decir, la ciencia del Derecho no debe ser simplemente conocimiento de una categoría de hechos, sino comprensión de los principios que nos suministró la abstracción.

Es importantísimo, por tanto, la unión de estos dos elementos: la teoría y la práctica. En este punto se distingue principalmente el método de los juristas romanos. Cuando tienen que considerar un caso de derecho, parten de la viva intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. De este modo, no hay para ellos una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica va siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental se advierte a un mismo tiempo un caso de aplicación, al modo como en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa, revelando además una gran maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y viceversa.

Por la teoría, los trabajos realizados para el establecimiento y exposición del sistema de Derecho, no crean un derecho nuevo, sino que ayudan a esclarecer las reglas ya existentes. No se puede, por consiguiente, considerar la teoría como fuente propiamente, pero la autoridad de que goza le da un carácter casi semejante. Y por la práctica, se conoce el estudio que tiene por objeto no sólo el contenido de los orígenes sino también sus relaciones con la realidad del Derecho, es decir, todo lo que toca a su aplicación inmediata y necesidades del tiempo, lo que se consigue en el concepto jurídico de este siglo, haciendo predominar la equidad, y esto es así, porque cuando hay pugna entre legislaciones de diversos pueblos no debe irse a un principio común que la resuelva, de igual manera cuando la obra del legislador no llena las necesidades sociales, siendo necesario apelar a los principios de las doctrinas fundamentales.

Decimos lo anterior, por cuanto la base del Derecho es ética, y armoniza el fin del Derecho con un fin general más trascendental que el señalamiento de los límites dentro de los que ha de moverse la voluntad libre del hombre en

sociedad, porque hay que considerar el precepto legal no sólo como norma reguladora de las acciones humanas a fin de enunciar los intereses de cada uno, sino armonizándose con todas las demás en el seno de cada institución que, a su vez, forman parte del Derecho positivo, inspirado en un principio superior en que impera e influye el concepto de Bien: aspiración suprema de todo ser racional y del que el Derecho es uno de los aspectos y elementos de realización; y Savigny le presenta con el carácter de cristiano.

Por ello, dice, que el derecho positivo es la idea cristiana del derecho que cada pueblo realiza históricamente, si bien el sistema de derecho privado de Savigny se desarrolla absolutamente al margen de toda preocupación ética. Las referencias a una concepción ético-religiosa de la vida y de la humanidad no tienen con el derecho privado más que una relación indirecta, y responden a la conciencia filosófica del autor. Esto no desconoce la acción moderadora de la ética cristiana en el dominio del derecho privado contra las intemperancias del egoísmo, pero nunca pensó fundarlo sobre postulados morales. La superioridad de Savigny sobre los partidarios del racionalismo jurídico consiste no tanto en haber dado una nueva noción del derecho y de las relaciones privadas, cuanto de haberlos fijado en su concreción histórica y real, de haberlos entendido distintos y, al mismo tiempo, conexos con los otros aspectos de la vida social.

En vano se buscará, pues, en Savigny un orden ético objetivo superior a las relaciones privadas de donde éstas derivan la norma: la relación jurídica se origina en relaciones reales de la vida y la norma que la regula es la expresión de un orden natural que se revela en la conciencia colectiva. Por eso no se excluye que el derecho privado tenga en cuenta elementos éticos, pero no como tales sino en cuanto el elemento ético entra en la naturaleza de la relación que el derecho regula para sus fines, que no son los de la moral. El sentido jurídico triunfó en Savigny

sobre la tendencia del historicismo espiritualista —al que se inclinaba— a subordinar el derecho privado a un orden ético objetivo: prefirió dejar sin solución el dualismo entre su conciencia jurídica y su conciencia filosófica y moral. Por consiguiente, entiende el derecho no tanto como una fuerza ética cuanto como una fuerza social.

El derecho es un producto histórico de la vida común humana cuyo nacimiento y modificación no es sino una parte del proceso general de la cultura y su estado actual se condiciona y determina por la acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social. Esto lo expresa Savigny diciendo que el Derecho en realidad no existe de por sí, sino que es más bien la vida misma del hombre mirada desde el punto de vista especial.

Y como consecuencia de lo dicho deducimos, que el procedimiento puramente histórico parte de lo existente y examinando todas sus variaciones encuentra su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo; es decir, toma el dato positivo que aparece como algo material y sin vida y lo transforma contemplándole espiritualmente como fuerza viva y actividad del pueblo, establece pues que cada uno y en especial su Derecho, tiene en su vida individualidad no accidental sino esencial y necesaria fundada en todo su pasado, y por tanto, no se puede implantar un Derecho común para todos los pueblos, como tampoco se puede pretender suplir todas las lenguas vivas existentes, con una lengua universal; no desconociendo, sin embargo, que junto a lo individual y vario se encuentran direcciones universales humanas y uniformes, que podemos designar como el elemento filosófico de todo Derecho positivo.

Luego tengamos siempre presente que la costumbre —como decía Puchta— es el espejo donde el pueblo se reconoce, ya que el Derecho nace por el "consensus tacitus populi", no por elaboración artificial; aunque debido al

progreso de la vida se deduce que para la formulación de normas de Derecho se necesita un pueblo culto que vaya en relación acorde con esa evolución; por ello son admisibles los dos tipos que de Derecho consuetudinario nos presenta Beseler: de un lado la espontánea y pura manifestación del pueblo generando el producto sin elaborar, sin formas ni contornos, por la que es quizá impreciso; y, de otra parte, la revelada por los jurisconsultos, pero no de una manera artificiosa, sino creada sobre esa convicción popular; es el producto bruto ya acomodado a la necesidad de la vida por tener que el legislador es un órgano de la conciencia jurídica del pueblo, cuidando de no tomar como convicción común hechos individuales y accidentales.

El Derecho, por consiguiente, no es obra de la voluntad arbitraria del legislador como pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo, y la tarea del jurista, no es crear el Derecho, inventarlo, sino más bien depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos. Así, en la doctrina de Savigny, tanto el jurista como el legislador no son un órgano pasivo sino consciente de la conciencia jurídica colectiva. A través de la conciencia reflexiva del jurista, tanto la materia como la forma del derecho adquieren nuevas características y son susceptibles de los más fecundos resultados. El jurista debe ponerse en grado de dominar la materia jurídica, esto es, de apreciar los hechos en la medida en que expresan necesidades reales, tendencias constantes de la conciencia popular. Y debe saber librarse de los hechos para descubrir sus nexos causales, para hallar el principio que los regula y los ilumina, para reducirlos a unidad orgánica.

Savigny pues, afirma la importancia de la costumbre como fuente del Derecho y la necesidad de estudiar la Historia íntima de los pueblos para comprender cómo elaboran su Derecho particular y nacional. De este modo, mientras los Códigos traducían en normas el estado de las mentes y

de los ánimos adversos a la costumbre, en Alemania se preparaba con el romanticismo su exaltación y su preeminencia en las relaciones con la ley. En efecto, el romanticismo, rehabilitaba lo irracional, lo individual concreto, las manifestaciones colectivas: restauraba contra el imperio de la razón la autoridad del sentimiento, de las actividades espontáneas, inmediatas, del espíritu, originando la fe en el alma popular, de donde la costumbre tanto en el orden ético cuanto en el orden jurídico constituye las más características creaciones.

La doctrina de las fuentes del derecho vino a confundirse así con el problema mismo del origen y de la naturaleza del derecho, a reflejar en la forma más categórica las tendencias y las finalidades de la nueva dirección histórica. No sólo la costumbre se eleva a dignidad de fuente autónoma del derecho, sino que aparece para los representantes del historicismo como la única, la verdadera fuente del derecho de la que todas las demás extraen vida y significado. Al culto por la ley y por la razón escrita sucede la idolatría por la costumbre, expresión viva de la conciencia jurídica popular.

Ahora bien, las fuentes del Derecho necesitan para pasar a formar parte de la vida real, la asimilación por parte del ciudadano o del legislador no teniendo la ley más importancia que aquella que le da su propia función, en su traducción del Derecho popular, interpretando las necesidades y costumbres del país, la forma de la ley está determinada por la naturaleza misma del poder de quien ella emana y por la autoridad absoluta de que está revestida, puesto que en ella se revela la voluntad legislativa, pero el contenido es suministrado por la experiencia empírica.

En cuanto a la legislación, considera Savigny que no se debe estimar como verdadera fuente del Derecho, aunque ciertas leyes lleguen a modificarlo por requerirlo así fines políticos (v. gr., la lex Julia y Pax Papia Popena, en Derecho

romano). También la ley interviene cuando en el Derecho legislado existen principios dudosos, desvaneciendo tales dudas y poniendo en evidencia el Derecho real que es la verdadera voluntad del pueblo manteniéndole puro; pero, como ya se dice, no puede ser fuente única.

En primer lugar, ¿cuál es el contenido del Derecho legislado? Algunos sostienen que el Derecho racional, pero este Derecho siempre obra sobre el existente, aportando aquellas mejoras y modificaciones que por motivos políticos se creen necesarias y aquellas leyes nuevas que complementan el Derecho vigente, sin que tengan el carácter de un Derecho nuevo porque lo que es nuevo en un país es antiguo en otro, por lo que la legislación es ampliación del Derecho ya vigente entre razas afines.

Dice Bacón, que en la ley hay que tener siempre en cuenta las fuentes del Derecho que estuviesen vigentes.

Ahora bien, si consideramos la ley como única fuente del Derecho es menester que en ella estén comprendidas las soluciones para todos los casos que puedan presentarse, lo cual exigiría conocer por experiencia la totalidad de los supuestos para resolverlos en el lugar correspondiente de la ley, cosa evidentemente imposible dada la enorme variedad del Derecho. Claro es, que en el Derecho existen lo que pudiéramos llamar teorías fundamentales de las cuales se derivan todos los demás principios y teoremas jurídicos por la relación y afinidad. Precisamente, el reconocimiento de la existencia de estas reglas normativas comunes en un plano extraño y superior a la ley, supone recurrir a la verdadera fuente del Derecho, que se conoce con diferentes nombres: Derecho natural, jurisprudencia o analogía del Derecho, aun cuando, en definitiva, no es más que el Derecho de origen popular antes dicho.

Otro fin de la ley como única fuente del Derecho es la de que las fórmulas de las leyes, su exposición, expresen perfectamente el sentido que haya querido dársele para evitar malas interpretaciones.

Por otra parte, la Historia humana, concebida según los principios de la Escuela Histórica, no puede considerarse como la fórmula exacta en la Historia real y positiva. En efecto, lo que se llama Derecho, no se ha formado solo orgánicamente y en pacífica evolución, sino que la humanidad lo ha impuesto, en abundantes ocasiones, mediante lucha.

Savigny rechaza la impugnación que se le hace de asignar al legislador un papel secundario y condenar a la legislación como inútil. La intervención de la legislación tiene importancia para la determinación precisa de aquellos principios dudosos que pueden dar lugar a interpretaciones varias.

Cuando el cambio de costumbre, opiniones y necesidades exigen una reforma del Derecho y ésta se hace lentamente hay una época de transición en la que el Derecho es incierto: la ley está llamada a hacer cesar esta incertidumbre. Por otra parte, cuando en las instituciones del Derecho un principio nuevo contradice uno antiguo no puesto en duda, la legislación interviene como una acción personal y reflexiva obviando todas las dificultades con condiciones que pongan a todos de acuerdo. Y, por último, cuando existen circunstancias que se oponen a que el Derecho nazca de la conciencia del pueblo interviene también la legislación realizando este trabajo. Como se ve tiene importancia la legislación, pero nunca debe creerse que constituya la fuente del Derecho y que el Derecho popular sirva únicamente para llenar las lagunas accidentales de la legislación.

En vista de lo anterior, se plantea el problema a resolver de la conveniencia o no de codificar, cuestión que fue muy discutida, principalmente entre dos grandes escuelas.

La filósofa de Thibaut, proponía para la formación del Derecho, un Código común, de reglas fijas, fórmulas universales, lo que decía no encontrar en el Derecho romano,

que consideraba antiguo, erudito, y, por tanto, no adaptado a las necesidades del pueblo. De esta manera se aspiraba a un derecho cierto, uniforme, unitario, emanación de la razón iluminada por el legislador, y, por otro lado, era tendencia a resolver el derecho privado en un sistema de relaciones lógicas, abstractas, inter-individuales. Los códigos prusiano, francés y austriaco fueron la realización gradual de los tiempos. Este movimiento codificador, aparte de las razones prácticas que lo abonaban, de las razones políticas que lo aconsejaban como medio para consolidar la unidad familiar, del ejemplo de los códigos prusiano y francés, había toda una tradición de pensamiento desde Leibniz a Wolff, y a Kant, en favor de la unificación del derecho privado en Alemania. Thibaut se hace intérprete de esta tradición y de estas aspiraciones y proyecta un código único de consenso universal. Es cierto que, a pesar de la exigencia del método y de la investigación histórica proclamada por Thibaut, a pesar de la defensa hecha por él del derecho germano y la áspera crítica del derecho romano, a pesar de su abierta profesión de fe nacionalista, Thibaut concebía la codificación alemana con los criterios del racionalismo jurídico que había hecho del derecho romano una especie de "ratio scripta" y que era íntimamente hostil al nacionalismo jurídico particularmente alemán.

En contra de esta posición se pronuncia Savigny en su "Vocación de nuestro siglo para la legislación", quien, como Thibaut, advierte la necesidad de unificar el Derecho; sin embargo, no cree oportuno para lograrlo la formación de un Código, ya que decía, éste no puede hacerse a capricho del legislador, como expresión formal y sistemática del Derecho positivo, en un momento dado y como se quiera, sino producirse cuando las condiciones y circunstancias de la cultura jurídica lo permiten, a mejor, lo imponen. Así surge frente a la Escuela filosófica de Thibaut, la Escuela histórica de Savigny, que inspirándose en las fuentes eternas del Derecho romano proclaman el carácter esencialmente

popular, nacional, humano, en suma, del Derecho. Para esta Escuela, la Escuela filosófica es ajena a todo sentimiento y amor por todo aquello que es característico y grande en los demás siglos, por cuanto desconoce lo que de provechoso produce la Historia para el conocimiento de las instituciones y de los pueblos, fijando exageradamente la atención en la época actual en la cual se cree posible la realización de una perfección absoluta, movimiento que no dejó de influir en el Derecho civil, para el que se solicitaban nuevos Códigos, dechados de perfecciones técnicas que garantizasen una mecánica exactitud en la administración de justicia, de modo que el magistrado, dispensado de todo juicio propio, debía limitarse a una simple aplicación de la ley.

Estos Códigos debían estar completamente libres de toda influencia histórica y adaptarse a todos los pueblos y tiempos.

En relación con estas teorías está una opinión más antigua sobre el origen del Derecho positivo: el Derecho en su estado normal no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado, de tal manera que el contenido de la legislación misma, al igual que el de la esencia del Derecho, es completamente accidental y variable, siendo perfectamente posible que el Derecho de hoy sea completamente distinto del de ayer.

Ambas teorías —la filosófica y la histórica— tienen en común, el convencimiento de que hay un práctico Derecho natural o racional, especie de legislación ideal, ciencia para todos los tiempos y para todos los casos, lo cual es preciso descubrir a fin de perfeccionar definitivamente el Derecho positivo. Sin embargo, la unidad del derecho, su nacionalidad, estaba mejor garantizada por las nuevas corrientes románticas en que se inspira Savigny que por las abstracciones jurídicas y el cosmopolitismo revolucionario

francés que propiciara Thibaut. Más tarde Alemania llegaría a su codificación, la que cerró el período de consolidación política de la nación germana y resumió la obra de elaboración teórica de los Pandectistas. Con todo, en la época de Savigny la codificación era prematura en Alemania, o bien inoportuna; y fue un sabio consejo el haberla impedido.

CAPITULO IV

EL DERECHO ROMANO Y LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

Roma, que lleva en su ser la magia de su dominio y en su etimología la clave de su poder, que son símbolo de sus eternos destinos universales, nos aparece en lontananza, como cabeza del mundo, con un Derecho primitivo, rígido y formalista, que, por una parte, culmina en el "Fas" o mito religioso, enlazando esta fuerza supersticiosa de carácter divino, que integra un sistema de preceptos jurídico-religiosos para regular las relaciones sociales, con las tradiciones de los antepasados o las "Mores majorum" por otra, que es un Derecho consuetudinario, en que palpita la espiritualidad de un pueblo rudo que se siente ligado a sus antepasados por lazos de obediencia inviolable. Este pueblo, sin embargo, con un sentido práctico de la vida, asimila lo provechoso de los demás que le rinden tributo, emprendiendo una evolución jurídica paulatina que culmina en la transformación del "quiris" en "cives". Es decir, en este pueblo semi-pastor y semi-agricultor, organizado en Estado gentilicio, la personalidad individual queda integrada en el organismo político de la "gens", constituida por un conjunto de familias. Por ello, al surgir el "cives", el individuo pasa a ser ciudadano del Estado, convirtiéndose Roma en la gran "civitas", a medida que ensancha sus confines por la inmigración de gentes pertenecientes a pueblos extraños, ampliando así las bases de su Derecho, aunque persista como Derecho de la ciudad hasta fines de la República.

El "jus civile" era el Derecho de los ciudadanos de la "civitas". Como se manejaban arbitrariamente las normas en perjuicio de la plebe, se consideró la precisión de plasmarle en un cuerpo de leyes a cuyo fin se organizó una comisión compuesta sólo por patricios que parece marchó a Grecia a estudiar su Derecho, promulgando a su vuelta diez Tablas, siendo añadidas posteriormente las dos restantes, por nueva comisión en la que ya entraron a formar parte plebeyos, en circunstancias un tanto anormales. Estas tablas se confeccionaron en bronce exponiéndose en el Foro, y siendo también recitadas en las escuelas. Sufrieron bastantes modificaciones en el transcurso de los tiempos, conociéndolas nosotros por pasajes de Cicerón. Son las XII Tablas el Derecho elaborado por la jurisprudencia de los Pontífices, suponiendo a pesar de la rigidez de sus normas, un grado progresista de civilización jurídica, pudiendo calificarlas como el Derecho civil propio de labriegos.

Este sentido estricto del Derecho romano fue necesario adaptarlo a las nuevas exigencias del avance social de aquella civilización. Mas como el espíritu romano era refractario a todo lo que significase reforma de su legislación vigente se logró superar esta discordancia entre la realidad jurídica y la vida social mediante la aplicación de la institución de la "interpretatio", creada por los Pontífices.

También se creó la pretura del extranjero, que se denominó "pretor peregrinus", para atender a las relaciones con éstos, sirviendo este nuevo Derecho de supletorio al civil, en un principio, aunque debido a que sus normas se nutrían de las que regían con los demás pueblos, y de que reunían todos los caracteres precisos, por ser también escritas y tener un cuerpo de jurisperitos que le prestaban apoyo en su elaboración, llegó un momento en que se sobrepuso a él, teniendo lugar la antinomia entre estos dos derechos, que sólo logró acabar en tiempos de Justiniano.

La importancia de las relaciones comerciales llevan a Roma a concertar varios pactos de este tipo, entre otros

pueblos con Cartago, que influyen en su Derecho, como también sucede con el "jus honorarium" del pretor, que en silencio y paulatinamente va incubando en él la formación de otro Derecho que había de nacer, para cumplir la misión de ser el Derecho universal de la época del Imperio; pues si el Derecho pretorio no era patrimonio del cives, sino de la Humanidad (jus gentium) así, bajo él, podía ella ampararse.

En este tiempo florece la jurisprudencia clásica, porque una vez que Roma en la evolución progresiva de su historia logró cimentarse sólidamente bajo la clara y técnica dirección del llamado Augusto, vemos como emprende su labor científica cultivando todas las ramas del saber, vertiendo su cultura en los demás pueblos que se acogían a su seno como el hijo lo hace al regazo de la madre. Por entonces surgen dos tendencias jurídicas opuestas, la una racionalista e histórica la otra, conocidas bajo las denominaciones de Proculiana y Sabiniana, cuyos representantes eran, respectivamente, Labeón y Capitón.

La primera escuela de las citadas acusa un ideal republicano basado en un sistema innovador que encuentra su precedente en la filosofía peripatética, cuyo procedimiento racionalista establece en el proceso la necesidad de ajustarse a la letra de la ley, dando lugar por esta causa a que algunos autores la atribuyan el tener a su cargo la defensa y difusión del "jus civile". No obstante, se aparta de éste cuando de acuerdo con el raciocinio de su doctrina, sostenía que en el caso de la "Especificación" el artífice era el dueño, argumentando que la nueva especie no era el mismo objeto ya que la forma esencial le hizo ser otro.

En contraposición con esta concepción rígida, formalista y filosófica cuyo sentido podemos resumir en la práctica racionalista, se nos presenta la escuela jurídica Sabiniana que se ocupa del Derecho en su evolución histórica, y toma como base de partida en su ardua empresa, el estoicismo,

con su principio "sufre y abstente". Su método de investigación se dirige, principalmente, al conocimiento del contenido de la norma, que luego considera en su desarrollo a través de la Historia, siendo estimada esta doctrina por la utilización de este método como la que sirvió por aquella época de salvaguardia al "jus gentium". Parece ser que existió una persistente rivalidad entre estas dos escuelas de juristas, aunque haya quienes pretenden atribuirles una mera profesión docente.

Veamos pues, como Roma por su floración de Derechos, escuelas y jurisconsultos atraviesa por una "edad de oro" que la sitúa en el pedestal de la soberanía, por su sabiduría y dominio. En este sentido, constituye un paso afirmativo hacia el progreso civilizador del pueblo romano, el Decreto de Caracalla del año 212, el cual extiende la condición de ciudadanos a todos los súbditos del Imperio. De esta manera se amplía el ámbito del derecho de gentes, establecido sobre postulados de equidad, que convirtió el derecho romano en universal y común, al sobreponerse a sus características nacionales, y llegar a coincidir en sus principios fundamentales con el derecho privado de otras naciones, principalmente con el griego, que en esta época ejercía acción más notoria sobre los pueblos del Mediterráneo alcanzando el "jus gentium" de este modo, desempeñar el papel capital de Derecho internacional de los tiempos. Así, Roma, con pleno espíritu político, de actividad y de vida, se renovaba incesantemente en los diferentes aspectos sociales de tal manera que lo nuevo no fuese más que una continua explicación de lo antiguo logrando una justa proporcionalidad entre el elemento estable y progresivo ya que un pasado que no es revivido por su futuro, es como un espíritu inanimado.

Pues bien; sabemos que la legislación civil de Roma fue la más perfecta y completa y de un conjunto más sistemático, por lo que fue admitida sin dificultad por los pueblos sometidos a su yugo, conservándose a través de la

Historia de manera estable y progresiva, con su tipo primitivo modificado y con la influencia de nuevos elementos transformadores de la civilización romana.

Nos hemos referido a importantes transformaciones en la ciencia jurídica, a las virtudes de Roma y al gran acierto del Emperador Caracalla, al hacer el Derecho romano admisible a todos; pero tampoco hay que omitir ese reinado de Adriano en que tuvo lugar la fijación del Derecho Pretorio, que ya no era la expresión de voluntad del magistrado, sino del Emperador, que establece las normas con carácter perpetuo, compilando los postulados del peregrinus y urbanus, con un apéndice relativo a los ediles curules, cuyo Edicto recibe el nombre de Adriano o Salvio Juliano, ya que fue este conocidísimo jurisconsulto, el que lo promulgó siendo confirmado posteriormente por un senadoconsulto, afirmando su persistencia de una manera empírica, por haber perdido toda su vitalidad al ser definitivamente controlado por el emperador. Por consiguiente, se considera al siglo II, como el momento de verdadero apogeo para la jurisprudencia, que ve coronado sus triunfos con Salvio Juliano (al que ya hemos citado con motivo del "Edicto perpetuum"), quien llegando a las más altas esferas del poder es continuador de la Escuela Sabiniana, que cuenta también entre otros partidarios a Gayo, unificando a los juristas en su Alta Escuela.

El protegido de Séptimo Severo, Papiniano, quien tiene en sus venas la estirpe oriental, hermana la elegancia helénica con la agudeza romana y lleva a la perfección su método casuístico. Posteriormente, con Ulpiano y Paulo, se perpetúa la labor de estos grandes juristas clásicos, iniciándose para la jurisprudencia, en esta época, su declive, pues a fines del siglo III se dejó de otorgar el "jus respondendi", que fue concedido por el Emperador Tiberio y, mediante el cual, eminentes jurisconsultos fueron investidos para emitir dictámenes obligatorios para los tribunales de justicia. También entre los juristas dignos de no ser omitidos, encontramos

a Modestino, oriundo del Oriente, que vive en el momento en que la rica fuente jurisprudencial se nutre de la riqueza acumulada en el pasado, transmitida a través de los siglos como la semilla germinadora del "jus gentium", el cual cristaliza en normas definidas como expresión del valor de la "buena fe", adornándose con la aureola de la belleza el sentido jurídico de la vida social.

La forma genuina que adopta en estos tiempos la legislación, es el senadoconsulto, que viene a recoger la herencia de los comicios. En la época imperial adquiere el carácter de poder legislativo; pues era presidido por el príncipe que así le placía, que presentaba la "oratio". Desde tiempos de Adriano ya es una imposición, quedando reducido el voto de los magistrados a pura fórmula por lo que muchas veces en vez de citar el senadoconsulto, los juristas se remiten a la "oratio" imperial o propuesta que le precedió. Así el Derecho vigente se halla contenido en los Senadoconsultos y en las Constituciones imperiales, que ejercen su función legislativa principalmente mediante los rescriptos que se anulan en la época de Diocleciano. Este emperador realiza una verdadera jerarquización del poder, a base de monopolizar la vida jurídica, lo cual consigue mediante Constituciones que permiten al "jus gentium" modelar el Derecho civil, cuyo fundamento continúa siendo las XII Tablas, como base legislativa de todo el Derecho.

Más tarde el Derecho romano se despoja de los elementos propios de la antigua civilización y da entrada en sus instituciones al elemento cristiano que es adoptado con facilidad en todos los pueblos que incorpora a su imperio sin necesidad de tener que renunciar por ello a su idiosincrasia, puesto que junto a este Derecho romano subsisten otras instituciones de diferente procedencia, ya como tales o influyendo en otras, que forman, en unión de las anteriores, el Derecho propio nacional de cada pueblo, conforme a sus ideas, sentimientos y costumbres.

Y prevalece el Derecho romano, porque en él se dan con mayor pureza los cánones del Derecho, de tal manera que se puede considerar como la expresión de los sentimientos que Dios ha puesto en el corazón de los hombres.

Durante el Bajo Imperio, se nos presenta junto al "jus vetus", que refleja el sentido de las XII Tablas, un Derecho nuevo —el "jus novum"—, elaborado por las Constituciones imperiales en su segundo período, que preside y completa con éstas la evolutiva vida jurídica del Derecho romano hasta entonces, siendo su órgano capital, los edictos, limitándose los emperadores a confirmar las opiniones de los grandes jurisconsultos de la época clásica, como ocurre en la llamada Ley de Citas de Valentiniano III, dada la penuria porque atravesaba la ciencia jurídica que no acertaban ni siquiera a interpretar los doctos en la materia. Y así llegamos al reinado de Justiniano, en el que se encuentra vigente toda esta legislación que ha sido objeto de la publicación de Códigos privados, en que figuran las "leyes generales" promulgadas por Constantino, y, poco después, el Código Theodosiano, con fuerza de ley y sus Novelas posteriores.

A través de la evolución histórica, vemos como ya Ofilio y Juliano pretendieron confeccionar un cuerpo de Derecho, sin conseguir reunir más que el material que integraba el Edicto de los Pretores. Sin embargo, esta importante labor codificadora, habría de cumplirse en la última fase del Derecho romano cuando entra en contacto con la civilización griega, la cual consigue influenciarlo hasta el punto de que algunos autores han hablado de un Derecho romano helenizado. En este momento es cuando el Oriente, pueblo más bien artístico que práctico, emprende en la persona de su emperador Justiniano las tareas de la Codificación.

Justiniano decide codificar, pues, desde las XII Tablas, los romanos no habían vuelto a intentar esta árdua tarea

con carácter oficial. Ya nos hemos referido a las codificaciones privadas. En la codificación justiniana se recogen las valiosas aportaciones de la jurisprudencia clásica. El Emperador encuentra en Triboniano un inteligente colaborador. Su alma artística y su criterio armonizador le permiten realizar exitosamente tan grandiosa empresa que servirá para perpetuar un Derecho que parece emanar de los preceptos divinos, si bien la influencia del pensamiento oriental habrá de legarnos un Derecho romano desnaturalizado por las "Interpolaciones".

Por ello es preciso que juzguemos la obra de Justiniano, lejos de encasillarnos entre los que le acusan de bárbaro o le encomian como insuperable. A nuestro criterio su obra fue magnífica pero incompleta. Nos ha hecho llegar un Derecho romano transformado de su primitivo ser substancial. Fácilmente aquellos ilustres jurisconsultos se quedaron entre sus manos las vestiduras de algunas instituciones valiosas, obras de Papinianos y Gayos, que con entendimiento genial supieron transmitir a sus escritos lo que elaboraban con suma inspiración sus mentes.

Desde el "Corpus juris", los jurisconsultos meramente se limitan —por orden prohibitiva de la Constitución "Tanta" de Justiniano—, a traducir del latín al griego las compilaciones, haciendo extractos, por cuanto que la decadencia del Imperio Bizantino no requería otra cosa. No obstante, a pesar de la orden restrictiva de Justiniano, pretendiendo no se hiciesen comentarios y críticas a su legislación, las nuevas exigencias de la realidad social la hicieron franqueable por necesidad.

Y como el Derecho romano influyó en la civilización de los pueblos europeos, se comprende que a la caída del Imperio de Occidente se salvase aún y subsistiese de tal manera que durante siglos se ha podido llamar Derecho común de Europa, conservándose su tecnicismo en el lenguaje y el sistema de las instituciones, a pesar de que éstas en lo

sucesivo se configuran de acuerdo a las exigencias de los nuevos Derechos nacionales y por la influencia del espíritu de la Iglesia; sin embargo, se continúa proclamando la superioridad científica del Derecho romano por jurisconsultos de todas las épocas y lugares: así Troplong, lo enaltece llamando a Italia: Patria ilustre del Derecho civil.

De esta manera el Derecho romano, permanece incólume a la erosión de las más distintas circunstancias históricas; y así en Italia, por el principio de la personalidad del Derecho, los romanos le siguen aplicando; y la Iglesia, lo considera como supletorio del suyo. Asimila del Derecho germano, que surge con la invasión de los bárbaros, aquello que le conviene para su revitalización. Sobrevive en Italia con el mismo espíritu que tuviera en el "Corpus juris", estudiándose en algunas escuelas como Pavía, juntamente con el Derecho longobardo. Su estudio facilita la existencia de una literatura jurídica compuesta de producciones y obras de este Derecho, que en la versión de los tiempos van nutriendo sus raíces hasta aflorar de nuevo en el próximo amanecer boloñés.

El genio plástico de los longobardos crea la Escuela del Derecho que lleva su nombre, confecciona un Código, que adornan con glosas y fórmulas procesales; pero, en resumen, aunque aparentemente triunfa la jurisprudencia longobarda sobre la romana, en realidad lo que realiza aquella, es alentar al Derecho de todos los tiempos, dándole impulsos, que es vida para su renacer.

Aparecen las diferentes escuelas que beben en su fuente: los glosadores, que nacen con Irnerio en la Universidad de Bolonia, por la donación que a los pisanos verifica el emperador entregándoles un manuscrito de las Pandectas. El Derecho romano para los jurisconsultos de esta escuela es algo como la Biblia: escrito que contiene verdades eternas.

Los postglosadores, van a la fuente de las glosas, sin remontarse a los textos originales, considerando al Derecho romano, como "ratio scripta"; van al de los conceptos —sin esclavizar la vida a éstos—, llevándole a la práctica del momento y preparando la recepción del Derecho romano en Alemania.

Tanto los glosadores como los postglosadores, abandonan toda perspectiva histórica y filológica. Estos últimos crean conceptos abstractos y teorías generales con los métodos de la Filosofía escolástica. Relegan el Derecho popular, que es el elaborado por las multitudes ignorantes e inductas en materia jurídica. Su obra significa un enorme progreso hacia la Filosofía del Derecho. Antes, los glosadores con su concepción ideal, supieron extraer del Derecho romano la pureza en él inmanente, haciéndole asequible a todos los pueblos, por medio de una doctrina abstracta que les apartó de la realidad, lo cual les impidió buscar la forma de llegar al establecimiento de la unidad legislativa italiana, para lo cual hubiesen procurado limar las diferencias que separaban las instituciones de estos diferentes estados, aun cuando les hubiese sido fácil llegar a ver cumplidos sus deseos de proporcionar a Italia su propio Derecho común.

Los glosadores fueron objeto de veneración excesiva por parte de los postglosadores, quienes consideraron a la "Glosa Magna" de Accursio como imprescindible para sus estudios, quizá un tanto exageradamente, aunque en verdad resultase en aquel tiempo, hasta cierto punto contra-productiva, elevarse directamente a las fuentes por las dificultades que para ello había; si bien su estudio indirecto trae consigo vicios innumerables con un abuso de la autoridad, que al limitar la libre expresión corta de raíz toda acción inspirada. Es por lo que podemos calificar el siglo XVI de evolución progresiva, por venir a desterrar de los pueblos esta política absolutista.

De donde que si digna de elogio fue Bolonia, por ser la cuna de la recepción del estudio del Derecho romano, durante la Edad Media, no menos se lo merece en este siglo del Renacimiento la hermosa Florencia, en cuyo seno se fecunda y da vida a este renacer de la Historia, que supone la ruptura con el movimiento exegético de los glosadores orientándose los estudios jurídicos hacia una etapa creadora que encuentra la génesis en los humanistas, dedicados a los afanes históricos y filológicos con la innovación de la crítica, que bien encauzada siempre impide extravíos que pudieran apartar al investigador del nervio de la ciencia jurídica.

Vanguardistas de esta transformación experimentada en el seno de la ciencia jurídica, les corresponde el honor de ser a Petrarca y Boccacio, que se revelan contra el sentido exclusivamente práctico de los que ignoraban el origen del Derecho y de la Ley. Después en Alciato y Zassius, los que podemos llamar los primeros jefes de la escuela, tomó cuerpo el movimiento reformista de la Jurisprudencia, a pesar de su incipiente preparación que les aferra durante una temporada a los añejos métodos, aun cuando posteriormente se superan y entonces se reviste de esplendor la concepción renacentista en tiempos del más esclarecido representante de la acción modificadora: Cujas.

Se trata del estudio del Derecho a través de la Historia a fin de ocuparse del Derecho romano con toda clase de investigaciones originales que no reduzcan su radio de acción tan solo a Justiniano, como creen los glosadores, sino extendiéndolas a los jurisconsultos clásicos con el propósito de que afloren a la luz sus pensamientos íntimos.

La decadencia de este resurgimiento, se inicia a partir del siglo XVII, al faltar los verdaderos jurisconsultos capaces de realizar el examen crítico necesario para el éxito de investigaciones bien encaminadas. Unicamente en Holanda persistió en su apogeo el estudio del Derecho, gracias a

las aportaciones que reciben de Francia cuando ésta entra en su etapa decadente.

En los siglos XVII y XVIII, la Escuela Histórico Crítica, se ve dominada por los partidarios de la tendencia práctica, apartándose así de las investigaciones teóricas e históricas, para venir a ser casi unos meros continuadores de la obra de los postglosadores. Después la Escuela del Derecho natural, desde un ángulo opuesto basándose en principios filosóficos, expresa la razón subjetiva de un modo exagerado y su desprecio hacia los hechos sociales y todo lo que significase tradición, admitiendo un Derecho válido para todo lugar y tiempo cuyo descubrimiento es obra de la razón y su realización tiene lugar mediante la ley. No obstante, se considera que este movimiento iusnaturalista tiende a la intromisión de un Derecho extraño que se opone y destruye la nacionalidad e impide alcanzar al Derecho indígena su perfección científica y original, cuando el desenvolvimiento nacional de un pueblo moderno tiene que estar abierto a su transformación gradual autóctona, de la misma manera que su religión no es un producto espontáneo de sus peculiares condiciones, sino fruto de una tradición sólidamente sedimentada a través del tiempo en las conciencias individuales. El Derecho natural, en cambio, aspira a consagrar un principio universal válido para todo Derecho mediante un conocimiento racional que lo hace eficaz, por lo tanto, para todo lugar y tiempo, realizándose mediante la ley.

La libertad y la ley son, conforme a la posición iusnaturalista, los dos principios jurídicos fundamentales de su concepción.

Pero la libertad, no es el Derecho —declara la Escuela histórica negando toda posibilidad en tal sentido—, sino su condición esencialísima, desde el momento que el Derecho subjetivamente es poder moral para un fin racional, lo cual conlleva una restricción de la libertad. Y la ley tampoco

es el Derecho. En su alto sentido objetivo, éste es el organismo integrado por relaciones jurídicas o conjunto de normas a que se halla sometido el hombre en sus relaciones.

Adoptemos pues el Derecho positivo a las exigencias de la sociedad natural, de tal manera que se identifique con los elementos constitutivos de la personalidad histórica de la nación a que se aplica, pues mientras un pueblo conserva su autonomía tendrá un Derecho privado cuyo desenvolvimiento dependerá del progreso de su civilización, sin que esto signifique ruptura con su espíritu de continuidad y el común a todos los pueblos. Es así que las instituciones del Derecho privado existen en todos los pueblos con diferentes sentido y forma según su analogía, pero siempre poseen su elemento propio o indígena, formado por los que integran la civilización de ese pueblo y que no destruyen totalmente las alteraciones que sufra ese Derecho a través de la historia y en sus relaciones con el de los demás países.

Por eso, para conocer bien el Derecho actual, es imprescindible beber con conocimiento de causa en las fuentes del Derecho romano. Es inexacto el afirmar, que únicamente deben dedicarse a su estudio en los países donde está en vigor creyendo que en aquellas otras naciones regidas por Códigos modernos, el ocuparse de él, es tiempo que se quita a materia de más vivo interés, puesto que este estado del Derecho moderno es más próspero. De ser esto así no merecería la pena ocuparse del Derecho romano, aun en aquellos estados en que se rigen por él, desde el punto, que le sería más útil al legislador acomodarse a uno de estos Derechos modernos o crear él uno nuevo.

No desconocemos el espíritu de nuestro siglo, y por lo tanto, no pretendemos la tiranía del Derecho romano aferrándose al pasado con detrimento del Derecho germánico y de las instituciones nuevas; estudiamos el Derecho en su evolución histórica, considerando la importancia e independencia de cada siglo, aclarando el lazo vivo que

une al presente con el pasado única manera de conseguir captar la esencia del mismo, ya que no creemos conveniente conformarnos solamente con las manifestaciones exteriores del Derecho.

Y fueron las extravagancias de la escuela natural las que causaron la reacción a favor de la Escuela Histórica.

Así tenemos que contra esta teoría racionalista que nos acaba de presentar la Escuela Natural, que rompe con el Derecho romano, surge la escuela Histórica del Derecho, que trae a la cabeza a Savigny, en que se reúne el ímpetu de la juventud deseosa siempre de saber más y la reflexión del genio, compaginando sus cualidades con el cálculo en visión acertada del cometido a realizar.

No viene a repetir lo que intentaron realizar glosadores e históricos críticos, porque los hechos se suceden y, por consiguiente, los tiempos cambian y exigen nuevas investigaciones y enfoques de la realidad jurídica. De aquí, que marque esta nueva aparición en la Jurisprudencia de la Escuela Histórica, la perfección del estudio de las fuentes romanas. Así, el objeto especial de este gran jurisconsulto, se encamina hacia el estudio del Derecho romano, a disminuir las dificultades y apartar los obstáculos que estorban a los prácticos el acceso a las fuentes. Luego, allí donde existe una legislación nacional el Derecho romano vivificará la teoría, la desembarazará de los errores subjetivos y arbitrarios y, sobre todo, la relacionará con la práctica, que es lo más esencial.

Savigny se absorbe en los textos de la jurisprudencia clásica, ya que Justiniano no supo presentarnos el verdadero sentir de la misma, y capta el pensamiento allí inmanente, y que nadie ha podido comprender, ampliando el conocimiento de las fuentes con el consiguiente enriquecimiento de la ciencia del Derecho romano, valiéndose de la Filosofía y de la Historia y de la Crítica con aplicaciones completamente nuevas, llegando en sus investigaciones a la conexión

sistemática de las prescripciones aisladas del Derecho romano, infundiéndole el soplo de su vida pasada.

El servicio prestado por Savigny al Derecho, es el fin culminante de toda una larga evolución jurídica, que requería la aparición del hombre que viviéndola la mostrase al mundo límpida de errores, como ella se engendró, para ser luz inextinguible, que alumbraba las sendas de esta ciencia con normas imperecederas por los siglos.

Savigny semeja, para la ciencia del Derecho romano, el astro sol que lanza sus rayos potentes y luminosos en medio de las tinieblas para sembrar la claridad, no habiendo sido capaz la densa niebla de quebrar su poder, ni la resplandeciente luz anublar su luminosidad; pues espera el mundo anhelante la hora de la llegada del hombre, que se sienta con fuerzas suficientes para relevar de su pedestal a esta esclarecida mentalidad jurídica que dedicó su vida entera a luchar por un Derecho más justo y más popular.

DELITO, SOCIEDAD Y DERECHO*

Prof. ISRAEL DRAPKIN
Instituto de criminología,
Universidad Hebrea de Jerusalem

Se nos recuerda constantemente el hecho de vivir en un mundo que cambia continua y rápidamente. Cada uno de nosotros tiene conciencia de ello, por cuanto formamos parte integral del fenómeno. Simultáneamente somos testigos y actores de este extraordinario panorama de la sociedad humana en movimiento, en remolino. Sin embargo, no siempre logramos captar sus verdaderas perspectivas y sus notables consecuencias. Con frecuencia queremos creer que este cambiar, en este mundo nuestro, es una experiencia exclusiva de nuestra generación, jamás vivida antes por nuestros antepasados. Por cierto que esto es una mera ficción, por cuanto cada época ha presenciado cambios tan trascendentales que no sólo han influido sino que han alterado incluso el curso de nuestra propia historia. Olvidamos con suma facilidad que los filósofos presocráticos,

* Texto de la Conferencia pronunciada por el Prof. Dropkin en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica con las siguientes palabras introductorias:

Señor Decano, Señores Profesores, Señoras, Señores:

Nos resulta particularmente grato y extraordinariamente honroso el ocupar hoy día esta tribuna, con la intención de tratar de expresar nuestra posición frente a las encontradas corrientes de opinión que predominan actualmente en la disciplina criminológica. La Criminología, por razones comprensibles, no puede lucir con orgullo los atributos de otras ciencias más antiguas y tradicionales. En efecto, carece aún de límites definidos a su campo de acción, de precisión en su metodología y de nitidez en sus postulados básicos. Esta ingrata situación deriva del hecho de que los planos en que se desenvuelven los estudios criminológicos tienen, por lo menos,

siglo antes que Platón y Aristóteles, ya habían expresado el concepto de "flujo" o cambio constante y continuo, el principio universal presente en toda manifestación de vida y de pensamiento, sea en el mundo físico que nos rodea, en el individuo mismo, o en la sociedad humana. Así fue considerado en el pasado y esta misma verdad no ha perdido vigor en la actualidad. En otros términos, la más grande de las paradojas sigue siendo el hecho que el elemento más constante y seguro de la vida, en este inconstante e inseguro mundo en que vivimos, es la noción de cambio en sí misma. Tal vez sea efectivo que nunca antes estos cambios fueron tan trascendentales y sus ritmos tan acelerados como lo son en la actualidad. El desarrollo demográfico de la humanidad, los reajustes sociopolíticos y el progreso técnico, son, tal vez, los tres factores principales que puedan darnos una explicación de estos cambios impresionantes, y al parecer interminables, que han ocurrido en el trascurso de nuestra propia existencia y que continúan haciéndose presentes con

tres orientaciones totalmente diferentes una de otra: la biológica, la sociológica y la jurídica. Es así como, cualquiera que sea la definición de delito, éste no es, en última instancia, más que una expresión de la conducta de un individuo, en un momento dado de su existencia, causada por una determinada constelación de factores. En otros términos, es un acto humano y, por ende, una reacción bio-psicológica. Por otra parte, como ya lo dijera Aristóteles, "solamente Dios o un Bruto pueden vivir aislados", indicando en esta forma que el hombre no puede vivir en un vacío social. Pero esta indispensable atmósfera social está regida no ya por las leyes biológicas a que aludimos anteriormente, sino que por las mismas normas que determinan las características culturales propias de cada grupo humano, en un momento dado de su devenir histórico. Tenemos, pues, que considerar dos planos diferentes, uno biológico y otro sociológico. Para terminar por complicar aún más las cosas es menester tener presente que la conducta del individuo, en el seno del grupo social al que pertenece, se desenvuelve dentro de un marco jurídico determinado, sin el cual sería difícil mantener el equilibrio y la estabilidad necesarios para su supervivencia y desarrollo progresivo. Cuando hay que analizar problemas que tienen un entronque en tres planos diferentes, las complicaciones no se desarrollan en progresión aritmética, sino que en progresión geométrica. He aquí las razones por las cuales la Criminología constituye campo propicio para la expresión de toda suerte de teorías, de la más dispar naturaleza. Por lo mismo y como responsables de una cátedra universitaria de criminología, nos ha parecido necesario precisar nuestros propios conceptos y doctrinas, que pueden resumirse en lo que aquí expresaremos...

cada día que pasa. Veamos separadamente cada uno de estos factores:

El desarrollo demográfico, que algunos denominan no sin razón, la revolución o la explosión demográfica, es un hecho real que se da en toda su brutal intensidad en los cuatro puntos cardinales de nuestro pequeño planeta. Su tasa más alta se registra en Asia, precisamente en aquella zona donde existe menor cantidad de alimentos. Pero ésto no es una excepción, ya que el incremento demográfico de muchas regiones es superior a la tasa de producción de alimentos, con lo cual se mantiene en forma trágicamente constante el apocalíptico problema del hambre, esa "Hija de la Noche", como la llamara Hesíodo, criatura cruel que acompaña a la humanidad desde sus más tiernos inicios. Veamos algunas cifras: la población del mundo era de unos trescientos millones de seres humanos en la época del Emperador Romano Augusto. A mediados del siglo XVII la cifra ya se elevaba a quinientos millones. En 1850 llegó a mil millones y en la actualidad se calcula en unos tres mil millones de individuos. Las predicciones de los expertos de la Unesco y de la Organización Mundial de la Salud, indican una población de seis mil millones para comienzos del próximo siglo y de doscientos mil millones para alrededor del año 2,200. Comprendo que es fácil decir: "lo que suceda en el año 2,200 no nos interesa". Sin embargo, el problema fundamental que se plantea es el siguiente: si en los momentos actuales dos de cada tres seres humanos padecen hambre o desnutrición en diversos grados ¿qué sucederá dentro de cuatro o cinco décadas cuando seamos el doble de los que hoy somos? En otros términos, para usar expresiones más familiares y, por lo mismo, más dramáticas, ¿cuál será la situación de nuestro planeta cuando vivan en él nuestros hijos o nuestros nietos? De modo que el año 2,200 no resulta tan remoto. Nuestros descendientes vivirán en un mundo superpoblado y tendrán que procurarse los medios alimenticios correspondientes. Esto de por sí no será tarea fácil, especial-

mente si existirá para entonces una mayor justicia social, de acuerdo con la cual, el derecho a no morir de hambre estará incorporado efectiva y realmente a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Los reajustes socio-políticos recientes han permitido a territorios con una tercera parte del total de los habitantes de la tierra, auto-determinarse en el curso de los últimos tres lustros. Hemos presenciado trascendentales transformaciones políticas, económicas y sociales en la escena europea, en el Continente Americano, y en el mundo demográfico de Asia. Pero mucho más importante y dramático es el brusco despertar nacionalista de los pueblos africanos y del completo realineamiento de sus masas políticas. La situación que todavía prevalece en muchos de estos nuevos e independientes estados de Africa, es tan fluída, a consecuencia directa de tantos cambios y modificaciones, que cabe desearles lograr un razonable grado de equilibrio y de estabilidad, para permitir en ellos el establecimiento de un orden político, social y económico, serio y responsable, del tipo que ellos mismos deseen para satisfacer sus inmediatas necesidades.

El progreso técnico, es el tercer factor que ha influido e influye en la impresionante evolución de nuestra época. La técnica moderna ha transformado al mundo en que vivimos. Algunos de estos descubrimientos son indudablemente espectaculares, tales como la conquista del espacio extra-terrestre —del "cielo", como decíamos en nuestros años juveniles— y los ensayos de los viajes a la Luna y a Venus. Pero hay muchos otros no menos sensacionales, que han influido decisivamente no sólo en nuestra manera de vivir, sino también en nuestra manera de morir...! Allí están el ejemplo de Hiroshima, el descubrimiento y el uso de la energía nuclear, la navegación aérea supersónica, la electrónica, la automatización y los nuevos medios de comunicación masiva como la televisión y los transistores, para no citar más

que algunos. Todo ello, todos estos progresos, todas estas nuevas técnicas, contribuyen a crear en el hombre la orgullosa convicción que muy pronto él será el único dueño y señor del mundo material en que vivimos y que, mediante la ciencia y la técnica, logrará la solución de todos sus problemas, conquistando así esa felicidad eterna con la que siempre hemos soñado.

Siempre debemos considerar el progreso como una gran fuerza del bien y no del mal. No tenemos razones válidas para renunciar al mismo. Pero también debemos comprender que todas nuestras fantásticas invenciones no serán más que un peligroso fetiche si llegaran a constituir la sola razón de nuestra existencia, con exclusión de la razón y de la emoción, de la cultura y del arte, de la filosofía y de la religión. Es inútil —amén de imposible— pretender detener la marcha del tiempo o tratar de mantener el tipo de equilibrio y de tiempo que fueron útiles a pasadas generaciones. Hoy nos hace falta un nuevo equilibrio, uno que responda a las necesidades y a las exigencias de la hora actual. Desgraciadamente mucho nos falta aún para lograr, para alcanzar este objetivo. Debido a la enorme distancia que existe entre el progreso técnico, que he descrito tan someramente, y nuestras instituciones políticas y socio-económicas, nos es indispensable establecer una planificación a largo plazo, con el mayor énfasis posible en las medidas de carácter preventivo. Disminuir la distancia existente entre nuestras actuales instituciones políticas y socio-económicas y aquellas cuya existencia es una consecuencia directa del progreso técnico, es uno de los imperativos más urgentes y necesarios del mundo contemporáneo.

Tal como no hay acción sin reacción, así tampoco hay cambios sin consecuencias. Por su misma naturaleza, todo cambio exige reajustes y readaptaciones que nunca son fáciles. Por lo general, estos cambios representan un proceso lento, fatigante y doloroso, que puede expresarse de mil maneras, entre las cuales el delito y las otras manifestacio-

nes de la patología social, no son precisamente excepciones. De aquí que, no menos importante que las modificaciones socio-económicas y políticas son los medios por los cuales el individuo logra o no logra adaptarse a este tan agitado mundo nuestro. La adaptación del hombre a su medio resultará tanto más difícil cuanto más compleja sea la estructura social en que le toque vivir. Y cuando no se logra establecer el necesario equilibrio entre el microcosmos individual y el macrocosmos que nos rodea, la única resultante posible se proyecta en términos de psicopatología o sociopatología. Así por ejemplo, cuando debido a traumáticas experiencias sufridas en la infancia, un sujeto da al mundo en que vive un sentido que los demás no comprenden, ese sujeto, si desea continuar manteniendo un cierto grado de comunicación con sus congéneres, deberá ocultar su drama personal o íntimo y vivir dolorosamente sus relaciones con el mundo exterior. Así se genera la *neurosis*, tan característica del hombre contemporáneo. Pero cuando el individuo no logra ese tipo de compromiso, no le quedará otro recurso más que el de interrumpir sus comunicaciones con los otros integrantes de su grupo social y encerrarse en una torre hermética, impenetrable para los demás. Tendremos entonces la *psicosis*, la alienación mental. Por otra parte, si recordamos que las emociones constituyen el lenguaje expresivo que nos permite matizar nuestras comunicaciones con terceros, pero que al mismo tiempo pueden producir reacciones y cambios funcionales en el organismo humano, nos será fácil comprender que, cuando las comunicaciones con el mundo exterior son difíciles, la mayor parte de las manifestaciones se concentrarán precisamente en el organismo, dando lugar así a las *enfermedades psicosomáticas*. Finalmente, cuando por distintos motivos las comunicaciones con los demás se hacen confusas y hasta contradictorias; cuando no se puede concebir la sociedad en la misma forma en que la entienden nuestros compañeros y amigos; cuando las normas y los valores fundamentales no tienen ya el mismo significado que los demás les dan, entonces puede manifestarse la

sociopatía o conducta social irregular, sea bajo la forma del crimen, del alcoholismo, la toxicomanía, la prostitución, el juego clandestino, etc.

Bajo este enfoque especial, no resulta difícil comprender que todo el complejo conjunto de medios y de sistemas de comunicación que existen entre el individuo, el mundo exterior que le rodea y las demás personas, es el perpetuo triángulo de interacciones que caracteriza la vida social del hombre. Es el lugar preciso en que se juntan todas las disciplinas que conocemos con el nombre genérico de *Ciencias del Hombre*. Una sociedad tan heterogénea y compleja como la nuestra, cambiando a una velocidad cada vez mayor, plantea difíciles exigencias al hombre moderno. Cada uno de nosotros debe aprender a seguir siendo el mismo, sin llegar a aislarnos de los demás. Debemos aprender a comprender y a aceptar el mundo de los otros, sin renunciar a nuestras propias normas y valores. Debemos reconocer como nuestro semejante, al hombre que no tiene que ser necesariamente nuestro igual.

Pocos temas despiertan un interés tan vivo y universal como el de la criminalidad. Ello se debe tal vez a la sed de aventuras, románticas unas, dramáticas o trágicas otras, que anidan en la naturaleza misma del hombre. Como, por otra parte, la criminalidad involucra serias consecuencias sociales y constituye también campo propicio para estudios e investigaciones científicas de la más variada índole, resulta tan solo natural, que el hombre se preocupe siempre del problema del delito. Así fue ayer, sucede hoy y sucederá mañana. Las sucesivas doctrinas sustentadas hasta la fecha, no sólo sirven de norma interpretadora de la criminogénesis, sino que contribuyen a justificar la aplicación de las medidas punitivas imperantes en cada época. La criminalidad es tan antigua como antigua es la sociedad humana. La fragilidad de la conducta del hombre se ha manifestado ininterrumpidamente en todos los tiempos y en todos los lugares, así como también en todos los tipos

y formas de organización social, arcaica o contemporánea, sencilla o complicada. Siempre existió el individuo que traspasara los límites de la permitida conducta. Por lo tanto, es necesario reconocer, que la criminalidad es una condición negativa, inherente a todo conglomerado humano, y que no puede extirparse mediante leyes y decretos, sanciones y medidas de seguridad. Haría excepción a esta triste realidad la utópica e idílica sociedad creada por el genio imaginativo de Tomás Moro. Cada vez que afloraron algunas de las habituales debilidades humanas tales como la codicia, los celos, la ira, se esgrimieron vanamente las medidas punitivas contra lo irracional y lo erróneo, lo impulsivo y lo patológico. Por razones a la vez sutiles y muy complejas para ser expresadas o comprendidas con facilidad, se rompe en determinados casos el molde de la tolerada conducta individual, mantenida hasta entonces en la sumisión y en la conformidad, mediante las presiones impuestas por el mundo social circundante. No hemos dado aún con el esquema de la vida perfecta, de aquella que podrá satisfacer las necesidades de todos los hombres en todo lugar y en toda época. Al igual que la enfermedad y la muerte, la Criminalidad es una condición perenne y pandémica, con sus períodos de desarrollo y de apogeo, de crisis y de declinaciones. Sólo que a medida que la sociedad se hace más compleja, se quebrantan con mayor facilidad y frecuencia las normas sociales establecidas, debido fundamentalmente a la mayor dificultad del individuo para adaptarse a las mismas. La multiplicación de leyes restrictivas sólo puede —lógicamente— incrementar el mal en vez de atenuarlo.

A pesar de lo expuesto, es necesario reconocer que los planteamientos indicados hasta aquí, tienen un carácter muy general y que existen diferencias sustanciales entre el volumen y el tipo de criminalidad predominantes en las estructuras sociales del pasado y del presente. Así, por ejemplo, en las sociedades primitivas, las presiones y las influencias que se ejercían sobre el individuo, eran estables, armónicas y consistentes, debido a lo cual el sujeto las aceptaba y las

toleraba con facilidad. La China milenaria, hasta la revolución de Sun Yat-Sen, en el año de 1911, así como otras muchas comunidades orientales, aún en la actualidad, constituyen los ejemplos más clásicos. En la China de entonces, el individuo vivía rodeado por todos sus familiares y era este "clan familiar" quien determinaba su carrera, sus ambiciones, su trabajo, su profesión, su matrimonio, en resumen, su vida entera. El sujeto, por su parte, vivía satisfecho y seguro, dentro de su círculo familiar, ya que éste se preocupaba de satisfacer sus necesidades en caso de enfermedad, accidente, vejez, insania o cualquiera otra emergencia similar. Esto no se consideraba como gesto de caridad y no involucraba ni representaba estigmas o condición infamante de ninguna especie, ya que esa era la norma, vale decir, la peculiar manera de vivir comunitariamente. A su vez, el grupo familiar vivía perfectamente integrado dentro de la comunidad más amplia a la que pertenecía, la que era también armónica, estable y consistente en su cultura tradicional y milenaria.

En las condiciones descritas, la conducta del individuo era casi completamente previsible, pues estaba pre-determinada, ya que cada cual tenía un mínimo de posibilidades conductuales alternas entre las cuales elegir. Existían muy pocas oportunidades para la expresión de puntos de vista individuales o la adopción de actitudes personalistas. El grupo familiar, por otra parte, tenía muy pocos contactos con gente extraña y ese mismo semi-aislamiento contribuía a otorgar a los moldes conductuales familiares e individuales una mayor consistencia, una mayor estabilidad. Las querellas dentro del hogar eran escasas, la violencia estrictamente evitada y la competencia entre los miembros de la familia era objeto del desprecio común. En cambio, existía una gran afinidad entre los individuos que formaban un mismo grupo familiar, dentro del cual se estimulaba la generosidad y la prestación de toda clase de servicios. Esto era considerado como el único proceder honorable y aceptado. En

estas condiciones las posibilidades de cometer delitos dentro o fuera del grupo familiar, sea por extraños o por los miembros de la familia, eran realmente muy limitadas.

En la actualidad y dentro de nuestra cultura occidental, no existe ni esa consistencia, ni esa estabilidad, ni esa uniformidad. El niño occidental contemporáneo se ve confrontado desde el comienzo de su vida, con varios tipos de conducta, aún dentro de su propio hogar. Ello se debe a que prácticamente nadie en la vida moderna —y ello incluye a los padres— puede actuar consistentemente, ya que cada cual tiene frente a sí muchos tipos de conducta a seguir. Cada uno de los grupos sociales ajenos al grupo familiar tiene sus propios patrones de conducta, los cuales pueden ser muy diferentes de aquellos que imperan en casa. Por otra parte, cada uno de nosotros pertenece a una serie de grupos sociales, cada uno con sus propios principios, necesidades, intereses y apetencias. Las normas de conducta que prevalecen en una familia determinada, son con frecuencia discutidas y hasta antagonizadas por las normas que predominan en otro grupo familiar o en los diversos grupos políticos, económicos, sociales, religiosos, sindicales, etc. Sucede con frecuencia que lo que es justo y correcto en un grupo puede ser injusto e incorrecto en otro, perteneciendo el individuo a ambos. En estos casos el sujeto, lleno de dudas y de angustias, no sabe qué es lo que le corresponde hacer o qué es lo que los otros esperan de su conducta. Nuestra sociedad está tan complejamente organizada, que puede suceder y sucede con relativa frecuencia, que una persona pertenezca a un grupo organizado en contra del delito (Rotary, Leones y otras instituciones similares) y, al mismo tiempo, forme parte de otro grupo que actúa o participa en actividades delictivas. Es el caso del magnate que pertenece a alguna de las sociedades indicadas, en las cuales el tema de la prevención de la delincuencia juvenil no sólo se debate con mucha frecuencia, sino que incluso se fomentan campañas efectivas con el mismo

propósito. Esto no impide que ese mismo magnate, paralelamente, incremente su fortuna en empresas de dudosa legitimidad. Todo consiste en poder mantenerse en un equilibrio inestable, en este límite tan impreciso entre lo lícito y lo ilícito. Cuanta mayor complejidad exista en nuestra cultura, tanta mayor necesidad tendremos de pertenecer a un mayor número de grupos diversos, y mayores serán las posibilidades de que las respectivas normas de conducta prevalecientes en los diversos grupos, sean dispares. Esto es lo que conocemos como el "conflicto de las normas", que nos permite interpretar mejor una serie de situaciones vitales en nuestra propia cultura, muy especialmente lo que llamamos *desorganización social*, que se manifiesta en su más directa y dramática consecuencia en la criminalidad.

Los conceptos expresados fluyen, en parte, de una de las ideas más productivas del gran sociólogo francés *Emile Durkheim*, y que él llamó "*anomia*", es decir, la ausencia de normas, la falta de valores y principios sociales. Esto desorienta al individuo y le impide saber con precisión cuál es el camino a seguir. Como por otra parte, la sociedad parece incapaz de poner límites y controles adecuados a los deseos de cada cual, solemos tener fácilmente desorbitadas aspiraciones, la mayoría de las cuales están condenadas a quedar insatisfechas. El gran sociólogo norteamericano *Merton*, ha ampliado últimamente el concepto de anomia, señalando que la desorganización social puede aparecer aún cuando existan normas sociales, debido a las frustraciones que se producen cuando nuestras aspiraciones quedan insatisfechas. Ello sucederá fatalmente cada vez que se produzca la quiebra en la relación que debe existir entre las metas u objetivos propuestos y la falta de precisión en los medios legítimos para alcanzarlas. En otros términos, cuando la gente llega a la convicción de que en la sociedad a que pertenece, cierto tipo de aspiraciones —como, por ejemplo, la adquisición rápida de riquezas, que permita llevar una vida fácil y disipada, como lo propagan los films de Hollywood— son

plausibles, pero luego se siente ubicada por esta misma sociedad en que viven, en una posición desde la cual todos los medios legales, decentes y aceptados para lograr la realización de esas mismas ambiciones, están bloqueados, no es sorprendente que las normas sociales que prescriben e indican cuáles son los medios legítimos y cuáles no lo son, tiendan a perder valor, a ser despreciados y a tirarse por la borda. La anomia llega así por otro camino.

Durkheim aplicó también el concepto de anomia al análisis del suicidio. En una sociedad anómica el individuo está perdido, porque no sabe qué es lo que debe hacer y qué es lo que de él se espera. Cuando este conflicto le resulta demasiado para que se crea capaz de resolverlo, el sujeto, desorientado e inseguro, se destruye a sí mismo. De aquí y por analogía, se ha aplicado el concepto de anomia a varias interpretaciones del problema de la criminalidad, las cuales, por razones de tiempo y de oportunidad, no podemos naturalmente abordar aquí. Bástenos tan sólo con indicar que este estado de anomia se ha ido originando paulatinamente en nuestra civilización occidental debido, fundamentalmente, a los tres fenómenos siguientes: Primero, los *conflictos culturales*. Con mucha frecuencia, se cree que los conflictos culturales pueden existir solamente cuando grupos humanos de formación étnica y cultural diversa, se ponen en contacto, como sucedería por ejemplo en los países de inmigración. Sin embargo, los conflictos culturales pueden existir en cada país, incluso en aquél que tiene una cultura idéntica y similar.

Segundo, la gran *movilidad y rapidez de desplazamiento* de individuos y de grupos humanos en su totalidad, tan características del mundo contemporáneo, produce, entre muchas otras consecuencias; el quebrantamiento de la estructura familiar. Es dramático observar cómo esa institución milenaria de la familia —que durante siglos fue la piedra angular de nuestra civilización— está haciendo agua por todos lados. Aún cuando ello no signifique necesariamente su próxima desaparición, no cabe duda alguna de que

sus características fundamentales se están transformando para poder adaptarse mejor a las condiciones socio-económicas que predominan en la actualidad. Y tercero, el *espíritu de competencia*, tan indisolublemente ligado a nuestra civilización, que estimula el egoísmo de cada cual y tiende a lograr las satisfacciones de nuestros deseos y aspiraciones, sin prestar atención suficiente a los medios utilizados para alcanzar tal objetivo, sean estos lícitos o ilícitos.

Las limitaciones propias de una exposición sobre aspectos tan complejos como el delito y la sociedad, apenas han permitido esbozar algunas de las diferencias que caracterizan al mundo actual del mundo de ayer. Pero el cuadro descrito sería groseramente incompleto, de no incluir siquiera algunas observaciones marginales al rol que debe desempeñar el Derecho en esta etapa tan trascendental en la evolución de la Humanidad.

Nadie podrá negar la importancia que ha tenido el Derecho en la evolución de la sociedad humana. Es el Derecho uno de los elementos fundamentales que ha permitido la pavimentación del camino por donde ha seguido el desarrollo de nuestra cultura y de nuestra civilización. Es el Derecho el que va marcando los límites de la permitida conducta al establecer los derechos y obligaciones de cada cual, respetando los derechos de terceros. Todo esto es una verdad casi dogmática e indiscutible. Pero este Derecho nuestro —aquél que todavía está vigente en estos días— es un Derecho que ya no satisface ni podría satisfacer las necesidades de la sociedad contemporánea. Es un Derecho que ha quedado pequeño, anticuado e insuficiente frente a las necesidades del mundo de hoy. Por lo mismo, necesitamos con urgencia la creación de un nuevo marco jurídico capaz de satisfacer estas necesidades. Si es cierto que las fuentes del Derecho son por demás respetables, no es menos cierto que el ritmo de la vida actual difiere bastante del que imperaba en tiempos de Hammurabi, de Alfonso X, el Sabio, de Napoleón y demás creadores de Derecho, hasta la primera Guerra Mundial. Parece inconcebible que ten-

gamos aún vigentes en Latinoamérica algunos Códigos Penales dictados con anterioridad a la aparición de la primera edición de "L'UOMO DELINQUENTE" de César Lombroso, en 1876. No es mucho mejor la situación de países ubicados en otras regiones geográficas o culturales.

Si debemos entender por Derecho el molde cultural de una sociedad determinada, sancionado por las leyes, en un determinado momento de su evolución histórica, se comprenderá sin dificultad que el factor temporal ejerce una decisiva importancia, si se desea efectivamente hacer imperar la norma del Derecho. Aplicados estos mismos conceptos al Derecho Penal —la norma obligatoria, pues lleva anexa la sanción en caso de infracción— el factor temporal adquiere todavía una mayor preponderancia. Y si ésto es así, ¿cómo es posible admitir que todavía se encuentren vigentes códigos penales dictados hace ya más de medio siglo, cuando el mundo vivía aún su sueño de "fin de siècle", lleno de romántica placidez, de la que vino a despertar bruscamente con la primera Guerra Mundial? Los nuevos tipos de criminalidad, en particular el pavoroso desarrollo de la delincuencia juvenil, de la criminalidad organizada (gangsterismo, tráfico de drogas heróicas, trata de blancas, juego clandestino, etc.) y de la mal llamada "criminalidad de cuello blanco", eran prácticamente desconocidos entonces. Todo esto exige perentoriamente la revisión de los textos penales, para hacerlos más dúctiles y maleables a las necesidades del presente. Sabemos que no es tarea fácil ni sencilla, ni debemos esperar milagros. Pero también sabemos que debemos afrontarla lo antes posible y que es imprescindible aunar esfuerzos. Sólo si el sociólogo y el psiquiatra, el pedagogo y el médico se unen al jurista, podremos esperar y aspirar a crear ese nuevo marco jurídico que necesitamos en la actualidad. Este trabajo en equipo es insustituible para alcanzar la meta tan urgentemente requerida. Y mientras más pronto despertemos a la realidad y nos demos al trabajo, tanto mejor será para nosotros y para nuestros descendientes en el mundo de mañana.

ANÁLISIS DE LOS ARTICULADOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EMITIDOS POR LA ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS Y CORRESPONDIENTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA

Lic. GONZALO ORTIZ MARTIN
Titular de Derecho Internacional Privado.

INTRODUCCION

El objeto de este trabajo es el examinar si todos los principios del Preámbulo y los treinta artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, están contenidos plenamente en la Constitución Política de Costa Rica. Esto para contribuir al estudio que en el futuro, ojalá cercano, habrá de completarse para que esos derechos tengan, además de un asidero en la conciencia nacional, un engarce en la Ley Fundamental. Cada país tendrá que incluir en sus propias constituciones los postulados positivos equivalentes, para la realidad de la vigencia de la Declaración.

En Costa Rica juzgamos que lo principal de las prescripciones de la Declaración están en nuestra Carta Magna y nos complace anunciar que es aplicado sin evasivas. Sin embargo, existen todavía ciertos rozamientos, quizás de concepto o de claridad, entre ambos articulados, que es lo que trato de relevar en este análisis.

Igualmente, de la Declaración se desprende la existencia de un orden internacional, íntimamente ligado, casi podría decirse, dependiente, del organismo denominado las Naciones Unidas al que se le reconoce suprema autoridad.

Lo verdaderamente importante está en trasplantar ese ordenamiento social e internacional de que habla el artículo 28 de la Declaración al cuerpo positivo constitucional, haciendo el necesario acomodamiento al concepto de soberanía, dentro del criterio actual.

El propósito, pues, de este estudio tiende a que se incorporen en nuestra Constitución los principios de Derecho Internacional que hagan posible la aplicación, cierta e ineludible, de los Derechos Humanos, y que sirvan de guía para que otros países, hasta el total de los suscritores de la Declaración, hagan lo mismo. Aunque esto parezca pretencioso, alguien debe empezar y sería muy plausible que Costa Rica, rica en tradiciones democráticas, iniciara esta tarea en bien de la humanidad toda.

Después del pormenorizado análisis de los artículos de nuestra Constitución y de la Declaración, se anotarán las conclusiones y en cierta forma proposiciones, que quedan sujetas a la benevolencia y mejoramiento indudable, de los lectores de buena voluntad.

En nuestra Constitución falta la enunciación de principios referentes al hombre, como la contenida en el artículo 1º de la Declaración:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El artículo 2 de los Derechos Humanos, dice:

1) Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

b) Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Estos postulados con proyecciones universales se deben tener por comprendidos en el artículo 20 de la Constitución, ya que no se habla de costarricenses, sino de "todo hombre".

"Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes".

Sigue el artículo 3º de la Declaración:

"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Estas disposiciones corresponden al artículo 21 de la Constitución:

"La vida humana es inviolable".

La libertad —artículo 20 citado— y seguridad de la persona son principios que deben entenderse en la letra y el espíritu del estatuto fundamental, que se entiende emitido para un país libre que tiene un sistema popular, representativo, alternativo y responsable que es el que garantiza la libertad y seguridad. Por eso puedo afirmar que este básico artículo 3º está íntegro en nuestra Constitución.

El artículo 4º de la Declaración:

"Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

La segunda parte del precitado artículo 20 contiene claramente este mandato.

Artículo 5º de la Declaración:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Corresponde al artículo 40 de la Constitución que es más amplio:

"Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula".

A mi juicio, en este aspecto, nuestra prescripción de anular la declaración obtenida por la violencia es de tanta trascendencia, que debe incluirse en la Declaración, sin admitir que ya lo está en el artículo 5 al referirse a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Hay que ser muy claro cuando se trata de esta clase de confesiones. Sabido es cómo se acude a los llamados "lavados de cerebro" y al uso de otras drogas, que son sin duda, medios violentos para obtener declaraciones y confesiones.

Reza el artículo 6º de la Declaración:

"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

La personalidad jurídica está en el ya citado artículo 20 (Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes). Además está reforzado por los artículos 33 y 41, que dicen:

"Todo hombre es igual ante la ley".

Artículo 41.—Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

El artículo 7, por tener carácter universal tuvo que reafirmar el concepto de la discriminación, lo que no obsta, que el escueto principio contenido en nuestra Ley Fundamental, tenga una equivalencia completa. Véamoslo:

"Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

El nuestro:

Artículo 33.—Todo hombre es igual ante la ley.

Hay ciertas repeticiones en la Declaración de estos conceptos, debido a la ardua lucha, todavía por superarse, de las discriminaciones raciales.

El artículo 8 de la Declaración:

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

Este canon corresponde al artículo constitucional 41, ya transcrito.

La Declaración en su artículo 9, dispone:

"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

Hay aquí tres conceptos, el primero de "arbitrariamente detenido", se consigna en el artículo 37:

"Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito del juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición del juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas".

El concepto de "preso" está en el artículo 39:

"A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo en las detenciones que pudieron decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores".

La concerniente a "desterrado", está en el artículo 32, con la advertencia que se refiere a costarricense. Habría necesidad de extenderlo, con las salvedades del caso, por los indeseables, a los extranjeros. Dice:

"Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional".

Hay que tener presente que el artículo 9 que examinamos, expresamente indica que estos tres aspectos, detención, prisión o destierro, tienen que ser arbitrarios, pues, si es conforme a las leyes de cada país, puede darse cualquiera de estas situaciones. Es importante observar la distinción que hace nuestro estatuto constitucional, en el caso del destierro, entre costarricense y toda persona, como se usa en otras normas.

Cabe agregar, como postrer comentario a este articulado, que la garantía protectora de estos derechos está concebida en el artículo 48:

"Toda persona tiene derecho al recurso de Habeas Corpus cuando se considere ilegítimamente privada de su libertad.

Este recurso es de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia y queda a su juicio ordenar la comparecencia del ofendido, sin que para impedirlo pueda alegarse obediencia debida u otra excusa.

Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asisten además, el recurso de Amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley".

El artículo 10 de la Declaración:

"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

El ya citado y copiado artículo 41 corresponde a esta disposición que se debe considerar en unión del 35 que vigoriza, como si así pudiera decirse, el mandato:

"Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución".

Sigue la declaración en el artículo 11:

1) Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Examinado por párrafos este artículo vemos que el 1) está comprendido en el ya transcrito artículo 39 subrayando la presunción de inocencia con la frase "y mediante la necesaria demostración de culpabilidad". En el párrafo, 2) a más de estar comprendido en el precitado estatuto 39, deben entenderse que en nuestra Constitución, están complementándolo los artículos siguientes:

Artículo 36.—En materia penal nadie está obligado a declarar contra si mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Artículo 42.—Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.

Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.

Ha de analizarse detenidamente el artículo 12 de la declaración por cuanto está concebido en un enunciamiento general que puede tal vez decirse se encuentra reglamentado por varias normas constitucionales.

"Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias o ataques".

Ingerencias a la vida privada, no son otras que las estipuladas en el:

Artículo 28.—Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Artículo 23.—El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar graves daños a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.

Artículo 24.—Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente la ley fijará los casos en que los funcionarios competentes podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos, como medida indispensable para fines fiscales.

La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier clase que sea, no producirá efecto legal.

Lo referente a honra y reputación está concebido en el ya muy citado y copiado artículo 41 al disponer "para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales".

Reza el artículo 13:

- 1) "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- 2) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

El correspondiente estatuto constitucional sería el 22:

TODO COSTARRICENSE puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los COSTARRICENSES requisitos que impidan su ingreso al país.

La diferencia es de notable importancia, tanta, que será uno de los pocos en que podría plantearse la enmienda para que cobije a costarricenses y extranjeros, principalmente, el aparte 1) del artículo de la Declaración que estoy glosando.

Expone el artículo 14:

- 1) En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y disfrutar de él, en cualquier país.
- 2) Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Leemos el artículo 31 de nuestra Constitución:

"El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido.

La extradición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en casos de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense.

Aunque el objeto de este trabajo no es sino el de estudiar si todos los Derechos Humanos que constituyen la Declaración, están ya contenidos en nuestra Constitución y no el comentario sobre la génesis, y aplicación de los mismos, no puede dejar de expresarse que el asilo es una institución latinoamericana y que ha alcanzado ya la categoría de universal, y de que cuando del mismo se habla se ha de entender que se refiere al político y no a los que tienen origen en delitos comunes que es la fuente de los conflictos que a diario en esta materia se presentan. Por estar sucediendo en estos mismos días en que estudio esta cuestión, menciono el caso de Pérez Jiménez asilado en los Estados Unidos de Norte América, país campeón de la proclamación de los Derechos Humanos que nunca ha reconocido el asilo de Latino América y que, calificando de común, el delito atribuido al ex-presidente venezolano, lo acaba de entregar al país que lo persigue, lo que no se hubiera podido hacer en Costa Rica, por impedirlo el texto constitucional que analizo".

En la Declaración el artículo 15, dice:

- 1) Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2) A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

El aparte 1) es la enunciación de un principio que está comprendido en todo el espíritu de la Constitución, que no menciona siquiera, a los sin patria, en el Título II: Los costarricenses y en el Título III, Los Extranjeros, artículo 13 a 19, en los que se regula quienes son costarricenses por nacimiento

y quienes por naturalización, sin que exista prohibición alguna que impida a ninguna persona, adquirir la nacionalidad costarricense conforme a la ley respectiva, sin advertir la menor discriminación. Está implícito en el aparte 2) del artículo 16 de la Constitución que luego se transcribe, el derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 13.—Son costarricenses por nacimiento:

- 1) El hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República;
- 2) El hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años;
- 3) El hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años;
- 4) El infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica.

Artículo 14.—Son costarricenses por naturalización:

- 1) Los que han adquirido esta calidad en virtud de leyes anteriores;
- 2) Los nacionales de los otros países de Centro América, de buena conducta y con un año de residencia en la República por lo menos, que manifiesten ante el Registro Civil su decisión de ser costarricense;
- 3) Los españoles o iberoamericanos por nacimiento que obtengan la carta respectiva ante el Registro Civil, siempre que hayan tenido su domicilio en el país durante los dos años anteriores a su solicitud;
- 4) Los centroamericanos, españoles iberoamericanos que no lo sean por nacimiento, y los demás extranjeros que hayan estado domiciliados en Costa Rica por el término mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, de acuerdo con los requisitos que indique la ley;
- 5) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense;
- 6) Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

Artículo 15.—El que solicite naturalizarse debe acreditar de previo su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido y prometer que residirá en la República de modo regular.

Para los efectos de la naturalización, el domicilio implica residencia y vinculación, estables y efectivas, a la comunidad nacional, de acuerdo con la reglamentación que establezca la ley.

Artículo 16.—La calidad de costarricense se pierde:

- 1) Por adopción de otra nacionalidad;
- 2) Cuando el costarricense por naturalización, se ausente voluntariamente del territorio durante más de seis años consecutivos, salvo que demuestre haber permanecido vinculado al país.

En la Declaración está el artículo 16:

- 1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
- 2) Sólo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
- 3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y del Estado.

Examinando el párrafo 1) anotamos que es la enunciación de un principio que, en general también, está contenido en el ya copiado estatuto constitucional N° 33, de que "Todo hombre es igual ante la ley". Encaja también en las siguientes disposiciones de la Ley Fundamental:

Artículo 52.—El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

No existe prohibición o limitación de ningún género por las razones discriminatorias que indica la Declaración, que impidan en Costa Rica la celebración del matrimonio.

El aparte 2) está comprendido en el comentario anterior al no existir ni en la constitución, ni en el Código Civil, restricción alguna para quienes tienen la capacidad legal para contraer nupcias, que se basa —a más de la edad— en el

consentimiento libremente manifestado, sin coacción de ningún género.

El párrafo 3), está en el siguiente artículo constitucional:

Artículo 51.—La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y el enfermo desvalido.

El artículo 17 de la Declaración, reza:

- 1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
- 2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Corresponde en nuestra Constitución el artículo 45:

"La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".

Artículo 18, del texto comentado:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observación".

En este estatuto se comprenden tres libertades, la de pensamiento, la de conciencia y la de religión, que se han de entender al salir del fuero interno de la persona, porque son estos derechos que conforman tan íntimamente la libertad del individuo, que aun encarcelado, es dueño de sus propios pensamientos. Nuestra constitución, expone:

Artículo 29.—Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y el modo que la ley establezca".

El aspecto de la religión está en el

Artículo 76.—La Religión Católica, Apostólica y Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.

Hay todavía otra mención, la de enseñanza religiosa, que está concebido en el artículo:

79.—Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado.

En la Declaración está el:

Artículo 19.—Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Hay varios conceptos que están diseminados, en el ya transcrito artículo 29 al que debe agregarse el

Artículo 30.—Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósito de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado.

En la Daclaración se encuentra el:

Artículo 20.—1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

2) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Veamos nuestro estatuto constitucional:

Artículo 25.—Los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos. Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna.

Artículo 26.—Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, ya sea para negocios privados, o para discutir asuntos políticos y examinar la conducta pública de los funcionarios. Reuniones en recintos privados no necesitan autorización previa. Las que se celebren en sitios públicos serán reglamentadas por la ley.

Es bueno advertir la comprensión de la palabra "habitantes" que hace participar de esos derechos a todos los que estén en el país, sin distinción de nacionalidad.

El artículo 21 de la Declaración, dice:

1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3) La voluntad del pueblo es la base del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

El aparte 1º está comprendido en dos estatutos constitucionales:

Artículo 1º.—Costa Rica es una República democrática, libre e independiente.

Artículo 9.—El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

Democrática señala que el gobierno es del pueblo y tiene libertad toda persona de elegir y ser electo. Las características del gobierno de popular y representativo, garantizan la participación de toda persona que reúna las condiciones que la Constitución señala.

El aparte 2) está en los varios artículos constitucionales que indican las condiciones que deben tener los costarricenses para desempeñar las más altas funciones:

Artículo 108.—Para ser Diputado se requiere:

- 1) Ser ciudadano en ejercicio;
- 2) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad;
- 3) Haber cumplido veintiún años de edad.

Artículo 131.—Para ser Presidente o Vice-Presidente de la República se requiere:

- 1) Ser costarricense por nacimiento y ciudadano en ejercicio;
- 2) Ser del estado seglar;
- 3) Ser mayor de treinta años.

Artículo 159.—Para ser Magistrado se requiere:

- 1) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense por nacimiento;
- 2) Ser ciudadano en ejercicio;
- 3) Pertenecer al estado seglar;
- 4) Ser mayor de treinta y cinco años;
- 5) Poseer el título de abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos.

Los Magistrados deberán, antes de tomar posesión del cargo, rendir la garantía que establezca la ley.

Artículo 100.—El Tribunal Supremo de Elecciones, estará integrado por tres Magistrados propietarios y tres suplentes de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia, en votación de los dos tercios del total de sus miembros; deben reunir iguales condiciones a las exigidas para serlo de dicha Corte y estarán sujetos a las mismas responsabilidades establecidas para los miembros de ésta.

De la transcripción de estos estatutos puede afirmarse que no existe ninguna restricción para los costarricenses que reuniendo estas condiciones, tienen pleno derecho al

acceso a las funciones públicas. Existen también disposiciones referentes a grados de parentesco, y a no reelección consecutiva de los diputados y del Presidente de la República, tendientes a garantizar mejor la pureza del sufragio.

Al referirme al aparte 3) estimo que la primera frase: "la voluntad del pueblo es la base del poder público"; está en los artículos:

Artículo 2.—La Soberanía reside exclusivamente en la Nación.

Artículo 3.—Nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hiciere cometerá el delito de traición a la Patria.

Artículo 4.—Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo, arrogarse sus derechos, o hacer peticiones a su nombre. La infracción de este artículo será sedición.

El otro concepto está en los siguientes:

Artículo 93.—El sufragio es función cívica primordial y se ejerce ante las juntas electorales en votación directa y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil.

Artículo 95.—La ley regulará el ejercicio del sufragio, de acuerdo con los siguientes principios básicos:

- 1) Autonomía de la función electoral;
- 2) Garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas;
- 3) Identificación de elector mediante cédula con fotografía;
- 4) Prohibición del ciudadano para sufragar en lugar diferente al de su domicilio.
- 5) Garantías de representación para las minorías.

El artículo 22 de la Declaración es una enunciación de principios que se encuentran diseminados en la letra y en el espíritu de nuestra Constitución, expresa:

"Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organiza-

ción y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Como manifestación positiva corresponde a estos postulados el artículo 50:

“El estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”.

En la Declaración seguimos analizando el:

Artículo 23.—1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.

El aparte 1) está en:

Artículo 56.—El trabajo es un derecho del individuo y una obligación de la sociedad. El estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercadería. El estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.

En el parágrafo 2) se contienen los conceptos que están en el:

Artículo 57.—Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.

Todo lo relativo a fijación de salarios estará a cargo del organismo técnico que la ley determine.

Además, en sus proyecciones universales, está el:

Artículo 68.—No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores. En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense.

El inciso 3), está comprendido en el artículo 57, complementado por el ya transcrito artículo 51, en lo que a la familia se refiere, al disponerse que, como elemento natural y fundamento de la sociedad tiene derecho a la protección especial del Estado.

Lo dispuesto en el aparte 4, está en:

Artículo 60.—Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales. Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos.

El contenido del artículo 24 de la Declaración es:

“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

Lo referente a descanso, tiempo libre y vacaciones pagadas está en el

Artículo 59.—Todos los trabajadores tendrán derecho a un día de descanso después de seis días consecutivos de trabajo, y a vacaciones anuales pagadas, cuya extensión y oportunidad serán reguladas por la ley, pero en ningún caso comprenderán menos de dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo; todo sin perjuicio de las excepciones muy calificadas que el legislador establezca.

Lo que concierne a la limitación razonable de la duración del trabajo, está en el

Artículo 58.—La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley.

En el artículo 25 de la Declaración, se lee:

- 1) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia o por circunstancias independientes de su voluntad.
- 2) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

La primera parte del inciso 1), está determinada, en general, en el artículo 56 ya transcrito, y complementado en sus distintos aspectos, con los siguientes:

Artículo 64.—El Estado fomentará la creación de cooperativas, como medio de facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores.

Artículo 65.—El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador.

Artículo 66.—Todo patrono debe adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo.

Artículo 67.—El Estado velará por la preparación técnica y cultural de los trabajadores.

Artículo 69.—Los contratos de aparcería rural serán regulados con el fin de asegurar la explotación racional de la tierra y la distribución equitativa de sus productos entre propietarios y aparceros.

La segunda parte del comentado aparte 1) está en los siguientes estatutos:

Artículo 72.—El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo.

Artículo 73.—Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos ni las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

El inciso 2º debe relacionarse con el ya transcrito artículo 51 de la Constitución y especialmente su parte final, que dice:

"Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido".

Otros cánones son éstos:

Artículo 53.—Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

Artículo 54.—Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

Artículo 55.—La protección especial de la madre y del menor estarán a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.

Artículo 71.—Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo.

Nuestra Constitución es todavía más amplia en este capítulo de los Derechos Sociales y cabe consignarlos acá, por ser fundamentales en todo lo concerniente a los Derechos del Trabajador. Estas dos disposiciones se glosan por sí mismas:

Artículo 61.—Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

Artículo 74.—Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

El artículo 26 de la Declaración debe analizarse con especial cuidado:

1) "Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental fundamental. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

El párrafo primero, del inciso 1) de "toda persona tiene derecho a la educación", no está concebido tan claramente pero se desprende del contexto del articulado correspondiente, que transcribo:

Artículo 77.—La educación pública será organizada como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos, desde la pre-escolar hasta la universitaria.

Artículo 78.—La enseñanza primaria es obligatoria; ésta, la pre-escolar la secundaria son gratuitas costeadas por la Nación. El Estado facilitará la prosecución de estudios superiores a las personas que carezcan de recursos pecuniarios. La adjudicación de las correspondientes becas y auxilios, estará a cargo del Ministerio del ramo, por medio del organismo que determine la ley.

Artículo 79.—Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado.

Artículo 82.—El Estado proporcionará alimento y vestidos a los escolares indigentes, de acuerdo con la ley.

Artículo 83.—El Estado patrocinará y organizará la educación de los adultos, destinada a combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquéllos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica.

Artículo 84.—La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones, y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios.

Artículo 87.—La libertad de cátedra es principio fundamental de la enseñanza universitaria.

El inciso 2) no está comprendido en ninguna de nuestras disposiciones constitucionales. Podría llamarse una garantía de orden internacional, y proveerá el desarrollo de lo actuado en las Naciones Unidas para el mantenimiento

de la paz, algo realmente nuevo en materia de enunciación de principios, que es característica de las constituciones y declaraciones.

El inciso 3) tampoco tiene un estatuto expreso en ese sentido aunque podría derivarse del precepto constitucional contenido en los artículos ya transcritos 51, 52 y 53 específicamente:

"Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él".

Lo que indica que entre tales obligaciones está la libertad en que están de escoger el tipo de educación que quiera para sus hijos mientras estén en Patria Potestad.

En la Declaración encontramos el artículo 27, que dice:

- 1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
- 2) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

En la Constitución está la disposición que corresponde al inciso 1)

Artículo 89.—Entre los fines culturales de la República están proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.

El inciso 2) está en la siguiente disposición constitucional (Obsérvese que es más amplio, al comprender al hombre comerciante).

Artículo 47.—Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.

Los artículos que siguen de la Declaración son bastantes específicos y por ello, apenas pueden hacerse similitudes o derivaciones.

Artículo 28.—Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Podría decirse que está en el Derecho de Petición que está comprendido en el estatuto constitucional que sigue:

Artículo 27.—Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.

Artículo 29 de la Declaración:

- 1) Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
- 2) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
- 3) Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

En el aparte 1 y 2) no están concebidos con esa precisión en nuestro texto constitucional aunque puede establecerse que están en los artículos siguientes:

Artículo 18.—Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos.

Artículo 19.—Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales de los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.

El aparte 3) es específico de la Declaración, pero, encuentra similitud, en cuanto al principio se refiere, en el

Artículo 10.—Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de los que usurpen funciones públicas, y los nombramientos hechos sin los requisitos legales.

Es indudable que los dos artículos comentados tienen la novedad del establecimiento de un nuevo elemento en la constitucionalidad de los Estados, que es el orden internacional creando derechos y obligaciones, no solamente de los Estados que es lo clásico, sino del hombre con relación a lo que podría llamarse garantías individuales internacionales.

Como garantía final de la Declaración misma, está el artículo 30, que por referirse al documento en sí no puede estar en la Ley Fundamental costarricense.

Artículo 30.—Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

PROPOSICIONES

Para sugerir algunas proposiciones hay dos partes que analizar, a saber: los derechos que están en nuestra Constitución, y los que no están y sí en la Declaración, y dar los motivos por los que ambos documentos puedan complementarse.

PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCION QUE NO ESTAN EN LA DECLARACION

Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deuda, establece el artículo 38, sin que haya disposición correspondiente en el contexto de la Declaración. Se hacen

las consiguientes salvedades en el artículo 39, sobre el apremio corporal en materia civil, o detenciones en insolvencias, quiebras o concursos de acreedores. La prisión por deuda es un resabio de viejas legislaciones que debe suprimirse universalmente.

El artículo 40 de la Constitución no admite ni las penas perpetuas, ni la confiscación, sea la liquidación moral y la civil. Este precepto es razonable que lo contenga la Declaración como un agregado del artículo 5.

Esta misma prescripción del artículo 40 contiene el mandato de que toda declaración obtenida por medio de violencia será nula. Esta clara y terminante disposición, así debería estar consignada en la Declaración, y no atenerse a la analogía que puede desprenderse del artículo 5. Estas confesiones obtenidas por medio de la violencia son cada día, al ritmo del progreso de la ciencia, más atentatorias y crueles a la dignidad del hombre.

Específicamente incluye el artículo 47 de nuestra Ley Fundamental, al comerciante como propietario exclusivo de la marca o nombre comercial. Es verdad que el inciso 2) del artículo 27 de la Declaración se refiere a que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor, de donde se puede deducir, con cierto apego lógico a lo escrito, que los intereses morales y materiales están calificados por el carácter de científicas, literarias o artísticas, excluyéndose, desde luego, las comerciales. Por eso y para evitar confusiones en estos principios omitidos es que sería conveniente mencionar la calidad de comerciante y sus marcas o nombres mercantiles.

El artículo 61 de nuestra Constitución reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos. Este derecho lo han obtenido los trabajadores después de muchas lágrimas y de

mucha sangre y es el desideratum para muchos países, aunque se le dé la paradoja de que quienes lo combaten, negándose a reconocerles categoría jurídica, sean principalmente las llamadas Repúblicas Socialistas y las dictaduras que se auto califican de anticomunistas. Este principio consagradorio de los derechos de los trabajadores, en sus relaciones con los patronos, debe incorporarse a la Declaración.

La irrenunciabilidad de los derechos y beneficios que otorga nuestra Constitución en su artículo 74, de las garantías sociales, son base y razón de ser del Derecho de Trabajo, doctrinario y positivo, y solamente con su aplicación puede ser una verdad. Sin la irrenunciabilidad, los derechos del trabajador carecen de sentido real y es por ello que necesariamente debe figurar en la Declaración.

PRINCIPIOS QUE ESTAN EN LA DECLARACION Y NO EN NUESTRA CONSTITUCION

El artículo 9 de la Declaración dispone: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o *desterrado*. Comprende al hombre sin distinción de nacionalidad lo que ocasiona una glosa con referencia al destierro. El artículo 21 constitucional al reglar la libertad de tránsito termina expresando que no se podrán exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país. El artículo 31 reconoce el asilo para *todo* perseguido por razones políticas y el imperativo de su expulsión (lógicamente de extranjeros). El 32 constitucional dice: Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional. No comprende de consiguiente, a los extranjeros, lo cual está en contradicción con el comentado artículo 9 que prohíbe que nadie puede ser *desterrado*. Es natural que la idea es la de que ningún nacional pueda ser *desterrado* de su propio país, pero no están debidamente claros ambos articulados.

Este mismo argumento alcanza al citado artículo 22 que es únicamente para los costarricenses en lo que con-

cierno a la salida y vuelta al país; el extranjero podrá salir libremente, pero, entrar de nuevo significa permiso del gobierno, o posibilidad de dictar leyes que restrinjan el reingreso.

En el inciso 2) del artículo 11 de la Declaración se da aceptación positiva al Derecho Internacional al afirmar que nadie será condenado por actos u omisiones que no tengan carácter delictivo según el Derecho nacional o internacional. Para que esto sea una realidad habría que introducir esta posibilidad de vigencia del Derecho internacional, tal vez en el artículo 39 de nuestra Constitución.

El inciso 2) del artículo 14 dispone que el derecho de asilo no podrá ser invocado contra actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Vale, antes de continuar, repetir que siendo Costa Rica suscritora y fundadora de las Naciones Unidas está ligada a sus propósitos y principios y al aceptarlos debe ponerlos en vigencia. Lo que estoy tratando es del mecanismo jurídico para introducir en nuestra legislación los nuevos principios y conceptos, tan importantes, evolucionados o revolucionarios, como el de darle vigencia a un orden internacional que aun no figura como un cuerpo de leyes positivo. Para no aplicarse el asilo, por ir contra los propósitos de las Naciones Unidas, hay que introducir un articulado creador y regulador de estos nuevos conceptos.

El inciso 3º del artículo 26 da a los padres el derecho preferente de escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. De nuestro Código Civil se desprende este derecho; sin embargo, sería muy importante que nuestra Constitución lo contuviera con esta definida claridad.

Lo realmente importante de la Declaración es el reconocimiento de un orden internacional, que no quiero entrar a discutir, si es en la forma de una superlegislación garantizada por una suprema organización como las Naciones Unidas, capaz de mantener su vigencia, o es la idea

de un super Estado. En el artículo 26, parte in fine del inciso 2º, expresa que la educación promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y todavía con mayor ambición política y jurídica, el artículo 28, al cual estamos legalmente ligados, manda que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos. Esto significa un paso decisivo hacia la vigencia de un orden internacional para todos los países del universo. Se viene todo a esto a reforzar al darle potestad de las Naciones Unidas en el inciso 3) del artículo 29 al ordenar que estos derechos y libertades, no podrán en ningún caso, ser ejercitados en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

CONCLUSION

Al terminar este trabajo creo haber hecho uso de un derecho, como costarricense y como hombre del mundo, al pedir que como la Declaración, para ser una realidad, tiene que introducirse en cada una de las constituciones de los países que forman el universo, comencemos a hacerla en Costa Rica; y como en esa misma enunciación se concibe al hombre como tal, independiente de su nacionalidad, debe protegerse, en el reconocimiento pleno, de sus derechos dondequiera esté, sin negarle categoría humana por el hecho de considerarlo como extranjero.

Y por último, para contribuir en esa gran causa del entendimiento universal al través del Derecho, pedir el establecimiento del orden internacional, como cuerpo de leyes positivo, tal como lo autoriza el artículo 28 de la Declaración.

LOS INCIDENTES

Lic. MIGUEL BLANCO QUIROS
Titular de Procedimientos Civiles 1º.

Entre los incidentes que tienen la virtud de detener la marcha del proceso requiriendo un pronunciamiento previo y especial, encontramos uno de singular importancia porque interesa no sólo a los litigantes en particular, sino también a la administración de la justicia y al orden público en general.

Esa figura procesal que nuestro Código de Procedimientos Civiles llama simplemente "**Deserción**" y que en otras legislaciones se conoce con el nombre de "caducidad o perención de la instancia" tiene su origen en el Derecho Romano. Arranca desde el sistema formulario, y pasa luego a la Ley Judicial que estableció para la duración de las instancias un plazo de dieciocho meses, transcurrido el cual, sin que se hubieran terminado por sentencia del juez, aquéllas se extinguían de pleno derecho.

Superado el derecho formulario, la caducidad automática de la instancia desapareció y los juicios podían prolongarse en forma indefinida, a pesar de la inactividad de los interesados. Para remediar los inconvenientes que esa situación presentaba, el Emperador Justiniano, en el año 530 promulgó la Constitución llamada "Properandum", en la cual decía:

"Temeroso de que los procesos se hagan casi eternos, y para que no sobrepasen la vida humana (como ya anteriormente nuestra ley ha fijado para la decisión de los negocios criminales dos años, y como los civiles son más numerosos y frecuentes y dan origen a los primeros) nos ha parecido nece-

sario para apreciar su tramitación, establecer en todo el Universo la presente ley que no será restringida en ningún caso y en ningún lugar: 1^o.—Es por causa de ello por lo que ordenamos que todos los procesos intentados, sea sobre bienes, sea cual fuere su valor, sobre acciones personales, sobre los derechos de las ciudades y de los particulares, sobre la posesión, la servidumbre, etc. . . . se terminen en el espacio de tres años a contar de la litis contestationem".

En la antigua legislación española no aparecen reglas sobre la deserción de la instancia, y no es sino con el Ordenamiento Real donde se encuentran disposiciones que se refieren a la caducidad de la alzada, quedando regulada la cuestión en forma específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881 que trata concretamente el punto en las disposiciones contenidas en los artículos 411 y siguientes.

Por deserción se entiende el abandono voluntario de cualquier instancia que produce como efecto natural la caducidad de la misma, y es, en otros términos, según Máximo Castro, el aniquilamiento de la instancia por el transcurso del tiempo establecido en la ley, sin que la haya activado la parte a quien correspondía hacerlo.

A diferencia de la legislación procesal española y de muchas latinoamericanas que establecen la deserción para todas las instancias, la nuestra la limita a la primera, operándose en aquéllas de pleno de derecho y en ésta a solicitud de interesado. La caducidad, según la Ley de Enjuiciamiento Civil se declara de oficio, en tanto que en nuestro derecho sólo se acuerda a solicitud de interesado, sirviéndose en forma necesaria de la vía incidental.

Decíamos al iniciar estos apuntes que este incidente reviste importancia singular, porque interesa no sólo a los litigantes en particular, sino también a la administración de la justicia, atendiendo además del interés privado de las partes, el general de desvincular al Estado de la obligación que lo liga a la solución de los juicios que se promueven,

impidiendo que los litigantes eternicen sus contiendas permaneciendo en la inactividad.

El fundamento del Instituto de la caducidad de la instancia, ha dicho el maestro Guasp, puede apoyarse principalmente en dos distintos motivos: uno de orden subjetivo, que ve en la presunta intención de las partes de abandonar el proceso, la razón íntima de la extinción, y otro de orden objetivo, que se fija, por el contrario, en la necesidad de evitar la pendencia indefinida de los procesos por el peligro que esto lleva consigo para la seguridad jurídica. El fundamento subjetivo se basa, por lo tanto, en la presunta voluntad de los litigantes; el fundamento objetivo en la idea supraindividual de que no se prolongue la duración de los pleitos paralizados.

En ese criterio se ha informado, sin duda alguna la jurisprudencia nacional, acordando al incidente de deserción de la instancia un tratamiento especial, considerándolo como una articulación de tipo distinto en la que predomine el fundamento objeto sobre el individual, excluyéndola así de algunas de las normas que se aplican a los demás incidentes. En efecto, a pesar de que nuestro Código en su artículo 390 establece que "los incidentes de cualquier clase que sean, que no hayan sido activados durante un mes por la parte que los formuló, se tendrán por definitivamente desestimados o rechazados sin necesidad de resolución especial que así lo declare nuestra Sala Primera Civil, fundándose en razones de interés general ha dicho lo siguiente:

"La función que tiene dentro del proceso el artículo 390 del Código de Procedimientos Civiles es la de ir, sin necesidad de resolución que así lo declare, desestimando incidencias de carácter dilatorio que no hayan sido activadas durante un mes por la parte que las formuló para que entonces el juicio pueda ser fallado sin tropiezo de orden accesorio. En cambio, la deserción enerva desde su base los procedimientos que se tienen por no seguidos y la acción por no puesta, es decir, su planteamiento es sustancial, afectando el fondo del juicio

incoado. Por eso estima la Sala que pedida la deserción, el órgano debe resolverla sin mayor trámite y sin necesidad de que la parte interesada active su gestión... (Auto de las 13 hs., 20 m. del 24 de marzo de 1959)".

En igual sentido y con el mismo espíritu la propia Sala en otro caso dijo lo siguiente:

"Como se observa que el señor Juez omitió darle curso al primer memorial de la parte demandada en que pedía la deserción de la instancia por el hecho de no haber presentado dos hojas de papel, esta Sala se ve en el caso de advertir... que la deserción por el hecho de conllevar un fundamento trascendente de índole social aplicable a toda clase de juicios y dada su característica reglamentada especialmente en el Libro III, Título X, Capítulo III del Código de Procedimientos Civiles, dista mucho de ser una mera incidencia, de tipo corriente relacionada con la tramitación del juicio en sí, y que por ese motivo no es dable exigir a la parte que hace uso de ella la presentación del papel que se exige en una articulación de otra índole. (Auto de las 14 hs. 20 m. del 31 de julio de 1956)".

Por otra parte, y a diferencia de otras legislaciones, la nuestra no tiene en cuenta para autorizar la caducidad de la instancia, el hecho de que no se hubiera producido o formalizado la relación jurídico procesal que se configura con la contestación de la demanda, siempre en la idea de terminar con los juicios en que no se manifiesta el interés del actor por continuarlo.

"Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia, la simple circunstancia de existir y gravitar potencialmente un juicio contra un accionado del que no se haya dado traslado a ninguna parte, por el solo transcurso de los seis meses de pender en estrados es suficiente motivo para que a gestión de cualquier interesado se acoja la deserción. (Misma Sala. Auto 15 hs. 30 m. del 3 de julio de 1956)".

Los términos para que se opere la conclusión del proceso en virtud de la caducidad de la instancia varía de acuerdo con los distintos códigos procesales. Mientras que

en España el plazo es de cuatro años si el proceso se hallase en primera instancia; de dos en la segunda, y en uno para el recurso de casación, y en algunos países americanos es de un año, la legislación costarricense lo ha reducido a seis meses, limitándolo como antes se explicó en forma exclusiva a la primera instancia. A petición de cualquier interesado, señala el artículo 851 del Código Procesal costarricense, y mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, se declaran desiertos toda clase de juicios, cuando hubieren transcurrido seis meses sin que el actor haya instado el curso de los autos.

Conforme al sistema nuestro, no se puede producir la terminación del proceso en segunda instancia merced a la caducidad de la misma porque en esta etapa de los juicios se manifiesta en forma clara el principio del impulso procesal de oficio. En efecto, trasladado el conocimiento del litigio al tribunal de alzada en virtud del recurso de apelación, y presentado el papel necesario para el trámite de la misma, la obligación de activar la marcha del proceso corresponde a los jueces y no a los litigantes. Lo que la ley sanciona, como es lógico que sea, es la incuria del litigante y no la desidia de los encargados de impartir justicia. Por eso creemos que el criterio de nuestros tribunales manifestado en las resoluciones cuyo texto transcribimos anteriormente y la intención de los legisladores plasmada en nuestro Código de Procedimientos Civiles se conforma tanto con el fundamento subjetivo particular de la deserción de la instancia, como con el objetivo que responde a intereses generales en que va interesado el orden público.

NOTAS SOBRE NUESTRO PROCESO EJECUTIVO COMÚN

WALTER ANTILLON M.
Suplente de Teoría del Estado.
A MI ESPOSA.

SEGUNDA PARTE

42. EN GENERAL.

Como lo hemos dejado señalado en la primera parte de este trabajo, nuestro proceso ejecutivo común ha sido tomado de la legislación española, que a su vez lo adoptó de aquella figura del Derecho Intermedio que se llamó precisamente "processus executivus", conservando en lo fundamental la estructura que esta institución tenía en la Edad Media. Y de ahí que entre nosotros la forma típica del título ejecutivo sea aún el de naturaleza negocial privada (pactum executivum), aunque se puede actualmente apreciar la irrupción casi violenta en este campo de los títulos ejecutivos, de los documentos de origen administrativo, que no es sino un reflejo de esta especie de "administrativización" del Derecho que parece ser un fenómeno capital de nuestro tiempo.

De ese origen deriva esa estructura peculiar de la institución que estudiamos, en la que alguno ha encontrado grandes ventajas (Podetti: obra citada, página 83) pero que, en nuestro criterio, tiene muchísimos inconvenientes que aquellas no llegan a compensar, por lo menos en lo que particularmente atañe al proceso ejecutivo común de nuestra legislación, pues debemos advertir que las correspondientes formas del derecho positivo argentino, pese a la comunidad

de origen con el nuestro, acusan a su respecto notables diferencias, como creemos haberlo señalado implícitamente al estudiar una de esas instituciones en la primera parte de estas notas.

Por esos motivos la orientación del estudio que ahora emprenderemos será, más que meramente expositiva, crítica, y tendrá el objetivo fundamental de poner en relieve los que nos parecen los defectos del instituto, y sugerir modestamente algunas soluciones; porque estamos persuadidos de que es imprescindible para la salud de las instituciones jurídicas que alguien, aunque a veces no sea la persona más adecuada para ello, cometa el irrespeto de examinarlas a la luz de la especulación puramente doctrinal.

Tal será, pues, la finalidad del trabajo que iniciamos, fallida tal vez, pero en todo caso con buena intención y sin ira, como decía Ortega y Gasset, maestro en el arte de la crítica.

43. JUICIO EJECUTIVO.

El Juicio Ejecutivo constituye la materia del Título Sexto del Libro Segundo de nuestro Código de procedimientos civiles. En estas notas no vamos a examinar sino los Capítulos Primero a Cuarto inclusive, relativos al Proceso Ejecutivo Común, dejando sin estudiar los restantes, que tratan de la Ejecución Hipotecaria y de Las Tercerías, conforme a la limitación que nos hemos impuesto desde el principio de este trabajo. No obstante, por la íntima relación que estos temas guardan entre sí, tendremos forzosamente que aludir a estas materias afines a nuestro objeto, pero no será, en todo caso, en una forma ordenada, sino ocasionalmente.

a. Proceso ejecutivo e incumplimiento de obligaciones.

Visto que el Ordenamiento Jurídico no tiene existencia sino en cuanto es concretamente vivido por la comunidad,

es necesario que el Estado organice toda una serie de medios encargados de conjurar el incumplimiento de las normas de aquél, que por cualquier motivo puede eventualmente producirse en el seno de dicha comunidad. Siendo múltiple la actividad de los hombres en sociedad, también ha debido diversificarse la tutela que el Estado presta a los derechos surgidos de aquélla, desde la forma que se agota en una simple declaración, hasta las que terminan en una coacción material directa sobre la misma persona humana. La forma de tutela objeto de nuestro estudio es aquella que dentro del campo patrimonial tiende a remediar, haciendo uso de medios derivados, el incumplimiento de las obligaciones llamadas personales, cuando por circunstancias que la ley misma establece deba presumirse la existencia y exigibilidad de las mismas.

X Como el incumplimiento de este tipo de obligaciones hace nacer una situación antijurídica que no se puede remediar con la mera declaración de existencia del derecho del acreedor, la tutela jurisdiccional no tenderá, lógicamente, a conseguir esa declaración de certeza, sino a realizar una cierta actividad en cuya virtud el acreedor debe obtener un beneficio análogo al que le hubiera reportado el cumplimiento normal de la deuda por parte del obligado. Pero ello no significa, ni mucho menos, que el problema de la existencia del derecho del acreedor sea aquí irrelevante: es solamente que se margina ante la presunción de certeza que dimana de ciertos requisitos legales que el acreedor se ha encargado previamente de llenar, sin perjuicio del derecho que el deudor siempre conserva a discutir por los medios apropiados el referido problema.

→ Bien entendido, no se trata aquí de constreñir al deudor a que cumpla la prestación debida. Antes bien, la base de los actos ejecutivos es el incumplimiento, y aquéllos se realizan prescindiendo totalmente de la conducta que pueda el deudor asumir, de manera que el fin perseguido es, como se dijo, la obtención de cierto beneficio para el acreedor,

no derivado del cumplimiento voluntario (cuya posibilidad es dejada de lado por la ley) sino de los resultados de la actividad judicial. Por esto es erróneo, a mi entender, lo que dispone el artículo 693 del Código civil, puesto que no existe ningún medio legal de compeler al deudor "a la ejecución de aquello a que está obligado", salvo, para casos muy calificados, el apremio corporal; a lo único que el acreedor tiene derecho ante el incumplimiento de su deudor (y esto no lo dice el Código) es a la actividad subsidiaria de los tribunales, como ha quedado ya expuesto.

* Ahora bien, ¿en qué consiste esta actividad subsidiaria del órgano jurisdiccional? Ante el hecho, comprobado o presunto, de que el deudor no cumple aquello a que está obligado, ¿qué hace el Juez? Hemos dicho ya que el Juez lleva a cabo, mediante una serie de actos que configuran los diversos tipos de proceso ejecutivo que se conocen, una actividad subsidiaria a la falta de cumplimiento directo por parte del obligado. Mas, ¿en qué consiste dicha actividad? En respuesta a ello debemos recordar que existe en nuestro Código civil una disposición que constituye (¡ésta sí!) la base del proceso ejecutivo, al establecer la responsabilidad "patrimonial" del deudor frente a sus acreedores. En efecto, el artículo 981 del Código civil, al estatuir que "Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas..." fija el fundamento sustancial de la tutela jurisdiccional de los derechos patrimoniales del acreedor, aunque hay que admitir que no lo hace en forma directa y que por el lugar donde está colocado dicho artículo en el Código, es susceptible de acarrear dudas acerca de su aplicación más o menos general. Porque es precisamente esto: la satisfacción del derecho del acreedor por medio de los bienes del deudor, lo que constituye el contenido del proceso ejecutivo. Y asimismo lo entendía VICENTE Y CARAVANTES al definirlo como un "procedimiento breve y sumario por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan

por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir plena probanza".

b. Nuestro juicio ejecutivo y las obligaciones de hacer y no hacer.

Se puede afirmar que a nuestro juicio ejecutivo se aplican, tal y como han sido expuestos, los elementos del esquema general que intentamos en los párrafos anteriores, en cuanto aquél constituye un medio jurisdiccional especial de actuar concretamente los intereses del acreedor derivados de sus derechos de crédito. Así se puede deducir de la lectura de los artículos 426 a 428 del Código del rito, de los artículos 150, 151 y concordantes de la Ley de Cambio, y de otras disposiciones legales. Pueden surgir, sin embargo, algunas reservas, provenientes de la hipótesis estatuida en el artículo 429 del mismo Código, según el cual la vía ejecutiva común es también idónea para la satisfacción de derechos cuya obligación correlativa consista en un hacer o no hacer, siempre que exista el correspondiente título ejecutivo. Así las cosas, no sería incorrecta la aserción, puramente teórica, de que nuestro ejecutivo común es un instrumento general para la satisfacción de intereses nacidos del incumplimiento de toda clase de obligaciones. Y, en efecto, podría imaginarse un documento, por ejemplo un testimonio de escritura pública, en donde constara la obligación incondicional, de una persona a favor de otra, de hacer o no hacer alguna cosa, y que el plazo allí señalado para la referida ejecución o abstención apareciera vencido. ¿Tendríamos en tales circunstancias un verdadero y completo título ejecutivo? La primera objeción sería quizás la iliquidez de tal obligación, pero contra ella podría argumentarse que a la hipótesis del artículo 429, por su carácter especial, no le atañe la existencia del 426 ibídem. ¿Pero podría el Juez despachar una ejecución ilíquida? Nos inclinamos por la negativa y creemos que todo argumento en favor de la procedibilidad de tal acción se estrellará fatalmente contra

el hecho, simple y palpable, de que todas las normas que regulan nuestro juicio ejecutivo común —prescindiendo, naturalmente, del citado artículo 429— han sido concebidas teniendo como objetivo obligaciones líquidas únicamente. Porque, en efecto, tanto el auto llamado "de precepto solvendo", como la práctica del embargo, y hasta la misma sentencia "de remate", repelen, por su estructura y su función, todo otro contenido que no sea el indicado. Y aunque, razonando in extremis, se pretendiera salvar la objeción de la iliquidez diciendo que el referido instrumento público podría contener una determinación económica previa de los daños y perjuicios que produciría el eventual incumplimiento de aquellas obligaciones, ello haría cambiar del todo la situación, pues entonces el proceso no tendría por objeto la obligación de hacer o no hacer, sino la obtención para el actor de la suma fijada por daños y perjuicios (sin mencionar el hecho, por demás evidente y conocido, de que el incumplimiento de las obligaciones de no hacer da lugar, como efecto principal, a un "destruir" lo ejecutado contra el compromiso).

44. EL TITULO EJECUTIVO.

El artículo 425 del Código de procedimientos civiles, que inicia las disposiciones generales (Capítulo Primero) sobre el Juicio ejecutivo, dice en su primer apartado que "no se despachará ejecución sino en virtud de título ejecutivo". Prescindiendo de la posición que el título ocupa dentro de la ejecución, es decir, prescindiendo de su significado objetivo, lo cual estudiaremos oportunamente, vamos ahora a examinar lo que el título es en sí mismo, vamos a indagar sobre su naturaleza, tal y como resulta de las normas de nuestro derecho positivo.

El mismo artículo citado hace en su segundo apartado una enumeración taxativa de las cosas (empleemos esta palabra inofensiva por lo genérica) que pueden constituirlo, diciendo: "... Son títulos ejecutivos: 1º ... 2º ... etc., y será

entonces el estudio de esta enumeración lo que nos dará la noción que buscamos. Pero existe en el Código mismo una dualidad, si nos dejamos llevar por su tenor literal, resultante de que según los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º, de la referida norma, el título ejecutivo es un documento, mientras que el inciso 5º parece apartarse de esta concepción, ya que hace incluir dentro de la enumeración de títulos ejecutivos a "... La confesión judicial hecha por la parte y la que se tiene por prestada en rebeldía de la misma"; lo cual significa que conforme a esa disposición el título ejecutivo es un acto jurídico (confesión judicial) de parte cuyo contenido lo constituye el reconocimiento, expreso o tácito, de una obligación líquida y exigible.

Esa dualidad de nuestro Código en lo que se refiere a su manera de concebir la naturaleza del título ejecutivo refleja sendas doctrinas que, entre otras, se han elaborado sobre el tema.

En efecto, el título ejecutivo ha sido considerado por los juristas algunas veces como documento y otras como acto jurídico (sin que falten, por otra parte, disidentes que, como Cernelutti, consideran que se trata de una "prueba legal"; o como J. Ramiro Podetti, que dice que es una "constatación"). Mucho se ha escrito sobre este tema y no deseamos aquí hacer una reseña de los argumentos que se esgrimen en apoyo de una y otra concepción, ni de los nombres de sus autores, pues entendemos que una tal exposición para ser completa, requiere mucho más espacio del que nos es permitido disponer en la elaboración de estas notas, orientadas hacia aspectos más bien prácticos. En todo caso, como creemos que la controversia está muy lejos de carecer de importancia, haremos seguidamente una breve exposición de nuestro punto de vista.

El problema, en nuestro criterio, se resuelve examinando la función del título ejecutivo dentro del proceso, es decir, qué relevancia tiene y cuándo la tiene dentro del orden de

Document
los actos procesales. Y entonces resulta claro que si el título es el presupuesto general de la vía ejecutiva, lo que el Juez examina primero, de previo a dar paso al ejercicio de dicha vía por el actor, no es el acto jurídico contenido en el documento, puesto que para examinar el acto sería necesario un período de cognición previo, sino la forma de dicho acto tal y como parece documentada, esto es, el documento mismo. Y en verdad, si bien es cierto que el acto jurídico en sí viene a ser, a fin de cuentas, lo que importa, puesto que, ya sea dentro del mismo proceso ejecutivo (como puede suceder entre nosotros), o dentro de un proceso de cognición separado de aquél (como ocurre, por ejemplo, en el proceso italiano), si el demandado demuestra no ser deudor de la cantidad indicada en el título y cobrada por el actor, el documento ejecutivo pierde toda eficacia, no es esa la circunstancia tomada en cuenta por el Juez, ad portas, para dar o no trámite a la ejecución, sino solamente lo que aparece del documento, es decir, la forma en que el acto jurídico aparece presentado en el mismo. ¿Ello equivale a decir que el título ejecutivo no es la verdad del acto jurídico, sino tan solo su documentación?

Se aproxima a la verdad quien sostiene que el título ejecutivo es el documento; pero no arriba todavía a la verdad, puesto que evidentemente existen casos en que el Juez no encuentra en el documento presentado por el actor los requisitos necesarios para que se pueda despachar la ejecución, y debe por ende buscarlos fuera del mismo. Tal sucede, por ejemplo, cuando el documento contiene una obligación condicional, pues entonces no habrá título ejecutivo si el actor no demuestra que la condición ha sido cumplida, debiendo hacer dicha demostración por otros medios, pues lógicamente la misma no se encontrará en el documento, por ser posterior.

Con base en esto podría pensarse que el título ejecutivo no es el documento que podríamos llamar "principal", sino que es constituido por varios documentos o, en general,

por varias pruebas, que el actor hace para legitimar su pretensión ante el Juez, y entonces arribaríamos a la conclusión, sostenida por Carnelutti, que el título ejecutivo es una prueba legal, es decir, cuyo valor no es apreciado libremente sino que lo establece la ley. Pero tampoco nos parece exacto lo anterior (aunque revele un aspecto verdadero) porque si se tratara de una verdadera prueba legal vincularía obligatoriamente la voluntad del Juez respecto a su enunciado, y el demandado no tendría la menor posibilidad de oponerse, o su oposición, sería, ya de antemano, inocua. Además el concepto de prueba legal es inherente, como en general, el concepto de prueba, a un juicio que el órgano jurisdiccional formula en una sentencia, y precisamente esa clase de juicios no se encuentran en la etapa inicial de un proceso ejecutivo, que contiene, a lo más, una decisión provisoria que va implícita dentro de las disposiciones de carácter dispositivo (y pensemos, por ejemplo, en nuestro auto de precepto solvendo).

Dice el profesor Salvatore Satta (Derecho Procesal Civil; CEDAM, Padova, 1953; página 364) que la identificación del título con el documento es más bien una transposición, explicable porque el primero es la calificación o la legitimación resultante del segundo, y creemos que la observación es perfectamente atinada, pues conforme a la misma queda superada la objeción que arriba habíamos formulado y se disuelve el dualismo "acto-documento" en que la doctrina se había debatido. Porque, en efecto, se dice que el actor posee "título" para pedir del Juez una tutela especial, que es la vía ejecutiva, cuando del documento y otras evidencias que el Juez estime conveniente ordenar, se pueda presumir la certeza del acto jurídico que legitima al actor como acreedor. El documento presentado vendría a ser entonces el sustento principal del título ejecutivo, esto es, de la legitimación del actor para pedir, pero no el título ejecutivo mismo. Una transposición idéntica señala el ilustre Profesor de Roma (obra y lugar citados) en el caso de los

llamados títulos de crédito, en los que se suele identificar, en el lenguaje común, el título y el documento.

En cuanto a la dualidad que acusa nuestro Código en el artículo citado, nos inclinamos a pensar que es sólo aparente, y que deriva de un defecto de redacción en el inciso 5º, donde en realidad se quiso aludir al acta que no al acto jurídico de la confesión, y de esa manera se podría concluir con que la teoría del título-documento es la que acepta nuestra legislación. De otro lado obsérvese que no hay otra alternativa de solución que ésta, pues es absurdo pensar que el Código se refiriera al acto jurídico puro, prescindiendo de su documentación; y la prueba más palpable de ello es que al leer y aplicar el artículo citado, en su inciso 5º, nuestros Jueces ordenan agregar a la demanda ejecutiva el prejuicio de posiciones que contiene el acta de confesión.

a. Clases de Título Ejecutivo.

Siguiendo la clasificación tradicional, diremos que el título ejecutivo puede ser de dos clases, desde el punto de vista de su origen: judicial y extrajudicial. Estarían entre los primeros la ejecutoria y las certificaciones a que aluden los incisos 1º y 6º, así como la confesión judicial (expresa o ficta) y el documento privado reconocido o tenido por tal en rebeldía de la parte, a que se refieren los incisos 4º y 5º; y entre los de origen extrajudicial están los indicados en los incisos 2º, 3º y 7º, que a su vez pueden clasificarse en negociales (públicos o privados) y administrativos.

Son judiciales, como se dijo: la ejecutoria de una sentencia, siempre y cuando sea una sentencia de condena, aunque no contenga en el Por Tanto una fórmula condenatoria expresa: basta que de su tenor resulte una declaración de tal naturaleza que no agote el derecho de la parte victoriosa, sino que deba éste ser satisfecho mediante una fase procesal sucesiva, esto es, la fase propiamente ejecutiva.

Las certificaciones de resoluciones judiciales firmes que establezcan a cargo de un tercero o de una parte la obligación de pagar una suma líquida, cuando ésta no hubiere podido cobrarse dentro del mismo juicio. Nos parece que esta disposición se refiere principalmente a la condena en costas, único caso en que un tercero (el fiador) deviene obligado por resolución judicial, ya que también nuestro sistema jurídico consagra la regla, que nos parece es de carácter general, de que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en un proceso. La "imposibilidad" de cobrar dentro del mismo juicio al tercero o a la parte que resulten condenados en virtud de la resolución tiene que ser de carácter circunstancial, pues el camino normal para hacer efectivo dicho cobro lo indica el propio Código de procedimientos civiles en su artículo 999.

Los dos casos estudiados hasta ahora (incisos 1º y 6º) no se refieren a títulos ejecutivos que sirvan de base al proceso ejecutivo común, sino a vías aún más expeditas, a saber: la de la ejecución directa de la sentencia sin ninguna cognición (pero con liquidación previa, si se requiere) en el caso del inciso 1º; y la vía del apremio directo en el caso del inciso 6º. Por esa razón no entraremos en más detalles sobre el particular.

Las otras dos hipótesis que hemos clasificado como de origen judicial (incisos 4º y 5º) lo son solamente en una forma especial, a saber, en cuanto para su formación interviene un órgano judicial, mas no como autor del título, que lo es la parte que confiesa o reconoce el documento privado, sino como autoridad ante la cual se lleva a cabo dicho acto. Sirva la advertencia anterior para señalar que nuestro criterio se inclina más bien por considerar la hibridez de esta clase de títulos, pero hemos procedido a incluirlos dentro del grupo "judicial", atendiendo al elemento que nos parece dominante, que es, repetimos, la intervención de la autoridad judicial que da certeza al acto, y en casos eventuales incluso suple la voluntad expresa de la parte

con una providencia de rebeldía. Sin embargo es de advertir también la importancia realmente constitutiva que en tales títulos tiene el aspecto o elemento puramente negocial, el cual contribuye en forma determinante a impartirles su especial naturaleza. Y es esta especial naturaleza lo que da lugar a que dichos títulos, a diferencia de los otros de origen judicial ya vistos, solamente sirvan de base al proceso ejecutivo común, pero con la ventaja sobre los títulos de origen extrajudicial, que la cognición resulta particularmente restringida a norma del artículo 431 ibídem, en cuya virtud no se permite al deudor purgar la rebeldía dentro del mismo proceso ejecutivo.

4
El documento privado reconocido ante la autoridad judicial competente, o declarado reconocido en rebeldía de la parte. Para que dé lugar a la acción ejecutiva común el documento privado debe contener un acto jurídico del cual se atribuye presuntamente tal reconocimiento, si es declarada una obligación incondicional y vencida de pagar suma líquida o que pueda liquidarse "con vista de los datos que resulten" del mismo documento. Caso de que éste contenga los requisitos enumerados, pero no resulte la liquidez de la obligación, puede tener eficacia como prueba de especial idoneidad dentro de un proceso ordinario, mas no constituirá título ejecutivo; y valga aquí lo dicho en relación a las obligaciones de hacer y no hacer.

5
La confesión judicial hecha por la parte y la que se tiene por prestada en rebeldía de la misma. También aquí se trata de la confesión (expresa o ficta) de deuda líquida y exigible. Ningún otro contenido que dicho acto jurídico pudiera expresar sería idóneo para la formación del título ejecutivo. Tanto en éste como en el caso de documento privado que examinamos en el anterior apartado, se presenta en la práctica el problema de si la resolución que declara la confesión ficta o el reconocimiento del documento en rebeldía de la parte es una sentencia, un auto o, en fin,

una simple providencia. Mediante reiterada jurisprudencia, la Sala Segunda Civil se ha pronunciado en el sentido de que se trata de una sentencia, y ha exigido que los tribunales inferiores la pronuncien con observancia de los requisitos previstos en el artículo 84 ibídem. Aunque creemos que no es una simple providencia, puesto que no constituye un mero trámite procesal dentro del perjuicio (como lo sería por ejemplo un nuevo señalamiento de fecha para la confesión o el reconocimiento), tampoco nos parece acertado darle el carácter de sentencia judicial, ya que: a) no resuelve ninguna "litis", al no contener ninguna el perjuicio; b) no constituye el acto culminante de un proceso, puesto que el perjuicio de posiciones no es un proceso propiamente dicho, sino un "acto preparatorio". Creemos entonces que tal pronunciamiento debe ser incluido en la categoría de los "autos" simples, en vista de que su contenido no roza el fondo de la relación jurídica sustancial existente entre las partes, sino que se refiere más bien a una peripecia del acto mismo, como lo es la incomparecencia o la negativa a dar una contestación categórica de parte del absolvente (artículo 264 ibídem). De dicha peripecia no puede resultar una resolución judicial con carácter de sentencia, sino tan sólo una presunción iuris tantum que, por ende, puede ser destruida, aún dentro del mismo estadio prejudicial, probando incidentalmente la justa causa de la incomparecencia.

Entre los títulos extrajudiciales tenemos los de formación administrativa y los de formación negocial, los cuales a su vez se subdividen en públicos y privados. Comenzaremos con los de formación administrativa.

Los títulos de formación administrativa, llamados más propiamente "de formación autoritativa y pública" (Satta: Manual cit., pág. 368) son entre nosotros las certificaciones expedidas por funcionarios públicos a ello autorizados, cuando la ley misma les atribuya eficacia ejecutiva. Entre otros tenemos las certificaciones emanadas del Director de la Tributación Directa en las cuales conste una obligación ven-

cida por concepto de impuestos, y las expedidas por las Municipalidades al mismo tenor. La razón de atribuir carácter ejecutivo a tales certificaciones deriva, no solamente de la necesidad que dichas entidades tienen de cobrar por una vía rápida las exacciones que la ley les concede, sino principalmente por su carácter público, que imparte especial certeza a tales documentos.

Los de formación *negocial pública* (incisos 2º y 3º) son el testimonio de una escritura pública debidamente expedido (o en su caso, certificación, que no podrá negarse a dar la oficina del Registro Público, de dicho testimonio y de que se encuentra pendiente de inscripción), y las certificaciones de asientos del Registro Público, siempre que en ellas conste que las inscripciones certificadas no están canceladas o modificadas por otro asiento. En el fondo ambos grupos forman una sola categoría, puesto que su contenido siempre lo es la escritura pública otorgada por personas particulares ante notario, sin que importe aquí si el documento propiamente dicho lo expide el mismo notario o el Registro Público. La razón de existir de la velada advertencia contenida en el párrafo que hemos encerrado entre paréntesis parece ser puramente anecdótica, pero en todo caso luce muy mal dentro del artículo, ya que no es esa la forma de establecer la obligatoriedad de una función del Registro. Si no existía una ley que obligara a dicha dependencia a expedir la certificación, lo que hacía falta era promulgarla debidamente; si dicha ley existía entonces había que hacerla cumplir.

Tanto el testimonio de escritura como la certificación del mismo o la de asientos, expedidas por el Registro Público, constituyen título ejecutivo por la fe pública de que el Notario goza según la ley y por la seriedad de la institución registral, pero siempre que dichos documentos contengan los requisitos necesarios, formales y materiales que la ley exige. No se puede entender, de la lectura del inciso citado,

que "todo" testimonio de escritura o "toda certificación son, en sí, títulos ejecutivos, pues no se puede confundir la eficacia probatoria de un documento con su condición de ejecutividad. En el caso de los documentos aludidos solamente se reúnen esas dos condiciones si contienen obligaciones líquidas y exigibles, por mucho que su fuerza probatoria sea particularmente idónea.

Los de formación *negocial privada* (inciso 7º) a los cuales la ley atribuye fuerza ejecutiva lo son la letra de cambio, el cheque y el vale, o pagaré. No vamos aquí a intentar una definición de cada uno de dichos títulos, ni tampoco a hablar de sus semejanzas o diferencias, pues esto no corresponde a la materia procesal. Solamente cabe mencionar ciertos particulares que tienen atinencia a la materia procesal, pues integran el título ejecutivo, como son el protesto, cuando la ley lo exige, para las letras de cambio, y el aviso a los endosantes en el caso del cheque, cuando la demanda se dirija contra ellos. El pagaré, en cambio, no requiere nunca tales requisitos y constituye por sí un título ejecutivo completo. ↓

La fuerza ejecutiva es atribuida a estos títulos, no porque de su origen emanen particulares garantías de certeza, puesto que son absolutamente privados, sino por su gran funcionalidad en la vida civil y comercial, la cual ciertamente no se podría concebir en los tiempos modernos si prescindimos de aquéllos. Por este motivo, aunque relegados al anonimato en la enumeración contenida en el artículo 425 *ibídem*, por virtud de un inciso de carácter general, en la práctica han llegado a constituir los títulos ejecutivos por excelencia.

b. Requisitos generales del título ejecutivo.

Como hemos tenido ocasión de adelantar, todo título ejecutivo debe contener ciertos requisitos que, en nuestro criterio, son los siguientes: identificación de las partes, li-

quidez (actual o potencial) y exigibilidad. A éstos se suele agregar (Podetti: obra citada, páginas 93 y ss.) la legitimación sustancial y la causa lícita, pero nos parece que éstos no son propiamente requisitos del título pues, en efecto, la primera, que se resuelve en la llamada "personería ad causam" (activa y pasiva), no se refiere propiamente a aquél, sino a la acción ejecutiva. Podetti no ha tenido más remedio que incluirla como un requisito del título por la razón de que, para él, no existe la acción ejecutiva sino "la acción", en su concepto general y unitario (obra citada, página 87); pero es evidente que el título, desde el punto de vista que lo hemos considerado, no puede contener por sí mismo e independientemente de la persona que lo hace valer en el proceso, o de la persona contra la cual se hace valer, el pretendido requisito de marras. Y lo mismo ocurre con la "causa lícita": ésta será, a lo más, un elemento de la obligación aludida en el título. El prestigiado tratadista argentino menciona también dos "presupuestos" más del título ejecutivo, a saber: plazo vencido e incondicionalidad de la obligación (o bien, cumplimiento de la condición, si existía), pero en nuestro criterio ambos son elementos integrantes de la exigibilidad.

Procedamos ahora a un examen detenido de los tres requisitos que arriba se han indicado:

Identificación de las partes

Como el contenido del título debe ser necesariamente una obligación, obviamente deberá expresarse en el mismo los nombres del acreedor y del deudor, en la forma más completa posible, con expresión de sus calidades y domicilio, si el título, por su naturaleza, lo permite. De otro modo, si del título no resulta la identificación de las partes, no tendrá carácter ejecutivo. Es claro que esta regla tiene, en una relativa medida, excepciones, como lo son los documentos al portador, pero aún en estos debe ser posible

la identificación del obligado u obligados. Nuestro Código no contiene ninguna disposición que establezca expresamente lo anterior como requisito del título ejecutivo, mas es evidente para cualquiera que el Juez, de previo a despachar la ejecución (esto es; de previo a dar curso a la acción ejecutiva) conforme lo prescriben los artículos 436 y siguiente, procederá a confrontar los nombres de las partes expresadas en el escrito de demanda con los que aparecen en el título; y precisamente podemos observar que a esto se refiere el último de los artículos citados cuando habla de que el actor debe acreditar su personalidad. Pues, ¿a qué otra "personalidad" podría referirse la ley sino a aquella en cuya virtud el demandante puede ejercer la acción ejecutiva?

Liquidez de la prestación

Conforme lo dispone el artículo 426 ibídem, no puede despacharse ejecución "... sino por cantidad líquida o que pueda liquidarse con vista de los datos que resulten del documento presentado por el actor, sin necesidad de más prueba..."; lo cual significa: a) que la prestación que resulta de la obligación expresada en el documento debe consistir en la entrega de una suma de dinero que allí se indica; y b) que si dicha suma no está expresamente indicada, sea posible determinarla apoyándose para ello en los datos que del mismo documento resulten. No obstante lo dicho existen casos en que el título no contiene todos los datos requeridos para que el Juez, mediante una simple operación aritmética, pueda determinar la suma debida; y entonces pueden darse dos situaciones: a) que sea posible suplir la deficiencia con un simple avalúo pericial, en cuyo caso el título se considera ejecutivo (apartado segundo del artículo citado), porque en tales supuestos la iliquidez de la prestación es sólo aparente, ya que la cantidad debida se puede determinar por un procedimiento expedito; y b) que no baste la estimación pericial, por carencia de los datos suficientes, y entonces estamos ante un caso de ili-

quidez que, desde el punto de vista de la acción ejecutiva, se considera irreductible.

También existe la hipótesis de la liquidez parcial, es decir, cuando el objeto de la obligación sólo es cierto y determinado en parte (artículo 427 *ibidem*) al tenor del título presentado, y entonces la ejecución se despachará por la cantidad líquida solamente.

Al lado de la regla general expuesta, el Código contiene dos excepciones, a saber: cuando la prestación consista en hacer o no hacer algo, caso en el cual estamos ante un absurdo jurídico, por no ser adecuado el proceso ejecutivo común para tutelar debidamente los derechos del acreedor, como hemos creído demostrarlo (ver N° 43, b.); y cuando el título exprese obligaciones cuyo objeto es la entrega de "especies que se cuentan; pesan o miden" (artículo 428). Ya aquí no podría hablarse de liquidez potencial de la prestación, que puede devenir actual mediante un simple avalúo, sino de una prestación distinta. No obstante ello observamos que esta hipótesis se asimila, en cuanto a la prestación se refiere, a la regla general expuesta, por consistir en la entrega de una determinada cantidad de cosas fungibles; y en todo caso se puede aquí apreciar en forma muy clara en qué medida es connatural al proceso ejecutivo este requisito de la liquidez de la prestación, pues, en efecto, en presencia de un título que contenga obligaciones del género referido el Juez debe ordenar, de previo a dar curso a la ejecución, que el deudor entregue a su acreedor los efectos debidos, en un plazo que al efecto señala, y si dicho deudor no cumple, deberá el Juez disponer que tales efectos "se reduzcan a dinero", despachando entonces la ejecución por la suma que resulte. Esta reducción a dinero de que habla el artículo no es otra cosa que un acto de liquidación de la prestación, y puede servir, bien para efecto del embargo y la venta de bienes del deudor (hecho lo cual el acreedor puede pedir que con el producto se adquieran los efectos debidos), o bien, yendo más adelante, que el pro-

ducto de dicha venta se destine a la satisfacción directa de la obligación, en el monto obtenido en virtud del avalúo hecho preliminarmente. De otro lado podemos observar que el caso es realmente extraordinario, y creemos que raramente se presentará en la práctica. Y, dicho sea de paso, en el mismo encontramos un fenómeno insólito dentro de nuestro sistema procesal: el verdadero "precepto de solvendo" que debe hacer el Juez al deudor como acto previo a la ejecución, y que otrora fuera común a todos los tipos de proceso ejecutivo.

En cuanto a las sumas adeudadas en concepto de intereses o perjuicios que formen parte de la prestación expresada en el título, es nuestra opinión que pueden ser reclamadas con base en el mismo, aplicando las reglas contenidas en el artículo 426 (primero y segundo apartados) si ello fuere posible, de manera de formar un todo con la cantidad principal. Pero si no estuvieren liquidadas al momento de despacharse la ejecución, podrán cobrarse después de pronunciada sentencia, previa su determinación por los trámites que señalan los artículos 1000 y concordantes del Código citado, pues siendo prestaciones accesorias su iliquidez no es óbice para que el documento presentado se considere título ejecutivo.

Entendemos la liquidez como "determinación en dinero", según se ha visto de lo dicho anteriormente y siguiendo en esto a la doctrina española antigua, que es la inspiradora de nuestra legislación actual. No obstante, el Código a veces parece referirse al concepto más amplio de "determinación" (artículo 427), que es, según nuestro criterio, la acción y el efecto de precisar inequívocamente la prestación, aunque no lo sea en términos de dinero. Este concepto se aviene más con la doctrina moderna, sobre todo con la italiana, que concibe la liquidez como determinación del objeto (Confr.: Gian Antonio Micheli: *L'Esecuzione Forzata*; Editrice Universitaria, Firenze, 1961; N° 6. En el mismo sentido puede verse en Podetti: *Obra citada*, página 98).

El último de los requisitos que hemos considerado necesarios para que el documento constituya título ejecutivo es, tal y como el Código mismo lo sugiere (artículo 426, último apartado), que la obligación aparezca en el mismo como exigible. Esta cualidad resulta de la constatación objetiva de dos elementos: que la obligación sea incondicional (o bien, si contiene condiciones, que éstas hayan sido cumplidas, o que su cumplimiento esté, por cualquier motivo, dispensado para el acreedor) y que el plazo que aparece otorgado al deudor para la ejecución de la prestación a que deviene obligado se encuentra ya vencido. Las circunstancias dichas, configurativas de la exigibilidad, deben constar por regla general del documento, salvados los casos en que deba complementarse a éste con otras pruebas que el acreedor mismo debe producir de previo al examen del título por el Juez, como ocurre en el caso de la obligación condicional que se deriva del documento (pues si no consta de la literalidad de éste y el deudor alegare oportunamente su existencia, a él corresponderá probarla).

El texto legal que ahora examinamos dice literalmente que "... Para que la ejecución proceda es necesario que la deuda sea exigible", indicando así, aunque en un lenguaje no muy preciso, que el examen que de este requisito hace el Juez tiene lugar antes de "proceder" ejecutivamente, consistiendo entonces en el estudio del documento y sus complementos, en los casos en que estos últimos se requieran. Pero si la indicada norma se debe entender literalmente, es decir entendida en el sentido de que el Juez debe saber que la deuda es exigible antes de despachar la ejecución, la vía ejecutiva común no podría siquiera ser concebida; porque estaríamos directamente en el caso de un proceso de conocimiento típico, en el que el Juez tendría que llamar al deudor como demandado, oír sus razones, evacuar y apreciar la prueba de ambas partes, etc., antes de "proceder"

ejecutivamente. Y vemos entonces que lo que el Juez debe hacer ante la demanda del acreedor provisto de título ejecutivo es presumir la exigibilidad de la obligación conforme resulte del examen del mismo. Veamos cuál es el fundamento de este proceder.

Lo que hemos llamado presunción de exigibilidad no es en el fondo otra cosa que un reflejo, una consecuencia de otra presunción más amplia: la de que el contenido del documento es cierto. Porque, en verdad, ésa constituye la base, la raíz que nutre toda la institución. Dicha presunción encuentra su razón de ser en la experiencia de la realidad extraída del diario vivir, de los casos prácticos, concretamente, de los tribunales, en los que se ha podido observar que, en una gran mayoría de casos presentados, el acto jurídico que sirve de contenido al título existe verdaderamente, o dicho mejor, que a la literalidad del título corresponde efectivamente un derecho del acreedor. Porque, en efecto, si esta experiencia de la vida que se cristaliza en la norma jurídica enseñara que en una cantidad apreciable de casos en que el acreedor acciona munido de título ejecutivo, no le correspondía ningún derecho, porque el deudor había cumplido la prestación, la presunción legal de certeza no existiría, y el Juez exigiría pruebas convincentes antes de proceder ejecutivamente: ello equivale a decir que no existiría la institución del título ejecutivo. Pero en cambio, la enseñanza de la experiencia es precisamente lo contrario, y sobre la misma, entonces, se ha construido toda esta familia de los procesos sumarios con restricción de la defensa e inversión de la carga de la prueba, cuya característica definitoria (de ahí su nombre) la constituye la presencia de un sistema de medidas compulsorias ejercidas sobre el patrimonio del demandado. La estadística muestra claramente que los casos de oposición fundada contra la ejecución son muy raros, y de una abundancia abrumadora aquéllos en que la oposición es maliciosa, y los que se desarrollan sin ninguna oposición.

Se ha querido incluir la presunción de certeza como requisito del título ejecutivo, por ejemplo mediante el enunciado de que el título debe referirse a un derecho cierto (artículo 474 del Código de procedimientos civiles de Italia), siendo que en realidad aquélla es presupuesto formal de la acción ejecutiva pues, como toda presunción legal, se refiere a la existencia de uno o varios hechos, y no al enunciado de dicha existencia, que es lo que el título contiene; porque una cosa es que la presunción de certeza descansa en el título y otra muy diferente que constituya un requisito del mismo.

c. Límites objetivo y subjetivo del título ejecutivo.

De lo expuesto podemos concluir con que el contenido del título ejecutivo es, o mejor, representa, un derecho del acreedor correlativo a la obligación presuntamente cierta, líquida y exigible, asumida por el deudor a favor de aquél. Esto indica el límite objetivo del título pues, como se suele decir, el derecho se encuentra todo en el mismo. Por ello es que el título ejecutivo es, en cierto modo, una prefiguración, en estado germinal, del proceso ejecutivo mismo, y que éste no tiene ni puede tener otra finalidad que la de tutelar el derecho que del título se presume.

Ahora bien; la delimitación del derecho que se verifica en el título tiene también como consecuencia que este último devenga un instrumento completo, con vida propia, idóneo por sí para provocar el inicio del proceso ejecutivo y para sustentar su característica actuación, por lo menos hasta el momento en que el demandado demuestre que la acción era infundada y el título una apariencia jurídica.

También encuentra límites el título en cuanto a los sujetos que dentro de él se identifican como acreedor y deudor, de la cual circunstancia se determina precisamente, como ya lo habíamos apuntado al hablar de los requisitos del título, la así llamada legitimación ad causam, activa y pasiva (confróntese: Gian Antonio Micheli: obra y lugar cita-

dos). En el aspecto activo el título produce sus efectos a favor de la persona que, al momento de la ejecución, aparezca como titular del derecho, por ser la que se identifica del documento o un causahabiente suyo, tanto inter vivos como mortis causa. En cambio desde el punto de vista pasivo, su eficacia no va más allá del obligado u obligados, o su sucesión, si se trataba de una persona física, sin que constituya una excepción a esta regla el caso de la acción dirigida contra los socios de una sociedad en nombre colectivo (artículo 42 de la Ley de Sociedades Mercantiles) porque aquí no se trata de ampliación de los límites subjetivos del título sino de un caso de responsabilidad subsidiaria impuesta por la ley.

45. EL PROCESO EJECUTIVO COMUN.

Bajo este epígrafe estudiaremos el proceso ejecutivo común en sus aspectos estático y dinámico. Desde el punto de vista del primero aludiremos a sus presupuestos procesales, examinaremos la acción ejecutiva, sus condiciones, contenido, etc.; y en el aspecto dinámico vamos a estudiar lo que nuestro Código llama impropiaemente "Ejecución" (Capítulo Segundo del Título y Libro citados) y que no es otra cosa que los trámites hasta la sentencia inclusive. Los procedimientos de embargo serán objeto de estudio más adelante, aunque en la realidad se desarrollen, o se suelen desarrollar, contemporáneamente a los trámites de la llamada "ejecución", por ser aquél un instituto de naturaleza cautelar, no ejecutiva, aunque yuxtapuesto aquí a los trámites del proceso ejecutivo.

a. Presupuestos.

Los presupuestos meramente formales del proceso ejecutivo común son, como los de todo otro proceso civil, la competencia del Juez y la capacidad de las partes para ser tales. Siendo el estudio de los presupuestos un tema general

del Derecho Procesal no creemos necesario detenernos en muchas explicaciones, y con mayor razón porque entre nosotros el proceso ejecutivo no ha merecido una especial determinación de competencia, sino que en este aspecto se rige en un todo por las reglas comunes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello pasaremos de inmediato al estudio de la acción ejecutiva.

b. Acción Ejecutiva.

Chiovenda definía la acción ejecutiva como "el poder jurídico de dar nacimiento a la condición para la actuación práctica de la voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien de la vida" (Istituzioni di Diritto Processuale Civile, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960; Vol. I, Nº 88). De esta definición, que no compartimos en un todo, por ser consecuente a la concepción que de la acción tenía el gran Maestro, podemos sin embargo hacer destacar la idea de "la actuación práctica de la voluntad concreta de la ley", es decir, de concretar en resultados materiales el derecho de una persona, dando así remate a la actividad jurisdiccional y vida al ordenamiento jurídico. Porque, en efecto, es de ahí de donde se destaca la distinción entre la acción ejecutiva y las otras clases de acción.

Ahora bien, normalmente la acción ejecutiva presupone una actividad jurídica antecedente, pues de ningún modo podría admitirse que los tribunales acojan una pretensión a obtener, directamente, ventajas materiales sobre un patrimonio, así de buenas a primeras, sin que preexista a la tal pretensión un algo que constituya su garantía de legitimidad, por lo menos en un grado satisfactorio. Si, por ejemplo, alguien viene ante el Juez pidiéndole que embargue bienes de otra persona, y para ello se basa tan solo en su palabra, aquél le exigirá que garantice los eventuales daños que tal medida pueda ocasionar. Pero si a la solicitud acompaña el gestionante algún atestado en el cual conste

que su pretensión es legítima, o existen serias razones para creer que lo sea, entonces el Juez tutelaré su interés. Todo esto está dispuesto así en la ley positiva, pero además de esa su obligatoriedad, es de sentido común que así sea. Y precisamente es este sentido común lo que sustenta las normas relativas a la acción ejecutiva, cuyo presupuesto o condición específica es aquella actividad antecedente que resulta de ordinario del documento presentado por quien la pretende, legitimándolo para ello.

Pero el documento o documentos en que consta el título del actor para pedir la vía ejecutiva no son, en abstracto, con prescindencia de la persona de aquél, título idóneo, si no existe relación de identidad entre dicho actor y quien es designado como acreedor, o entre quien es indicado como deudor en dicho documento y aquél contra quien se procede en juicio.

Y así tenemos, entonces, las condiciones de la acción ejecutiva: el título ejecutivo y la legitimación ad causam, en sus dos aspectos activo y pasivo, entendiendo por "condiciones" de la acción aquellas circunstancias que tornan posible la consecución de los fines que la misma persigue, fines que más adelante examinaremos con cierto detalle.

Entre las condiciones de la acción en general se suele incluir el derecho y el interés para actuar, y por ello tendremos que tomar posición también frente al problema de si lo son efectivamente o no. Al respecto creemos, siguiendo las ideas del profesor Satta, que no tiene sentido hablar de un derecho y de una acción como fenómenos independientes, ni de un interés para actuar separado del interés sustancial de obtener la tutela jurídica, pero no entraremos en un planteo general de estos puntos sino en relación a la acción ejecutiva, que es ahora nuestro objetivo.

En efecto, el derecho no es una condición de la acción ejecutiva porque, en primer lugar, repetimos, la acción y el derecho son insolubles, y lo único que el actor tiene al

momento de incoar la demanda ejecutiva es un poder de acción que se resuelve en "acción", es decir, en actividad procesal; y en segundo lugar, porque el fin de la acción ejecutiva no es la declaración vinculatoria de un derecho (cuya existencia, por lo demás, es presumida merced al título ejecutivo) sino, como había intuido el Maestro Chioa, una actividad tendiente a la satisfacción material de aquel presunto derecho del actor. Esto podría parecer fácilmente refutable en el caso de nuestro proceso ejecutiva común, que no es ejecución pura puesto que contiene una etapa de cognición sumaria; pero aún en este caso puede sostenerse nuestra tesis, porque tal cognición sumaria no remata en una sentencia que declara el derecho con fuerza de cosa juzgada (condenando o absolviendo al demandado) sino en un proveído instrumental cuyo contenido se agota en confirmar o revocar los actos ejecutivos cumplidos hasta ese momento. Prueba de ello es que, no obstante la firmeza de la llamada "sentencia de remate", las partes conservan la facultad de accionar para que en sede ordinaria se haga un pronunciamiento definitivo sobre sus pretendidos derechos.

Tampoco, según creemos, el interés para actuar es presupuesto de la acción ejecutiva, como no lo es en general de ninguna acción. Cuando se dice que una persona tiene un interés, que la ley tutela, para iniciar y sostener un procedimiento ejecutivo, se quiere expresar a fin de cuentas, pero en un lenguaje confuso, que dicha persona puede ejercitar la acción ejecutiva. Y la cosa sería solamente cuestión de nombre (interés tutelado=acción) si no se pretendiera que se trata de fenómenos distintos y separables. El dueño de un pagaré vencido que "ejecuta" a su deudor no hace otra cosa que ejercitar la acción ejecutiva, único remedio que le queda si aquél se niega a pagar. Si el Juez no da curso a la ejecución porque, digamos, de acuerdo con la ley vigente no existe ese tipo de tutela, por qué decir que falta "un interés para actuar" tutelado por la ley, si

lo que en realidad no existe es, precisamente, la acción ejecutiva?

La falta de las condiciones de la acción ejecutiva tiene como consecuencia el rechazo de la pretensión del actor, ya sea en puertitas, ya inmediatamente después de la clausura de la etapa de cognición, en la llamada "sentencia de remate" (que en este caso no lo es). Sin embargo, en cualquiera de esos dos momentos puede el actor pedir que "se ordinarie la vía", como se dice en nuestra jerga forense, lo cual significa que desea que su pretensión a la tutela jurisdiccional se tramite por el procedimiento ordinario, vale decir, de cognición plena (artículos 434 y 438 *ibidem*). Este fenómeno es muy revelador, en cuanto sirve para demostrar el carácter tan singular que la acción ejecutiva tiene frente a las acciones ordinarias. Dicha acción es, por una parte, un privilegio, pero de otra constituye una limitación. Privilegio, porque el acreedor legitimado obtiene con cierta rapidez los beneficios materiales que pretende (o para decirlo mejor, tiene la posibilidad de obtenerlos, pues ocurre a menudo que no aparece ningún bien a nombre del deudor, y el crédito queda entonces insatisfecho); y limitación porque su pretensión está limitada por el título, de modo que cualquier defecto en éste que no sea fácilmente subsanable provoca un "no ha lugar", por mucho que en el fondo exista la deuda, porque el examen del título no va, lógicamente, al fondo, sino a la forma. Pero también es revelador este expediente de "ordinar la vía" en cuanto demuestra que el proceso ejecutivo no es un ordinario en pequeño, sino que su objetivo es totalmente otro, por mucho que entre nosotros se encuentren ciertas semejanzas de estructura.

46. TRAMITACION DEL PROCESO.

a. Escrito de demanda y auto inicial

El escrito con que se propone la demanda ejecutiva debe llenar ciertos requisitos mínimos, que son: a) designa-

ción de las partes, incluyendo sus calidades y domicilio, tanto para efectos de identificación como de competencia; b) objeto del proceso, es decir, lo que se pretende obtener del mismo; c) hechos, es decir, la situación fáctica relativa a la situación jurídica existente entre las partes; y d) fundamentos de derecho, o sea, la cita de los artículos de ley que apoyan la pretensión del actor. La falta de alguno de estos requisitos debe provocar, por parte del Juez, la negativa a despachar la ejecución, aunque dudamos que, de hecho, suceda siempre así; e incluso hay casos en que el petitum es incompatible con el proceso ejecutivo, y ello sucede siempre que se pida que en sentencia se condene al demandado, lo cual es muy corriente de ver en nuestros tribunales. Por otro lado existe una exigencia general de nuestra ley que atañe al escrito inicial de toda demanda, y es la de estimar en dinero la pretensión formulada.

El escrito debe presentarse al tribunal junto con el documento en donde consta el título ejecutivo, a fin de que el Juez determine, previo examen de ambos, si el actor está legitimado para ejercitar la acción ejecutiva. Si llega a la conclusión afirmativa entonces "despacha la ejecución", es decir, pone en el expediente una resolución cuyo contenido es el siguiente: 1º orden de despachar la ejecución, lo cual significa, según nos parece, una indicación de que se procederá ejecutivamente contra el demandado, indicando la suma de dinero que será objeto del "cobro judicial"; 2º orden de embargar bienes del accionado "en cantidad bastante para cubrir la suma cobrada y un cincuenta por ciento más para intereses y costas" (artículo 437 íbidem), así como cualquier otra disposición relativa a la materialización del embargo, como puede ser el nombramiento de ejecutor, expedición de cartas-órdenes, mandamientos, etc.; 3º, prevención al ejecutado de que para oponerse a la ejecución cuenta con el plazo de cinco días; y 4º prevención al ejecutado para que en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes señale casa u oficina donde se le pueda seguir notificando.

Dice el artículo 435 íbidem: "Si se tratare de una cuenta corriente y si el deudor hubiere convenido al celebrar el contrato, que vencido el plazo señalado para cortarla y satisfacer el saldo, pueda el acreedor ejecutar hasta por el monto porque se abrió el crédito, se despachará la ejecución por esa suma, a reserva de que en el término de la oposición, pueda el deudor rectificar la liquidación hecha por el acreedor". Parece ser que la finalidad de la disposición es la de brindar al acreedor la posibilidad de ejecutar a su deudor sin necesidad de proceder a una liquidación detallada previa de la cuenta existente entre ambos, trasladando a la fase de oposición el momento de la liquidación; pero desde el punto de vista procesal, que es el que nos interesa, dicha norma presenta la singularidad de ser un caso donde falta la certeza en cuanto al monto del crédito, y ello puede producir más de un embarazo en el curso del proceso, pudiendo suceder perfectamente que el demandado opusiera una defensa de pago parcial y, con base en la misma, una excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de cuantía, lo que llevaría a una situación incierta por el momento en que, según la ley (artículo 442 íbidem) deben ser resueltas cada una de las referidas excepciones. Claro que, se dirá, lo mismo puede eventualmente ocurrir en una ejecución corriente, pero lo singular de este caso es que el actor está autorizado por la ley para ejecutar por el máximo, y el Juez debe despachar la ejecución por esa suma. No se trata de la posibilidad de hecho de que el monto varíe, como ocurre en toda ejecución, sino de una incerteza teórica, a priori.

b. Periodo contencioso

El período contencioso del proceso ejecutivo común se inicia con la "citación a juicio hecha al deudor" que contiene el auto de precepto solvendo. Malgrado el nombre que se le da, este auto no contiene ninguna intimación a cumplir la obligación dirigida al demandado por el Juez,

sino que aquél llega a tener noticia del proceso por lo general en una forma indirecta, mediante la traba del embargo. Si el Juez se dirige especialmente a él es solamente para citarlo a juicio y no para que pague a su acreedor, de donde hemos sacado la conclusión, arriba expuesta, de que también en nuestro proceso ejecutivo común está implícitamente descartada la posibilidad del cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor. Claro que éste puede hacer detener los procedimientos en cualquier tiempo mediante el pago, pero entonces debe depositar una suma adicional para responder a intereses no liquidados y gastos del proceso, y esto, en la práctica, puede significar una apreciable suma. En otra parte hemos señalado que en el proceso ejecutivo italiano existe el precepto de solvendo como una medida introductoria a la ejecución, que sirve, entre otras cosas, de constatación oficial de la mora y como aviso de que, dentro de un determinado plazo, se procederá a la ejecución forzada, con lo cual se excluye la posibilidad de maniobras por parte del acreedor de mala fe, que ejecuta sin previo aviso para lograr que su deudor se vea constreñido a darle mayores ventajas que las derivadas del crédito mismo, o simplemente con ánimo de causarle perjuicio.

Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto inicial puede el deudor oponerse a la ejecución, ofreciendo la prueba de los hechos en que funda sus excepciones (artículo 440 *ibídem*), prueba que, según la ley, debe ser evacuada dentro de los cinco días inmediatos. Por su parte el actor puede proponer su "contraprueba" dentro de este último plazo, y gozará de un término igual para evacuarla que se concede a su favor como una prórroga, si no le hubiere sido posible hacerlo simultáneamente con el demandado (artículo 443). Esta brevedad de los términos, que haría de nuestro Código el ideal de los procesos listas, no corresponde, por desgracia, a la realidad, ya que descansa en un equívoco, según nuestro criterio. El equí-

voco, que por otra parte, informa muchas otras de nuestras disposiciones sobre práctica de prueba (ver los artículos 202 y 390, entre otros), consiste en suponer que en Costa Rica existe para el desarrollo del proceso un sistema de audiencias, en donde el Juez indica a las partes, directamente, las posteriores audiencias en que pueden practicar su prueba. Y es que en un sistema tal sí puede exigirse a la parte que ofrezca su prueba en un corto plazo, y ella estará en capacidad de hacerlo; pero tal cosa es incompatible con nuestro sistema ultra-escrito, en que la expedición de las diligencias no depende casi de las partes interesadas, sino de la "agenda" del tribunal; donde para que una de ellas sepa lo que la otra ha dicho se necesita por lo menos una semana; y donde, por fin, los cinco días de que habla el artículo 440 se convierten, cuando las cosas marchan óptimamente, en quince.

Resumiendo, creemos que este período contencioso del proceso ejecutivo cuya duración máxima es diez días, pero que puede ser prorrogado a favor del actor hasta por otros cinco más, es solamente una bella ficción sin ninguna correspondencia con lo que realmente pasa, y que nuestro proceso ejecutivo común, por esta y otras razones que se irán viendo en el curso de este trabajo, se ha ido convirtiendo en un proceso común, del cual solo se diferencia en que para embargar no es necesario hacer depósito.

c. Excepciones

Dijimos que la oposición del demandado se produce mediante la formulación de excepciones (artículo 440) y aquí cabría preguntarse si este precepto autoriza a dicha parte a oponerse simplemente, alegando sus razones, o exige un mínimo de fórmulas rituales, en el sentido de que el demandado tenga que decir expresamente: "opongo las siguientes excepciones... etc.". El artículo prescribe que el demandado "deberá... proponer sus excepciones..." y esto nos induce a pensar que la segunda hipótesis es la

correcta, no obstante tener el grave inconveniente de hacer depender de un formalismo el destino del procesado. Sería algo realmente lamentable que una manifestación del demandado en el sentido de indicar que, por ejemplo, la deuda ha sido pagada, o está prescrita, no fuera tomada en cuenta por estimarse que no había sido expresada claramente la voluntad de oponer las relativas excepciones, y dudamos que en el caso concreto el Juez omita tomar en cuenta la oposición por ese motivo; pero de otra parte no hay que subestimar el valor de ciertas formalidades que obligan a las mismas partes a expresarse claramente y permiten al Juez saber qué es lo que las mismas solicitan. En la Jurisprudencia de nuestras Salas se suele repetir, de tiempo en tiempo, que el ordenamiento procesal costarricense no contiene fórmulas rituales, pero la verdad es que sí existe y debe existir también en nuestro proceso un mínimo de ritualidades. Si el demandado dice, por ejemplo: "el señor Juez no es competente para conocer de este negocio", o "No estoy de acuerdo con lo resuelto y espero que el Superior lo revoque", dudamos que tales manifestaciones puedan ser tomadas en cuenta, respectivamente, como una excepción de incompetencia de jurisdicción y como un recurso de apelación, por mucho que se diga que nuestro sistema no contiene fórmulas rituales.

Tampoco existe en nuestro Código, teóricamente, ninguna limitación relativa a la clase de excepciones oponibles dentro del proceso ejecutivo (artículo 441 citado) pero de hecho resultarán necesariamente limitaciones, impuestas por la misma naturaleza del título ejecutivo en base al cual se actúa, como vemos en el caso del artículo 152 de la Ley de cambio, en lo que se refiere a la letra y al pagaré, o en el caso del artículo 55 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en lo que se refiere a los títulos expedidos por la Oficina de Tributación Directa en cobro de dicho impuesto. También constituye una notable limitación en lo relativo a las defensas oponibles lo que prescribe el artículo 431 del Código

de Procedimientos Civiles en relación al título ejecutivo fundado en la confesión ficta o en el documento tenido como reconocido en rebeldía del prejudicado, puesto que al no permitirse la impugnación de los hechos tenidos como ciertos al tenor del acta de posiciones o del documento, se excluye automáticamente las defensas dirigidas a atacar la certeza del crédito, su exigibilidad, su monto, etc; quedando el demandado reducido a las de forma y, según nos parece, a las de prescripción y compensación, aunque también estas últimas podrían quedar excluidas al tenor del título mismo.

Cuando se propongan excepciones formales, dirigidas contra los presupuestos procesales, como la llamada de falta de personería de las partes (falta de capacidad para ser parte o, en su caso, defecto de representación) o la de incompetencia de jurisdicción, debe el Juez hacer un pronunciamiento previo y especial sobre las mismas, en cuya virtud la actividad normal del proceso quedará suspendida hasta que el punto sea completamente definido. En los demás casos el contenido de las defensas será objeto de decisión en la sentencia (artículo 442). En virtud de lo anterior hay que entender que también una excepción formal como lo es la de litispendencia debe ser resuelta en el fallo, lo cual parece ser una lamentable omisión de la ley, que hace nugatoria la finalidad misma de dicha excepción, pues no se gana mucho con que el Juez que conoce del segundo proceso venga a declarar en sentencia la procedibilidad de aquélla, después de que el pobre accionado ha tenido que soportar un doble embargo, hacer frente a dos procesos, etc. Y no se diga que dicha excepción se puede resolver también in limine litis por ser en el fondo una incompetencia de jurisdicción, porque además de que tal argumento no tiene apoyo en la ley, tampoco resulta fácil de explicar dónde está la incompetencia del Juez que tramita el segundo proceso, si el mismo le corresponde por territorio, materia y cuantía. El objetivo que se persigue mediante la declaración de litispendencia parece centrarse en la econo-

mía procesal, así como en impedir pronunciamientos contradictorios, y todo esto es completamente ajeno a los objetivos perseguidos con la declaración de incompetencia de jurisdicción.

Además de las limitaciones en cuanto a la clase de excepciones oponibles dentro del proceso en estudio, resultan otras relativas a la prueba admisible a efecto de demostrar los hechos en que aquéllas se fundan. Y vemos entonces que, de acuerdo con la regla del artículo 752 del Código Civil, la prueba testimonial queda excluida para los fines dichos, salvo cuando el demandado tenga en su poder un documento que constituya principio de prueba por escrito, o en fin, cuando se den los otros casos del artículo 757 del mismo Código. Otro ejemplo es el del artículo 152 de la Ley de Cambio, en donde se estipula que el demandado debe producir su prueba por medio de documentos o pidiendo confesión a la contraria, únicamente. En fin, resumiendo podemos afirmar que los dos medios de prueba mencionados (documentos, confesión) constituyen en general dentro del proceso ejecutivo común, la prueba por excelencia, no solamente debido al carácter que podríamos llamar "documental" de este proceso, sino porque los otros tipos de prueba, o no se prestan para ser utilizados en el mismo, o están excluidos o casi excluidos por la ley, como le sucede a la prueba testimonial.

d. *La oposición extraordinaria del artículo 433*

Dispone el artículo 433 del Código de procedimientos civiles: "En cualquier tiempo en que presentare el ejecutado o un tercer opositor, título ejecutivo que destruya la fuerza del que haya servido para despachar la ejecución, se revocará ésta. Mas el desembargo no se efectuará sino cuando sea firme la revocatoria o se diere fianza bastante para el caso de que la resolución no sea confirmada por el superior". Por ahora nos interesa solamente el primer párrafo,

que creemos se puede descomponer en las siguientes reglas: a) El demandado puede, en cualquier tiempo, oponerse a la ejecución presentando título del que resulte que el actor es su deudor por una suma igual o mayor que la cobrada dentro del proceso; b) lo dicho puede hacerlo, también en cualquier tiempo, un tercero; c) si el documento presentado es título ejecutivo, el Juez debe revocar "la ejecución", es decir, debe dejar sin efecto lo actuado en el proceso ejecutivo, con las salvedades que veremos.

Como puede verse, estamos ante un caso de compensación, que ha merecido en el Código un régimen especial, de acuerdo con la naturaleza de ese modo de extinción de las obligaciones. Puede extrañar el hecho de que la oposición no esté, en este caso, sujeta a términos perentorios, como lo está la formulación de excepciones en general, pero ello se explica del hecho de que la compensación se opera de iure "desde el instante en que concurren las condiciones que la hacen nacer" (artículo 809 del Código civil), y de ahí que, si el crédito del demandado contra el actor deviene exigible posteriormente a la expiración del plazo que el primero tenía para oponer excepciones, siempre se pueda hacer oposición alegando la compensación, pues a partir de ese momento ha dejado de existir, en virtud de la misma y de pleno derecho, el crédito hecho valer por el actor contra el demandado dentro del proceso. La excepción de pago, en cambio, debe formularse dentro del período indicado, porque sólo tiene validez cuando el pago se ha hecho con anterioridad al proceso; si el pago se verifica estando éste pendiente, lo que se hace es presentar un escrito de desistimiento firmado por el actor, y no la presentación de la excepción.

El título ejecutivo a cargo del actor puede ser presentado al proceso, tanto por el propio demandado como por un tercero, con lo cual ha querido dar la ley una inusitada amplitud a este tipo de oposición, previendo aún el caso de que el referido documento no esté en poder de

su dueño, por cualquier razón. El interés del tercero en la oposición podía estribar en este caso en lograr prelación en el orden de embargos sobre los bienes del demandado, en la misma forma que puede hacer depósito, conforme al artículo 463, apartado final, del Código de procedimientos civiles, para lograr los mismos fines.

Si el documento presentado es título ejecutivo a favor del demandado y contra el actor, el Juez debe revocar la ejecución, aún cuando en el proceso hubiere recaído sentencia, pues los efectos de ésta no interfieren en absoluta para que el crédito del actor se extinga en virtud de la compensación, sin perjuicio de la cosa juzgada formal que la misma produce y que podría ser opuesta al demandado para efecto de cobrarle las costas causadas.

La norma citada contiene en su párrafo segundo una disposición que constituye una salvedad frente a los efectos de la revocatoria de la ejecución decretada por el Juez, al disponer: "... Mas el desembargo no se efectuará sino cuando sea firme la revocatoria o se diere fianza bastante para el caso de que la resolución no sea confirmada por el superior". Y decimos que el párrafo transcrito constituye una salvedad (obsérvese el uso de la expresión: "Mas el desembargo... etc.") porque precisamente de conformidad con el mismo debe interpretarse que la revocatoria sí opera de inmediato sus efectos enervantes sobre los otros actos del proceso independientes del embargo. Este fenómeno se explica en virtud de que, estando uno frente al otro dos títulos ejecutivos de igual fuerza (que, por lo tanto, se anulan recíprocamente), el segundo debe poder borrar lo que en virtud del primero se ha realizado. No es solamente un fenómeno de extinción de la obligación: también lo es de insubsistencia de la acción ejecutiva, y por eso es que el texto legal habla de "revocatoria de la ejecución", usando los mismos términos empleados en el artículo 446 *ibídem*, lo que nos parece muy significativo.

Y es tal vez por este motivo que se ha sostenido por algunos estudiosos de nuestro Derecho Procesal Civil que la revocatoria de que habla el artículo 433 debe pronunciarse siempre en sentencia, lo cual excluye que pueda ser pronunciada, no solo antes sino, lo que constituye su originalidad más destacada, después. Pero se olvida que el artículo de marras dice claramente: "en cualquier tiempo", y ello no admite limitaciones por vía de interpretación; y no se repara debidamente en el hecho de que no se puede equiparar la oposición a que este texto alude con la que se basa en las excepciones comunes, porque la base o fundamento de la primera es un título ejecutivo a favor del demandado y contra el actor, y no un simple documento de descargo.

De este hecho de presentarse el demandado al proceso munido de una legitimación que, de no operarse la compensación, sería idónea incluso para entablar una acción separada contra el actor, se concluye lógicamente, a nuestro entender, que la ley ha querido evitar que aquél entable este segundo proceso, en donde la posición de las partes estará invertida, brindando de este modo una solución mucho más sencilla y que satisface cumplidamente el principio de la Economía Procesal. Se trata, en suma, de un caso de acumulación de acciones ejecutivas recíprocas.

Como quiera que sea, debe también reconocerse que el artículo que examinamos, tan fecundo en situaciones interesantes, es omiso en muchos puntos, de modo que muchas de sus proyecciones deben ser puestas en claro mediante una interpretación hecha a la luz de los principios generales de nuestro Derecho Procesal Civil. Y ello sucede particularmente en lo que mira a los efectos de la revocatoria de la ejecución, que tendrán que variar según el momento en que la compensación se hace valer, es decir, según que la oposición tenga lugar antes de la sentencia de remate o después. Y así tenemos que: a) si la oposición se propone antes de la sentencia, la revocatoria sustituye a ésta, pro-

duciendo idénticos efectos, puesto que en el fondo constituye, ella misma, una sentencia (artículo 81, inciso 2º, ibídem); y b) si se propone después, entonces la revocatoria consiguiente da lugar al enervamiento de la ejecución, pero no anula la sentencia misma, que puede ser opuesta al demandado en cuanto a los extremos subsistentes, como la condenatoria en costas, la cual se basa en los actos anteriores a la sentencia y que, de consiguiente, quedaron bonificados por ésta.

Tampoco determina claramente la ley el régimen procesal de la oposición que hemos llamado "extraordinaria", pero de su naturaleza misma se deriva que debe ser tratada como un incidente especial, si se propone después del término de oposición, y como una excepción perentoria si se propone dentro del mismo (artículo 392, primer apartado, ibídem).

Con las anteriores consideraciones no pretendemos dejar agotado el tema, ni decir la última palabra sobre el mismo. Reconocemos los primeros que la hipótesis contenida en la norma de comentario se presta a muy diversas interpretaciones, merced a su nada clara formulación. Sirva entonces lo anterior al menos como una tentativa de esclarecimiento, que no como un logro efectivo, que estamos lejos de haber creído cosechar. Mucho se puede decir todavía sobre el asunto y esperamos poderlo hacer con más espacio del que aquí podemos dedicarle.

e. Excepciones usuales en nuestro proceso ejecutivo común

En la práctica nuestro proceso ejecutivo corriente suele tener como base más frecuente un título ejecutivo resultante de letra de cambio, pagaré o cheque, pues la práctica abusiva que del crédito nos hemos acostumbrado a hacer determina que dichos instrumentos terminen su vida en los Tribunales de Justicia, donde los portan sus dueños en procura de la tutela de sus intereses. De ahí la monotonía que

alguna vez se ha observado en relación con nuestros "casos judiciales" del género; y de ahí también esa especie de "constante" que se comprueba en el empleo de ciertas excepciones por parte de los demandados.

Estos motivos duramente anecdóticos nos han decidido a estudiar las referidas excepciones, que son las de pago, pago parcial y prescripción, exponiendo aquí brevemente nuestras observaciones, no sin antes advertir que el uso frecuente que de dichas defensas se hace está determinado precisamente por la especial normación que en las leyes correspondientes tienen los títulos aludidos, y sobre todo por el uso concreto que de ellos se suele hacer en la vida civil. Pues en efecto el pagaré y el cheque son los instrumentos favoritos de nuestros prestamistas (sin contar al "certificado de prenda", acaso más popular que aquéllos, pero que no estudiamos aquí por dar lugar a un especial tipo de proceso ejecutivo), mientras que la letra de cambio, por su naturaleza más dinámica, sigue siendo el instrumento por excelencia del comerciante.

El pago es el modo normal de extinción de la obligación (nosotros diríamos: de la acción) y en esa virtud ha sido admitido como excepción en todos los tipos de proceso ejecutivo, ya que siendo la fuente de éstos el incumplimiento, la defensa de pago deviene naturalmente la forma normal de desvirtuar la presunción de dicho incumplimiento.

El pago no es un hecho puro y simple, sino un acto jurídico, de manera que su prueba está sujeta a la limitación que establece el artículo 752 del Código civil; y siendo, por otra parte, de efectos extintivos, su prueba corresponde a quien lo aduce frente a la presunción del hecho constitutivo que dimana del título. De todo esto resulta la consecuencia de que la ley obligue a quien aparezca como deudor de una letra de cambio, cheque o pagaré, no solamente a probar que ha pagado, sino a hacer tal prueba mediante documento o confesión, ad-

mitiendo la de testigos solamente en el caso excepcional del artículo 757 *ibídem*.

Nuestro criterio es que la excepción correspondiente sólo puede basarse en el pago hecho antes del proceso, ya sea directamente al acreedor o mediante consignación judicial verificada y aprobada (artículo 807 y siguientes del Código de procedimientos civiles). De otro modo no cabe la excepción, y si el demandado desea pagar, debe hacer el depósito de la suma reclamada en juicio más un veinticinco por ciento (artículo 449 *ibídem*, interpretado a *fortiori*), todo sin perjuicio de que el acreedor ya establecido el proceso, acepte el pago directo y dé por terminado el proceso mismo. Y de aquí podemos sacar la conclusión de que si el actor no da por terminado el juicio después de haber recibido del demandado, privadamente, la suma de capital y el aumento porcentual dicho, tampoco puede el segundo oponer excepción de pago por la vía del artículo 392, primer apartado, *ibídem*, sino que debe probar la composición extrajudicial de la litis, la cual produce efectos muy diferentes de los que produciría la excepción, de ser admitida.

Como anota el Profesor Podetti (obra citada, página 225), es impropio hablar de "pago parcial", sino que se debe decir "entregas parciales", o, usando un vocablo corriente entre nosotros, "abono", pues en la terminología jurídica el concepto de "pago" significa necesariamente "pago total", de la misma manera que no puede hablarse de "extinción parcial" de la obligación, mas sí de reducción de su monto.

Por su naturaleza la excepción de abono sufre en el proceso ejecutivo común el mismo tratamiento que la de pago, de modo que para ella vale lo dicho arriba en cuanto a esta última. El código la contempla implícitamente en el artículo 446, al decir que "... la sentencia resolverá sobre las excepciones alegadas y declarará si hay lu-

gar a continuar la ejecución y por qué cantidad...", pero aún prescindiendo de este indicio, su admisibilidad siempre resultaría del tenor del artículo 441 *ibídem*.

En el caso de ejecución hipotecaria se ha puesto en duda su procedencia en virtud del tantas veces citado artículo 392 *ibídem*, el cual dispone en su segundo apartado que en este tipo de proceso "... si hubiere renuncia de trámites, no se admitirá otro incidente que el de pago...", y ello ha provocado más de un debate en nuestros Tribunales, en razón de la acepción que debe darse a la palabra "pago" en este caso.

La situación se ha resuelto por lo general en el sentido de aceptar el respectivo incidente, no con base en argumentos de carácter técnico, sino cediendo al principio (podría decirse: al sentimiento) del "favor debitoris", y argumentando, equivocadamente, que quien puede lo más (probar el pago) puede lo menos (probar el abono). Pero es obvio que aquí no está la solución definitiva del problema, ya que puede ocurrir que el demandado, con ánimo de atrasar la aprobación del remate, proponga incidente por el abono, digamos, de un colón, que dice haber hecho a su acreedor, y tal incidente sería atendible si se quiere ser consecuente con el criterio expuesto. De otra parte la opinión contraria, además de que se basa en una interpretación correcta del vocablo "pago", tiene la consecuencia, favorable al principio de expedición de los procedimientos en que parece estar inspirada la institución del proceso hipotecario con renuncia de trámites, de que evita las dilatorias, sin perjuicio de los derechos que el demandado podría hacer valer en sede separada, pero ofrece el inconveniente de que puede prestarse a grandes abusos por parte de los ejecutantes, en el caso de que el crédito estuviera reducido a una suma ínfima.

Nos parece que la solución ideal es la intermedia, que para un problema parecido ha elaborado la juris-

prudencia de las Cámaras Primera y Segunda Civiles de la Corte de Buenos Aires, República Argentina (Podetti obra y lugar citados), en el sentido de no admitir la excepción de abono, reservando la oportunidad para que el demandado haga valer sus derechos al momento de la liquidación final, en que aquél podrá, entonces sí, impugnar las partidas de capital e intereses, así como las demás que deben establecerse con base en las mismas. Creemos que esta vía concilia los argumentos de ambos lados, y es perfectamente practicable conforme a los procedimientos del juicio hipotecario con renuncia de trámites.

La prescripción es otro de los motivos de excepción usado frecuentemente en el proceso ejecutivo común, en primer lugar, porque la misma se opera a un plazo relativamente corto para las obligaciones constantes en los títulos a que nos venimos refiriendo, y en segundo lugar, porque ocurre mucho entre nosotros que los prestamistas, una vez vencida la obligación constante, por ejemplo, en un pagaré, no proceden de inmediato a su cobro, sino que permiten a su deudor continuar abonando periódicamente los intereses. Como esta situación puede durar mucho tiempo, cuando por fin el documento se presenta al Tribunal como base de la correspondiente ejecución, de su contenido aparece que el vencimiento de la obligación se ha operado mucho tiempo antes, dando ello frecuentemente lugar a la referida defensa. Esta situación se suele dar también en el caso de la letra de cambio, pero por razones diversas, casi siempre derivadas del empleo mismo que de aquélla se hace en el comercio.

También la prescripción, en su forma negativa, es un modo de extinción de la acción (y no del derecho, como dice el artículo 865 del Código Civil), y tiene lugar cuando transcurre un determinado plazo sin que aquélla se ejercite, siempre y cuando se produzcan los requisitos que la ley sustancial prevé (Título Sexto del Libro Tercero del Código Civil). Sin embargo la prescripción es renunciabile

expresa o tácitamente, entendiéndose que se produce la renuncia en esta última forma cuando aquél a quien la prescripción podría favorecer no opone la correspondiente excepción antes que recaiga sentencia firme dentro del proceso en que deviene demandado (artículo 851 ibídem).

Sobre el momento de oponer dicha excepción dentro del proceso ejecutivo común se han dividido las opiniones entre nosotros, así como en otros países que tienen una legislación de tipo semejante, pues frente a la regla citada del Código Civil se suele oponer el artículo 440 del de Procedimientos Civiles, el cual, aplicado en relación con el 441 ibídem, parece limitar la facultad de oponer excepciones al término de cinco días que para ello se otorga al demandado en el auto que despacha la ejecución.

Ante un problema semejante que se presenta en la República Argentina, el Profesor Podetti (obra citada, página 222), después de hacer una reseña jurisprudencial del debate, expresa su propia opinión en los siguientes términos: "Aun cuando no existe un límite preciso entre normas procesales y sustanciales y en consecuencia entre lo que debe ser normado en unos y otros códigos, es evidente que la oportunidad y forma de interponer o deducir en juicio una defensa, es materia clara y definitivamente procesal. Basta pensar que de ello depende que el procedimiento tenga un orden y que se puedan producir los efectos preclusivos de los actos procesales, que constituyen un principio fundamental en el sistema que hemos adoptado: el de eventualidad, para comprender que no es admisible que una ley sustancial interfiera y desarticule dicho orden y dichos efectos. VELEZ SARSFIED, tan cuidadoso generalmente en no invadir la esfera legislativa local en materia de procedimientos, siguió, en este caso y sin reflexión, el precedente de códigos que no tenían ese límite, al incluir el artículo 3962" (aclaramos que esta última disposición es semejante al artículo 851 de nuestro Código civil, en cuanto a la regla que nos interesa). En parecidos términos se han

producido en nuestro país las opiniones de quienes sostienen esa misma tesis, arguyéndose, entre otras razones, la de que en el campo de la materia procesal debe privar siempre lo dispuesto por el Código de procedimientos civiles sobre lo que establece el Código civil, y que siendo el artículo 440 citado una norma especial del proceso ejecutivo común, constituye para el caso una derogatoria de la general contenida en el artículo 851 ya tantas veces mencionado.

No obstante la autoridad y fuerza persuasiva de las opiniones expuestas, la nuestra es contraria a esa tesis, cuya base, creemos, descansa en la falsa premisa de que en el citado artículo 851 se haya querido establecer una norma de carácter procesal. Al disponer el referido precepto que la reunión tácita de la prescripción "... resulta de no oponer la excepción antes de la sentencia firme..." lo que hace es establecer la hipótesis de hecho en cuya virtud tal renuncia se tiene por verificada, y ello es, indudablemente, materia sustancial, por más que aluda a una situación cuyo marco real es un proceso contencioso. Más bien nos parece que si es propio hablar aquí de interferencia o invasión de las esferas en que deben estar contenidas las disposiciones de uno y otro código, sería más lógico concluir que, con la interpretación que combatimos, se pretende una invasión de las normas procesales en el campo del derecho sustancial, y nos parece que ello sería muy difícil de justificar. La norma del artículo 440 de procedimientos civiles no es derogatoria de la del 851 del Código civil, sencillamente porque no puede estatuir sobre los derechos sustanciales que el deudor otorga esta última, ya que tal cosa está fuera de su campo de vigencia. La manera de fijar las condiciones en cuya virtud se tiene por verificada la renuncia tácita de la prescripción no es materia procesal, como no lo es la de fijar las condiciones para que se produzca la nulidad de un contrato, o para que se tenga como válida la compra-venta, etc.

f. *Proposición y producción de la prueba*

El demandado debe ofrecer la prueba de sus excepciones en el mismo acto de oponer éstas o por separado, con tal que lo haga dentro del término de cinco días de que habla el artículo 440 citado, y la misma debe rendirse dentro de los cinco días hábiles inmediatos. Por su parte el actor no tiene que probar su legitimación para ejercitar la acción ejecutiva, puesto que ésta resulta del título, pero puede ofrecer su "contraprueba" con el objeto de desvirtuar los hechos en que el demandado funda sus excepciones. Dicha contraprueba debe ser propuesta y evacuada dentro del término concedido al demandado para practicar la suya, pero si ello no fuere posible (y en la práctica, como hemos dicho, esta posibilidad es, usando una expresión moderada, muy remota) puede pedir al Juez que se le prorrogue el término por cinco días más (artículo 443 *ibídem*).

Una vez transcurridos los plazos dichos, que constituyen lo que la ley llama "el término probatorio", y si la prueba propuesta por las partes no hubiere sido evacuado por causas no justificadas atribuibles a ellas, se precluye automáticamente la fase procesal que podría llamarse "probatoria" y el proceso es impulsado de oficio hacia la etapa sucesiva (artículo 444 *ibídem*).

Las reglas particulares sobre la manera de proponer y producir la prueba deben buscarse en los correspondientes Capítulos del proceso ordinario, conforme lo dispone el artículo 247 *ibídem*, de modo que siendo materia de carácter general no vamos a ocuparnos de ella en detalle. Pero sí queremos apuntar que en materia de inejecutabilidad, no cabe dentro del proceso ejecutivo la formulación del relativo incidente ni la consiguiente declaración expresa de la misma por parte del Juez, porque conforme al citado artículo 444, basta que en el proceso se constate el hecho de que la prueba no se ha evacuado, sin que en ello hubiere mediado "culpa o morosidad" del Tribunal, para que se

pueda disponer directamente la citación de partes para sentencia (en apoyo de nuestra tesis, que podría parecer inquisitorial, nos remitimos al artículo 233 *ibídem*, especialmente en sus apartados segundo y cuarto).

La misma preclusión se opera, por lo demás, en el caso de que el demandado deje pasar el término de cinco días sin oponer excepciones, o aunque las oponga, si no ofrece ninguna prueba, o si rechazada ésta por el Juez, el auto correspondiente alcanza firmeza, y en esos casos el proceso debe ser impulsado de oficio.

g. "Citación de partes para sentencia"

La sentencia que se dicta en el proceso ejecutivo común es siempre precedida de una providencia que constituye el último rastro de lo que en otros tiempos se llamó "preparación del juicio para sentencia" (expresión ésta que, con diverso contenido, conserva nuestro Código) que era una etapa destinada a que el Juez ordenara a los abogados devolver los legajos y presentar sus conclusiones; todo lo cual, por fortuna, ha desaparecido hoy de la mayor parte de los textos legislativos de materia procesal, para ocupar el puesto que le corresponde en la Historia del Derecho de la Baja Edad Media. Pero en nuestro Código se ha sostenido contra los embates del tiempo ese vivo testimonio de otras épocas que se llama "citación de partes para dictar la sentencia", o dicho en forma más correcta: "providencia de citación de las partes para dictar la sentencia", a la que se ha atribuido la función, puramente honoraria, de señalar el momento en que se cierra el debate entre las partes. Y decimos que es una función honoraria porque no hay ninguna necesidad de señalar dicho momento dentro del proceso, ya que el mismo es un efecto normal de la preclusión de la fase probatoria; prueba de ello es que la citación de partes no existe en los procesos de menor cuantía, en el desahucio ni en los interdictos.

En el procedimiento civil de hace varios siglos la sentencia era comunicada oralmente por el Juez a las partes: hasta en ese momento era que el Juez decía a cuál de ellas correspondía el derecho (de ahí el vocablo "iuris dictio" que aún define la función del Juez) ordenando seguidamente que dicho fallo fuera por escrito por un subalterno (copiador de sentencias) y custodiado en el Tribunal. Para entonces sí era necesario disponer, mediante una providencia previa, que las partes fueran citadas a fin de que se presentaran al Tribunal a oír la sentencia. Pero hoy día tal disposición no cumple ningún fin, pues las partes no tienen que venir ni vienen al Tribunal a oír su sentencia, sino que ésta les es notificada oportunamente. ¿Por qué motivo ha llegado hasta nosotros esa tan peculiar institución? Nuestra opinión es que ello ha ocurrido por descuido del Legislador, que originalmente la copió del proceso español, y del Reformador, que no ha parado mientes en ella.

h. Sentencia.

El artículo 446 *ibídem* establece el contenido de la llamada "sentencia" del proceso ejecutivo común, al disponer que la misma "... resolverá sobre las excepciones alegadas y declarará si hay lugar a continuar la ejecución y por qué cantidad; o la revocará". Esto, en la práctica, se suele expresar en los siguientes términos, cuando se trata de un pronunciamiento favorable al actor: "Se rechaza las excepciones opuestas por el demandado y se confirma la ejecución. Prosiga el procedimiento hasta que XX se haga cumplido pago de la suma tal, etc."; y cuando el pronunciamiento es favorable al accionado, así: "se acoge la excepción de ... opuesta por el demandado a la acción, y se revoca la ejecución, etc.". Trataremos ahora de encuadrar dicha sentencia dentro de alguna de las formas de la clasificación aceptada por la doctrina moderna, en cuya virtud se distingue entre sentencias declarativas, cons-

titutivas, de condena y cautelares. Y vemos entonces que, por su contenido, la resolución de que nos ocupamos no es, evidentemente, declarativa en sentido propio (porque en sentido amplio el solo hecho de pronunciar una sentencia significa declarar algo), pues no hace una declaración del derecho a favor de una de las partes sino que, sintomáticamente, guarda silencio sobre ello. No es tampoco constitutiva, puesto que no da nacimiento a una nueva situación jurídica sustancial con respecto a una o ambas partes, ya que, por el contrario, dispone "continuar" algo que, por lo tanto, ya existía de antes. Tampoco es de condena, como han sostenido algunos estudiosos en nuestra medio, pues de ella no resulta la imposición de una conducta a una de las partes, y ni siquiera puede decirse que establece una condena implícita, puesto que no contiene ningún enunciado que implique esa consecuencia, como podemos observarlo claramente del artículo examinado (la única condena que podría decretar es la relativa a costas, pero ello es característica general de toda sentencia y por ende, no puede ser base de una distinción). Ni es, por fin, cautelar, puesto que no contiene ninguna disposición en resguardo de los intereses de las partes. Y de esta manera hemos agotado la clasificación ortodoxa sin encontrar acomodo a este "mirlo blanco" de nuestro sistema procesal, que es la sentencia del proceso ejecutivo común.

Entonces recurrimos de nuevo al estudio de dicho proceso en busca de una pista, y centramos nuestra atención en el elemento determinante del mismo, y que, a la vez, constituye su punto de arranque: el título ejecutivo, para hacernos una pregunta: ¿por qué razón el título ejecutivo que emana de una resolución judicial firme no da base al proceso ejecutivo común, sino a un procedimiento de liquidación directa en el que no media sentencia? La respuesta nos sale casi al encuentro, por evidente: la razón está en que, siendo la fuente de dicho título una sentencia de condena, ello hace innecesario el pronunciamiento de otra

que venga a confirmar lo resuelto en aquélla, puesto que sería absurdo someter a nuevo control por el órgano jurisdiccional lo que ya ha sido objeto de sentencia firme.

Y ahora caemos en la cuenta de que la razón de ser del tipo de sentencia que examinamos estriba en revisar (y, si es el caso, confirmar) una actividad que se ha realizado a espaldas del órgano jurisdiccional, y que constituye precisamente el contenido de los títulos que hemos llamado "extrajudiciales", para concluir con que la sentencia aludida no es otra cosa que un acto jurídico de homologación judicial de una situación de derecho configurada extrajudicialmente, acto jurídico que solo tiene parangón en el derecho analogación con los llamados "ex partes procedure".

Porque, en efecto, el hecho de que la sentencia, luego de confirmar los actos procesales anteriores (la ejecución), ordene su continuación, no significa otra cosa que un "pase" a esa actividad jurídica llevada a cabo por las partes y que forma el contenido del documento que legitima al actor. De donde resulta otro aspecto que queremos hacer resaltar, y que deriva de ese "revisar" (y si es el caso "confirmar") que constituye el fondo de la sentencia. Y es que —las mismas palabras puestas entre comillas nos lo están indicando— esta resolución presenta o, mejor, insinúa cierto perfil de segunda instancia, en la cual se supervisa esta especie de "autocondena" que el deudor hace en el documento negocial. Porque el título ejecutivo, como por lo demás ya ha sido observado, es algo así como una sentencia privada cuya inejecución —que pone en entredicho su eficacia, y en evidencia la fragilidad de los negocios jurídicos en la esfera privada— legitima al actor para elevar "los autos" a instancia judicial, para lograr la confirmación y realización por obra del Juez. Por cuya razón éste, después de revisar formalmente el título y de oír al demandado, revoca o confirma, disponiendo en este último caso "continuar los procedimientos".

En cuanto al título ejecutivo extrajudicial de origen autoritativo y público, nos parece que pueden aplicarse sin forzamientos las antecedentes observaciones, por tener base en una situación jurídica cuya existencia es afirmada por un órgano público, y porque tampoco la Administración, al igual que el acreedor particular, puede proceder al cobro compulsivo de sus créditos sin que medie esa instancia de homologación que lleva a cabo el órgano jurisdiccional.

La sentencia recaída en el proceso ejecutivo común tiene efectos preclusivos, como toda resolución homologatoria, en cuya virtud, una vez firme, no puede ser revisada, si bien es cierto que se dan ciertas situaciones que son susceptibles de rendirla inocua de manera indirecta, como cuando se declara la extinción de la obligación por compensación operada antes de que aquélla recayera, o como cuando el demandado obtiene la repetición de lo pagado en sede ordinaria, o la declaración de extinción del crédito del actor. Pero no produce la cosa juzgada material, y la razón de esto no está en la sumariedad del proceso ejecutivo común, como corrientemente se dice, puesto que también es sumario el juicio ordinario de menor cuantía y sin embargo la sentencia que lo concluye sí produce ese efecto, sino que se limita a confirmar o revocar una actividad antecedente, sin pronunciarse sobre los derechos subjetivos de las partes.

Porque si fuera una sentencia de condena, como se suele sostener, tendría que acarrear necesariamente la cosa juzgada, porque todo pronunciamiento judicial emitido en contradictorio y que tenga por objeto derechos subjetivos de las partes tiene que producir dicho efecto, pues de otro modo sería vana la administración de justicia y ningún litigio quedaría nunca saldado en forma definitiva. Creemos para concluir, que una sentencia de condena que no produzca la cosa juzgada no puede merecer tal nombre sino, a lo sumo, el de "opinión de condena".

Y aquí nos damos cuenta de que lo que en la doctrina procesal latinoamericana se suele llamar el "juicio ordinario posterior" no es esa especie de recurso de revisión del ejecutivo antecedente que algunos señalan, sino un proceso completamente nuevo que versa sobre el derecho de las partes y, subsidiariamente, sobre la repetición de lo pagado. Aquí el proceso ejecutivo anterior no es tomado como "juicio" favorable al acreedor que lo estableció, contraponiendo en esa forma la sentencia del mismo y la que recae en el proceso ordinario posterior, sino como actividad o conjunto de actividades cumplidas en perjuicio del ejecutado, siendo esto último lo que hace nacer la acción ordinaria de repetición de lo indebido.

i. *Prosecución del proceso con sentencia impugnada*

La sentencia del proceso ejecutivo común es provisoriamente ejecutiva, en el sentido de que, no obstante su impugnación, puede llevarse adelante la orden contenida en la misma de "continuar los procedimientos", siempre y cuando el actor afiance las resultas, es decir, el perjuicio que eventualmente sufra el deudor por la continuación del proceso, si en segunda instancia fuere revocada la ejecución (artículo 447, primer apartado, *ibidem*).

Por su parte el demandado puede hacer levantar el embargo que pesa sobre sus bienes aunque no esté firme el fallo del Juez que revoca la ejecución, prestando igualmente las debidas garantías para el caso de que dicho fallo no sea confirmado por el Superior (artículo citado y 433 *ibidem*).

Dichas garantías serán calificadas por el Juez, previa audiencia que se confiere a la parte contraria (artículo 447, segundo apartado, *ibidem*).

La responsabilidad del fiador que, para los fines dichos, presentare el actor, consiste en quedar obligado

"... a la devolución de la cosa o cosas que el fiado haya recibido y sus productos o intereses ... y a la indemnización de los daños y perjuicios", si el fallo de primera instancia es revocado. Y en la misma eventualidad, el fiador ofrecido por el ejecutado para levantar el embargo, deviene obligado a pagar "lo juzgado y sentenciado", es decir, el importe del crédito cobrado en juicio, sus intereses y las costas causadas (artículo 448 *ibídem*), lo cual se explica en vista de que, una vez levantado el embargo, el demandado podría ocultar sus bienes, lo cual tornaría ilusorio el proceso, caso de que fuere revocada la sentencia favorable a aquél.

47. EL EMBARGO.

a. *Naturaleza y función*

El embargo es un acto jurídico procesal en cuya virtud uno o más bienes del demandado devienen sujetos al resultado de un proceso, en el sentido de que la capacidad satisfactiva que los mismos poseen es aprovechada en beneficio de los intereses del actor jurisdiccionalmente tutelados. Es, como dice el Profesor Satta (obra citada, N° 330), el paso que va de la sujeción genérica del patrimonio del deudor a favor de sus acreedores, a la sujeción efectiva y particularizada de determinados bienes en vista de un reclamo concreto.

Decimos que es de carácter procesal porque nace de un acto de voluntad del Juez realizado dentro de un proceso, pero sus efectos son de carácter sustancial, ya que se resuelven en una modificación (a veces sólo transitoria) del derecho de propiedad del demandado. Pues, en efecto, por virtud del embargo aquél no deja de ser propietario, pero su dominio pleno se transforma en dominio limitado, en cuanto sufre una apreciable merma de sus atributos.

El embargo es el equivalente procesal de la hipoteca y la prenda, pero se distingue de éstas en dos sentidos: a) no otorga un privilegio absoluto sobre el bien, pues los acreedores de igual condición que el actor que sean admitidos en el proceso como terceristas coadyuvantes, pueden ser pagados en paridad con aquél del producto de la venta de dicho bien; y b) sus efectos, en lo que mira al demandado, son más intensos que los de la hipoteca y la prenda, pues aquél, de propietario pleno pasa a depositario judicial y, a veces, a administrador, sin derecho a usar sus bienes en provecho propio, e incluso en muchos casos pierde la posesión efectiva de los mismos.

No tiene el embargo naturaleza propiamente ejecutiva, sino cautelar, y por ello no constituye un trámite al que corresponda un determinado momento procesal en la sucesión de los actos que componen el proceso ejecutivo común. Por ello el actor puede pedir embargo como acto prejudicial, antes de iniciar el proceso, o en cualquier momento durante la fase contenciosa de éste, o bien con posterioridad a la sentencia de remate. Pero llevadas las cosas a este punto el embargo sí deviene esencial, ya que el actor no puede solicitar el remate sin haber embargado; y aquí señalamos uno de los principales efectos del embargo, que consiste en la individuación de los bienes para los fines de la expropiación.

Conforme a la ley, el embargo debe decretarse regularmente en el auto inicial del proceso ejecutivo, pero entendemos que ello depende de la voluntad del actor, quien tendría la facultad de posponer ese trámite a una etapa ulterior mediante solicitud hecha expresamente en ese sentido (artículo 437 *ibídem*), pues siendo una medida cautelar que se toma en resguardo de sus intereses, podría él renunciar a la misma sin que la estructura del proceso se altere en ninguna forma.

El decreto del Juez no constituye, en sí, el embargo, sino tan solo su fuente autoritativa, ya que es necesario

"practicarlo". Dicha práctica, en todo caso, se puede verificar inmediatamente después de dictado el auto en que el embargo se decreta, es decir, sin esperar a que dicha resolución alcance firmeza, pues en verdad nunca la alcanza en lo que al embargo se refiere, ya que éste, como todos los actos de su naturaleza, es esencialmente revocable.

La traba o práctica del secuestro asume formas diversas según la naturaleza del bien que a la misma se quiera sujetar, y así vemos que para embargar un crédito (o una cuenta bancaria) basta una simple nota de aviso al deudor (o al banco); para inmuebles se requiere la anotación al margen del correspondiente asiento del registro, Sección de Propiedad o Hipotecas, anotación que se formaliza mediante inscripción posterior; y para muebles corporales debe practicarse una diligencia judicial con ciertas solemnidades, que lleva a cabo el Juez o Alcalde u otro funcionario nombrado o comisionado al efecto.

b. Práctica del embargo

Bajo este epígrafe examinaremos las disposiciones del Código de procedimientos civiles que regulan la práctica material y formal del embargo, tratando de seguir, en cuanto lo permita la congruencia de la exposición, el orden de los artículos correspondientes.

1º) Conversión y liberación de bienes objeto de embargo.

El Capítulo III del Título VI del Libro II del Código, relativo al embargo, se inicia con el artículo 449, el cual dispone que el demandado tiene la facultad de evitar la práctica del embargo (no el decreto) entregando al Ejecutor una suma de dinero cuyo monto la ley determina según el caso; y puede también hacer levantar el ya recaído sobre determinado bien, depositando a la orden del Juez la indicada suma. Esta puede ser: a) el capital e intereses liquidados que se reclama, más el veinticinco por ciento

para intereses futuros y costas; b) la cantidad por cuyo monto el embargo se decretó (ver artículo 437 *ibídem*); y c) el valor de lo embargado, según estimación pericial practicada sumariamente por orden del Ejecutor o del Juez, según sea el caso.

Mediante el depósito de cualquiera de las sumas indicadas (a elección del demandado) no se produce el pago de la obligación, sino la conversión del objeto embargado o que se iba a embargar, pues la suma dicha viene a sustituir a dicho objeto, y éste deviene libre en tal forma que queda legalmente excluida la posibilidad de que se le pueda secuestrar de nuevo "por razón del mismo reclamo". Y esto, según creemos, obedece a una razón: que la ley busca facilitar esta conversión para que se expedito el procedimiento, y mediante la garantía de liberación definitiva del bien o bienes estimulando al demandado a realizarla.

Pareciera también que en la referida norma haya un resabio de la antigua legislación colonial española que protegía especialmente ciertos bienes familiares, permitiendo en la forma dicha que el demandado pueda liberarlos definitivamente de la persecución del acreedor embargante.

En caso de concurrencia de embargos sobre el mismo bien, los embargantes posteriores al actor pueden hacer levantar el embargo de éste, o cualquier otro embargo anterior, depositando cualquiera de las sumas que, según hemos indicado, puede consignar el demandado. Pero naturalmente que tal depósito no debe producir la liberación a que nos hemos referido, por no concurrir los motivos dichos, sino que la finalidad del mismo es obtener la prelación o una mejor posición en el orden de los embargos (artículo 464, *in fine*).

2º) Forma de trabar el embargo.

En lo que a la traba del embargo se refiere encuentra aplicación el principio del "locus rei sitae", en cuanto la ley sólo considera competente para la misma a la autori-

dad judicial del lugar en donde los bienes se encuentren, de manera que si el proceso se encuentra en lugar distinto, el Juez deberá comisionar a aquélla para todo lo relativo a la traba (artículo 450, apartados primero, segundo y cuarto, *ibídem*).

El Juez o Alcalde puede practicar la diligencia personalmente, o nombrar un Ejecutor, o bien comisionar a un Notario, fijando previamente la suma que corresponde a honorarios y gastos, la cual depositará el interesado antes de la ejecución de la diligencia (apartado tercero del artículo citado).

Cuando se nombre ejecutor, en el acta de aceptación del cargo que al efecto se levantará, debe consignarse la advertencia hecha por el Juez a aquél de que se abstendrá "... de embargar aquellos bienes que sean evidentemente inembargables, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 984 del Código civil"; y con posterioridad a la diligencia ya verificada, tiene el Juez el deber de revisar el acta de embargo para constatar si el Ejecutor ha cumplido con lo mandado, ordenando, si es el caso, el desembargo de los bienes comprendidos en el precepto sustancial citado (artículo citado, apartado quinto).

Los bienes que la ley declara inembargables son: "1º, Los sueldos que no excedan de sesenta colones mensuales. Las siete octavas partes si excedieran de sesenta y no de trescientos colones mensuales. Las siete octavas partes de los primeros trescientos colones y las tres cuartas partes del resto, si los sueldos no fueren mayores de quinientos colones mensuales. Sin embargo todo sueldo será embargable hasta en un cincuenta por ciento, en concepto de pensiones alimenticias. 2º, Las jubilaciones o pensiones que concede el Estado en remuneración de servicios prestados y las pensiones alimenticias. 3º, El menaje de casa del deudor, en cuanto su valor no exceda de mil colones, y la ropa necesaria para el uso de él, de su mujer y de los hijos que con

él vivan. 4º, Los libros, máquinas y útiles necesarios para la profesión del deudor, a elección de éste, en cuanto no excedan del valor de mil colones. 5º, Los útiles e instrumentos del artesano o agricultor, en cuanto sean necesarios para su trabajo individual y el de los hijos que mantiene. 6º, Los uniformes y equipos militares del deudor conforme a su grado. 7º, Los artículos de alimentos que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de su familia durante un mes. 8º, Los derechos puramente personales como el de uso y habitación, y cualesquiera otros bienes que el deudor haya adquirido a título gratuito bajo la condición de que no puedan ser perseguidos por deuda, salvo las mejoras que provengan de su industria". (Artículo 984 del Código civil); pero no rigen las disposiciones de los incisos 3º, 4º y 5º si los bienes allí indicados hubieren sido dados en garantía prendaria por la obligación cobrada en el proceso (artículo citado, *in fine*).

3º) Designación de bienes. Ampliación y reducción del embargo.

Es derecho del actor designar los bienes sobre los que recaerá el embargo, pero en cuanto a la cantidad de ellos, eso se deja a la prudencia del Ejecutor, quien solo debe secuestrarlos en la necesaria para cubrir la suma reclamada más el cincuenta por ciento.

Mediante la promoción de un incidente que la ley configura como de tipo común, las partes pueden pedir la ampliación o reducción del embargo, y el Juez resolverá lo que corresponda basándose en una estimación pericial del valor de los bienes embargados, sin que contra dicha resolución quepa ningún recurso (artículo 451 *ibídem*).

La ampliación puede pedirla el actor por tres motivos: a) que los bienes embargados sean insuficientes en relación a la suma reclamada (artículo citado); b) que no se hubieran pignorado suficientes por no tenerlos el demandado,

pero que posteriormente aparezcan o aquél adquiera alguno; y c) que prospere una tercería de cualquier tipo en perjuicio de lo embargado por el actor, o de sus derechos a ser pagado exclusivamente con dichos bienes (artículo 460). Una vez acordada la ampliación, puede el actor pedir que se embarguen otros bienes del accionado.

Cuando se ordene la reducción, el actor siempre conserva la facultad de indicar cuales bienes serán desembargados, pero debe ejercerla dentro del plazo perentorio de veinticuatro horas, contado desde que sea notificado de la relativa prevención, so pena de que, transcurrido dicho plazo, el Juez indicará prudencialmente los que deberán ser desembargados.

No prosperará el incidente de desembargo cuando la cosa secuestrada fuere indivisible, por mucho que su valor exceda la suma cobrada por el actor. En tal caso lo que el demandado puede hacer es la conversión del embargo, a norma del artículo 449 *ibídem*.

c. Depositario Judicial

Este es, en nuestro sistema procesal, un particular que auxilia la función judicial y que, para efectos de la ley, se asimila a un funcionario público. En consecuencia tiene el apoyo judicial cuando sea perturbado en el ejercicio de su cargo, y puede perseguir judicialmente los bienes del depósito de que hubiere sido ilegítimamente despojado; pero debe responder al Juez por el cumplimiento de su cometido, hallándose bajo su autoridad para todo lo relativo al desempeño de sus funciones. Debe tener lo embargado a la orden del Juez, y si no hiciera entrega de ello en la forma tiempo y lugar que aquél le mande, podrá decretarse en su contra el apremio corporal (artículos 1001 a 1003 del Código civil).

En lo relativo al depósito de bienes inmuebles, salvo que concurran motivos especiales a juicio de la autoridad

judicial, el mismo se hará en la persona que esté en posesión de ellos, quien tendrá entonces las funciones de administrador. En tal condición estará "... obligado a rendir cuentas mensuales o trimestrales, según el Juez lo determine, documentadas y bien comprobadas, de su administración" (artículo 452, segundo apartado, del Código de Procedimientos Civiles), pudiendo ser removido de ese cargo, a solicitud de parte interesada, si en cualquier forma no cumple a cabalidad su cometido.

En cuanto a muebles, el depositario será nombrado por el Ejecutor en el acto de trabar el embargo, si las partes no se ponen de acuerdo en ese mismo momento acerca de la persona que debe serlo.

Es depositario judicial *ex lege* de los bienes dados en prenda, el acreedor que, en virtud de convenio, esté en posesión de los mismos al iniciarse el relativo proceso. En tal caso no es necesario practicar el embargo, pues se han cumplido ya los fines que con el mismo se persiguen. (Artículo 464 *ibídem*).

d. En especial sobre el embargo de inmuebles

Como habíamos adelantado al hablar de las formas de practicar los embargos, los bienes raíces se tendrán por embargados anotando el decreto del Juez, mediante mandamiento dirigido al Director del Registro Público, al margen del asiento de la finca de que se trate, la cual identificará el actor en su escrito de solicitud de embargo.

La anotación así practicada surte todos los efectos del embargo, pero está sujeta a decadencia si en los tres meses siguientes no se presenta al Registro mandamiento de inscripción de la traba materialmente practicada sobre el inmueble (artículos 453 y 455 *ibídem*). Dicho mandamiento será expedido de oficio por el Juez una vez que la traba se ha llevado a efecto, y deberá contener transcripción literal del acta respectiva (artículo 454).

La anterior duplicación, que tan malas pasadas suele jugar a los abogados litigantes, se justifica porque ambas medidas (la anotación y la inscripción) cumplen fines diversos e igualmente útiles para los intereses del actor. La anotación es una medida de urgencia, destinada a lograr prelación en el caso eventual de concurrencia de embargos, así como también para prevenir traspasos, hipotecas, etc., de los bienes del demandado. La traba material, por su parte, sirve para establecer las condiciones reales del inmueble para los efectos de su administración sucesiva, y también mediante ella se provee al nombramiento de depositario judicial, cosa que no se puede hacer por vía de anotación. De manera que se trata de dos medidas complementarias; y el término de tres meses establecido por la ley para que una suceda a la otra sin perjuicio para los intereses del actor no es tan angustioso como para que en su transcurso no se pueda practicar la traba material, ni tan largo como para que se perjudique el bien por falta de una adecuada administración.

Y ahora queremos referirnos a una práctica que hemos observado en los Tribunales, consistente en la repetición indefinida de la anotación del decreto por medio de mandamientos dirigidos cada tres meses al Registro. Nos parece que ello traiciona el espíritu de las normas comentadas, pues constituye la prolongación indebida de una situación que la ley concibe como transitoria.

Cuando el embargo no puede llevarse a cabo porque un tercero está en posesión del inmueble, no obstante que éste aparezca en el Registro a nombre del demandado, se enviará a dicha inscripción, en vez del consabido mandamiento de inscripción con inserción del acta de secuestro, otro conteniendo razón de la circunstancia dicha, y surtirá los mismos efectos que el primero (artículo 459).

El embargante de inmuebles no inscritos puede ser, a su pedido, legitimado procesalmente para promover y lograr la inscripción de aquéllos (artículo 456 *ibídem*). Mien-

tras no se produzca tal inscripción, tampoco procederá el Registro a practicar la del embargo practicado, pero sí está obligado a recibir el mandamiento que para ese efecto le envíe el Juez (artículo 457 *ibídem*).

El anterior es un caso particular de "ejercicio de los derechos del deudor de parte del acreedor", quien está legitimado para sustituir procesalmente a aquél como titular de la acción respectiva, en vista de su interés en lograr la inscripción provisional de su embargo en el Registro, así como del beneficio que le reporta el aumento de valor venal que el bien experimenta por virtud de la inscripción.

e. *Valor de la inscripción del embargo frente a los derechos de terceros.*

La inscripción del embargo en el Registro produce los efectos de la hipoteca (y ya ha sido observado entre nosotros que el embargo de inmuebles es una institución que tiene mucho en común con la "hipoteca judicial" de otras legislaciones) frente a los derechos reales o personales de otros acreedores que nacieran con posterioridad a la anotación de aquél, en el sentido de que dichos acreedores, caso de venta del inmueble, sólo pueden satisfacer sus créditos con el sobrante que eventualmente resulte, una vez pagado el embargante (artículo 458, primer apartado, *ibídem*).

En su sentencia de las quince horas y quince minutos del quince de abril de mil novecientos cincuenta y nueve nuestra Sala de Casación interpretó que la inscripción del embargo en el Registro prevalece aún sobre la hipoteca constituida en fecha anterior, pero presentada a dicha institución después de aquél, inspirándose para ello, según nos parece recordar (ya que citamos de memoria, por no tener a mano la referida sentencia), en la doctrina española formada alrededor de la legislación hipotecaria de dicho país y movida por el justo propósito de impedir ciertas prác-

ticas abusivas que se habían venido desarrollando al amparo de la jurisprudencia anterior.

Pero la tesis, a la luz de nuestro derecho positivo, nos parece dudosa, pues creemos que el artículo 458 citado, al hablar de "nacimiento" del crédito (en este caso garantizado con hipoteca) entiende por tal su "constitución" y ésta tiene lugar, según expresamente lo dispone el artículo 409 del Código civil, en la fecha indicada en la correspondiente escritura pública.

Frente a los embargantes de fecha anterior admitidos en el proceso en calidad de terceros coadyuvantes, el actor embargante no tiene ningún privilegio, de modo que, caso de venta del bien, el producto obtenido en la misma se repartirá a prorrata (artículo 458 del Código de procedimientos civiles).

Pero aquí se presenta el famoso rompecabezas que resulta de la aplicación de los artículos 1107 y 1108 del Código civil, relativo a la situación provocada por la concurrencia entre el cesionario de un crédito garantizado con hipoteca y el embargante del mismo que hubiera anotado su embargo en el Registro antes de la presentación al mismo de la escritura de cesión.

Según el artículo 1107 citado, ante la situación descrita el cesionario del crédito podría hacer *tercería coadyuvante* dentro del proceso donde el crédito mismo hubiera sido embargado, de manera que tendría derecho, caso de remate, a repartirse a prorrata con el actor el producto obtenido.

Pero eso sería únicamente en el caso de que sólo ellos dos (cesionario y actor embargante) concurrieran a la distribución, porque si también intervienen otros *terceristas* con embargo anotado en el Registro antes que el actor, y por esta circunstancia no pueda el último obtener la satisfacción total de su crédito en la distribución,

tendrá derecho a que se deduzca de la cuota del cesionario-tercerista aquella suma que dejó de percibir por motivo de la concurrencia de los referidos embargantes.

Este galimatías es el resultado de la aplicación armónica, impuesta por la ley, de los artículos 1108 del Código Civil y 458, segundo apartado, del de Procedimientos Civiles; y solamente puede ser aplicado en el caso que hemos expuesto, en el cual concurren el cesionario de un crédito hipotecario y el embargante del mismo, por la razón de que los artículos 1107 y 1108 citados se refieren al contrato de cesión, y no al de compraventa, de donde resulta excluido de la hipótesis "el nuevo propietario de la finca embargada". Y de otra parte, también resulta excluido "el acreedor real posterior a la anotación" que indica el apartado segundo del artículo 458 citado, porque de no ser así, en qué queda lo dispuesto en el primer apartado de dicho artículo, al decir que "... los acreedores reales... cuyo crédito naciera con posterioridad a la presentación del mandamiento de anotación (del embargo decretado a favor del actor) *no podrán pretender derecho alguno a la cosa ni en el precio de ella*, con perjuicio del anotante, que podrá hacer venderla del mismo modo que lo haría un acreedor hipotecario"?

f. Forma y efectos de los embargos posteriores.

Embargado el bien por un acreedor, podrán recaer sobre el mismo otros embargos decretados posteriormente en sendos procesos, y para ello basta una comunicación escrita de los Jueces que decretaron los posteriores secuestros dirigida al que embargó primero (artículo 463 *ibídem*).

Dichos embargantes posteriores no podrán, naturalmente, ser pagados a prorrata con el anterior, sino que sólo tendrán derecho al sobrante que resulte una vez pagado aquél, en el orden en que hubieren anotado sus embargos.

De ahí se sigue que, si se ordena levantar el primer embargo, el Juez dispondrá que la cosa así liberada sea puesta a la orden de la autoridad que ordenó practicar en el expediente la primera anotación, y así sucesivamente; y lo propio cabe hacer con el sobrante que eventualmente resultare, una vez pagado el actor del proceso en donde se practicaron las anotaciones.

48. EL APREMIO PATRIMONIAL.

Puede llamarse así (usando una expresión que lo contraponga al "apremio corporal") el conjunto de actos procesales que tienen lugar después de la sentencia de remate, y que culminan con la entrega hecha por el Juez al actor, de la suma obtenida con la venta judicial de los bienes del demandado.

Dentro del conjunto de estos actos se destaca en importancia el que entre nosotros se llama "remate judicial", cuya naturaleza y efectos han sido objeto de tantas y tan elaboradas teorías por parte de los estudiosos, sobre todo en lo que va del Siglo, que ya sería muy difícil idear una solución nueva.

Por el interés que indudablemente ofrece, también nosotros dedicaremos un aparte dentro de estas notas al estudio del fenómeno dicho, antes de proceder al análisis de las normas positivas que lo regulan en nuestro Código, haciendo una breve reseña de las más sugestivas doctrinas que al respecto se han construido.

a. *Naturaleza de la venta judicial*

Ya el solo hecho de que, tanto en la doctrina y la jurisprudencia como en la ley positiva, se suela llamar a este fenómeno "venta judicial", nos está indicando que en la formación original de esa expresión actuaba una concepción privatística, pues en la misma se puede constatar una

clara alusión a un contrato privado: la compraventa, cuyos lineamientos fundamentales fueron trasladados a este fenómeno que estudiamos.

Y en efecto podemos fácilmente constatar, remitiéndonos al estudio de los antiguos procesalistas, que la primera concepción que de la venta judicial se tuvo era una simple transposición, al terreno del proceso, de la figura de la compraventa elaborada por la doctrina civilista. De donde resultaba que, para aquéllos, la venta judicial no era sino el contrato de compraventa llevado a cabo en un proceso o, para decirlo mejor, realizado bajo la dirección del Juez, el cual contrato, salvo algunas modificaciones impresas por dicha circunstancia, conservaba su naturaleza privada.

Pero frente a esta concepción radicalmente civilista y, sin duda, poco elaborada (como era poco elaborado todo lo que concernía al Derecho Procesal), arremetió la naciente doctrina, sobre todo en Italia, y en esa forma empezaron a destacarse, desde distintos aspectos, todas las ficciones y malentendidos de que había sido preciso echar mano para asimilar dos instituciones ciertamente tan diversas, quedando entonces patente la poca consistencia de la doctrina tradicional.

En esta obra que podríamos llamar de "demolición", marcharon de consuno los procesalistas; pero cuando se trató de construir una nueva teoría de la venta judicial entonces surgieron las discrepancias entre las diversas concepciones ideadas por aquéllos, de entre las cuales hemos escogido unas pocas, menos conocidas en nuestro medio, con el fin de destacar los que en nuestro criterio constituyen los más serios problemas que presenta la conformación teórica del fenómeno en estudio.

Examinaremos entonces, de seguido, las doctrinas de los Profesores Chiovenda, Pugliatti, Zanzucchi y Satta, si quiera sea en forma breve, mencionando también algunas de las críticas que contra las mismas se han formulado.

1) Doctrina de Chiovenda.

El gran procesalista explica la naturaleza de la venta judicial diciendo que "... la autoridad estatal, por exigencias de la función jurisdiccional que le compete, expropia y hace suya la facultad de vender que pertenece al propietario deudor según la ley, y sucesivamente ejercita dicha facultad vendiendo el bien al adjudicatario" (Instituciones cit.; Tomo I, página 253). De manera que es el Estado, mediante el órgano jurisdiccional, el que lleva a cabo la venta forzada dentro del proceso ejecutivo, realizando para ello dos operaciones: a) expropiación de la facultad de disponer que pertenece al demandado como atributo de su derecho de propiedad; b) venta directa al adjudicatario (rematario), no por cuenta ni en representación del demandado, sino por cuenta propia (del Estado), puesto que posee la facultad de disponer.

Pero esta teoría falla por su base, pues no puede hablarse de "expropiación de la facultad de disponer" como si dicha facultad fuera autónoma y separable del derecho subjetivo, ya que éste no es una mera forma a la cual pueda írsele sacando el contenido. Además de que el demandado puede vender privadamente el bien después del momento en que, según Chiovenda, ya ha sido expropiado de la facultad de disponer, sea: después de que el Juez ordena el remate; y ello prueba que no ha sido expropiado de dicha facultad (confróntese: M. T. Zanzucchi: Derecho Procesal Civil, Giuffré, Editor, Milano, 1946; Tomo III, página 79). De otra parte, si el Estado, según esta teoría, puede expropiar la facultad de disponer de la cosa, ¿por qué no decir directamente que puede expropiar también la cosa misma, como lo hace en los casos de utilidad pública?

2) Doctrina de Pugliatti.

Este explica la venta judicial, así como la expropiación por causa de utilidad pública, como especies de una figura

general a la que da el nombre de "transferimiento coactivo", la cual comprende todo traspaso llevado a cabo mediante acto entre vivos que tenga lugar sin el concurso de la voluntad del titular (Pugliatti: Teoría dei trasferimenti coattivi; citada por Zanzucchi en la obra mencionada arriba). En el caso de la venta judicial, ésta sería un transferimiento coactivo cumplido por el Estado, al igual que la expropiación por causa de utilidad pública, y de ahí que, según el autor, se pueda hacer un paralelismo perfecto entre ambas, del siguiente modo: presencia de un órgano público que lleva a cabo el traspaso (el Tribunal en el caso de la venta judicial y la Administración en el caso de la expropiación) a solicitud de un interesado (el actor en el proceso, y un particular o el Estado mismo, en el caso de diligencia de expropiación) y a favor del propio solicitante o de persona distinta (puesto que en el caso de venta judicial el adjudicatario puede ser el actor o un tercero; y en el de expropiación por causa de utilidad pública puede serlo el propio Estado o un particular).

Pero bajo esta aparente similitud se ocultan grandes diferencias, como la que resulta de la finalidad a que tienden ambos institutos, que en el caso de la expropiación administrativa lo es "el interés público", mientras que en el de la venta judicial lo es el interés privado del acreedor; y también es diverso en ambos el beneficiario del "transferimiento", que lo es el Estado mismo o el particular adjudicatario en el caso de la expropiación, mientras que en la venta judicial no lo es nunca el tercero adjudicatario, sino el acreedor.

No se puede dudar de que en la venta judicial se produzca un "transferimiento coactivo", pero es muy dudoso que esto pueda conducir a la elaboración de una figura general del "transferimiento coactivo" con base en algunas semejanzas que se observan en las pretendidas figuras especiales, como la expropiación por causa de utilidad pública y la venta judicial, según ya vimos, pues tales seme-

anzas concurren al lado de grandes diferencias que restan valor científico a la elaboración de una figura general.

3) *Doctrina de Zanzucchi.*

Este autor concibe la venta judicial como un fenómeno de Derecho Público, al negar que ni siquiera la oferta de compra del "postor" tenga carácter privado. Para él dicha oferta no es otra cosa que una gestión judicial de la misma naturaleza que las formuladas por el actor y el demandado dentro del proceso, de modo que aquélla no es otra cosa que una especie de la "intervención de terceros". Y frente a esta "demanda" del tercero-oferente responde el Tribunal mediante una resolución ordinaria, en la misma forma en que, regularmente, lo hace frente a toda gestión judicial de parte, de donde se concluye que ambos extremos (demanda del tercero y resolución judicial) configurativos de la venta, pertenecen a la categoría de los actos procesales, dando así, consecuentemente, carácter publicístico a la referida venta judicial.

Pero si bien es cierto que, en un sentido amplio, puede decirse que el oferente es un "tercero" (precisamente en el sentido en que lo es toda persona ajena al proceso), no lo es bajo el punto de vista en que el Derecho Procesal entiende la intervención de terceros. Pues en efecto, y limitándonos a los terceristas de que habla nuestro Código, estos vienen al proceso, ya como litisconsortes voluntarios (terceros llamados coadyuvantes y excluyentes de preferencia), ya con el objeto de salvaguardar un interés propio que en virtud de una resolución judicial (caso del tercero apelante) o de una actuación judicial (caso de los terceristas excluyentes de dominio) se encuentra amenazado.

En los dos últimos casos son las referidas circunstancias las que obligan al tercero, totalmente ajeno al proceso, a intervenir, legitimándolo procesalmente para ello en los casos en que la ley lo permite. Pero el "tercero" a que se

refiere el Profesor Zanzucchi no está legitimado para "actuar" dentro del proceso por el hecho de que se publique el anuncio de la venta judicial, sino que viene voluntariamente a llevar a cabo una operación económica que le parece conveniente a sus intereses puramente privados, es decir, viene al Tribunal a comprar, como podría hacerlo en cualquier otra parte.

Claro que el modo de comprar en el Tribunal es distinto al usual en los negocios privados, y prueba de ello es que el "postor" debe someterse a la disciplina procesal de la venta. Pero esto no indica que desde el punto de vista subjetivo él formule, en el primer caso, una demanda judicial: su interés es puramente privado y como tal es desentendido frente al órgano jurisdiccional, manteniendo su carácter voluntario y permaneciendo ajeno a las peripecias del proceso hasta el momento de la consignación del "resto" del precio ofrecido por la cosa rematada. Y aún después de este momento no puede decirse que dicho interés sea distinto del que tiene el comprador privado en lograr la entrega de la cosa que (privadamente) adquiere.

4) *Doctrina de Satta.*

El Profesor de Roma, cuyo criterio nos parece el más aceptable, estima fallidas todas las tentativas de explicar la venta judicial, tanto desde el punto de vista exclusivamente privatístico (contrato de derecho privado) como publicístico (contrato de derecho público; transferencia coactiva que culmina en un acto-procedimiento de naturaleza administrativa; fenómeno de carácter puramente procesal, etc.), y cree que son irreductibles, tanto la naturaleza privada de la oferta del postor, como la pública de la actuación del Tribunal, las cuales no pueden ser comprendidas aisladamente, del mismo modo que la venta tampoco puede ser considerada como algo independiente del conjunto de actos que la preceden y la siguen.

Para él "...no tiene sentido preguntarse si la venta tenga o no naturaleza contractual, en cuanto la misma es una manifestación del poder jurisdiccional y el transferencia se cumple en virtud del ejercicio de este poder, esto es, en el proceso...". De donde se puede arribar a la conclusión de que "...en el proceso se articula la venta forzada como un procedimiento para lograr la transformación del bien no debido en el bien debido: en este procedimiento se insertan, ambos imprescindibles, el acto de voluntad del órgano y el del comprador, que no tienen necesidad de fundirse el uno en el otro, o de anularse recíprocamente, sino que en el procedimiento encuentran su unidad..." (obra citada: página 392).

El procedimiento en cuya virtud se opera el traspaso del bien del demandado al adquirente es de naturaleza tan diversa del contrato de compraventa que resulta inadecuado llamarlo "venta", por las implicaciones que se siguen del significado usual de esta palabra.

Dicho procedimiento consiste en una actividad regulada en la ley procesal, cuya finalidad, como se dijo, es lograr la transformación de un bien perteneciente al demandado, pero que éste no debe según el tenor de la obligación, en dinero, que es el bien debido; y con ello se obtiene por la vía subrogada de la jurisdicción la tutela de los intereses del acreedor.

Los sujetos que intervienen en esta actividad son, de un lado el Tribunal, y del otro los oferentes o postores, que pueden serlo cualesquiera ciudadanos, pues la oferta es pública (salvo el caso de excepción que estudiaremos). Por su parte el actor y el demandado pueden intervenir en el desenvolvimiento de dicha actividad, por ser partes en el proceso donde la misma se desarrolla, pero en sentido estricto no son sujetos de ellas.

Esta es la primera diferencia palpable entre ambas figuras (procedimiento de traspaso y contrato de compra

venta). Ahora veremos que también hay notables diferencias en cuanto a los efectos, de los cuales estudiaremos algunos.

b) Efectos

El "procedimiento judicial" de traspaso se asemeja al contrato de compraventa, como es obvio, en que su efecto principal es el traspaso de la propiedad del demandado a otra persona (el adquirente); pero fuera de este efecto, que caracteriza a ambos como "modos de transferir la propiedad", difieren sustancialmente, como dijimos y lo demostraremos mediante el examen de algunos de los efectos que el primero produce.

En el caso de evicción, el adquirente no puede reclamar al Tribunal, su vendedor, ni al demandado propietario (salvo cuando hubiera percibido un sobrante del precio, en ciertos casos), sino al acreedor que de mala fe hubiera hecho embargar un bien de tercero; y lo mismo ocurre en el caso de saneamiento por vicios ocultos, acción *quantum minoris*, etc.

La falta de entrega de la cosa no puede dar lugar a una acción contra el Tribunal (vendedor) si éste ha puesto al servicio del adquirente todos los medios de que dispone al efecto; ni contra el demandado propietario, si no ha intervenido en la actividad tendiente a la no entrega (si ha intervenido o es directamente responsable de ella, cabría contra él una acción por daños y perjuicios, pero no la nulidad del traspaso); ni, en fin, contra el acreedor que ha recibido el precio.

En cuanto a los vicios generales del consentimiento en materia contractual que creemos poco factible que se puedan producir en un remate, salvo en caso del error (pues es casi ridículo pensar que el Juez hiciera violencia o actuara con dolo respecto de los postores, o de alguno de

ellos), no parece que fuera causa suficiente para anular el acto.

c. *El procedimiento en el Código de procedimientos civiles*

Dice el artículo 465 *ibídem* que cuando lo embargado en el proceso fuera dinero, una vez firme la sentencia de remate "... se pagará inmediatamente al actor el capital reclamado; los intereses y las costas"; pero ello no es posible en cuanto a éstas últimas, puesto que no son liquidadas en la sentencia, sino precisamente después de que la misma haya alcanzado firmeza, mediante un procedimiento particular que la ley regula; y lo mismo cabe decir acerca de los intereses llamados "moratorios", que continúan corriendo durante la pendencia del proceso y hasta el pago efectivo del principal, y por ello no podrían ser liquidados en la sentencia.

Cuando lo embargado consiste en valores de comercio, la venta de éstos debe hacerse fuera del proceso, por "... un Corredor Jurado, agente o comerciante ..." a quien el Juez comisionará para ello (artículo 466 *ibídem*); y aunque el Código no regula la forma de dicha venta, debe entenderse que a la misma se aplican las reglas generales que norman el remate judicial (publicidad, avalúo, posturas, etc.) adaptadas en forma de facilitar la operación, pero garantizando a la vez los derechos de las partes y la seriedad del acto.

Y a esta parquedad del Código de Procedimientos Civiles en relación con dicha forma de venta se debe, según creemos, que no se use en la práctica, por el temor de que no queden satisfactoriamente garantizados los intereses de las personas a que el acto atañe.

El remate judicial propiamente dicho es precedido de una actividad que se desarrolla en el proceso, tendiente a que aquél constituya, si no un acto provechoso para todos

(cosa imposible), por lo menos un acto de justicia, rodeándolo de todas las garantías de seriedad que deben informar la actividad jurisdiccional.

Puede decirse que el remate es el punto culminante de la actividad judicial dentro del proceso ejecutivo, sobre todo por la razón de que, en virtud del mismo, se produce un efectivo despojo en daño de un ciudadano: es uno de esos momentos en que el Estado interviene en la esfera privada de los individuos e impone, manu militari, sus decisiones, contra la voluntad y en perjuicio de aquéllos, por mucho que lo haga en cumplimiento de fines legítimos.

Y es por tales razones que se le ha rodeado de toda esa serie de medidas de que hablábamos, que nuestro Código ha recogido en sus artículos y que salvaguardan las siguientes: a) garantías de un precio justo; b) publicidad; c) seriedad de las ofertas; d) seguridad de la venta judicial para el adquirente; e) expedición de formas. Expondremos ahora las disposiciones legales que resguardan dichas garantías.

El precio que para los inmuebles sirve de base en el remate lo determina, por regla general, el valor con que los mismos aparezcan conforme a la declaración hecha por el propietario ante la Oficina de Tributación Directa; pero dicho precio debe ser determinado por un perito de nombramiento del Juez, si se trata de fincas cuyo valor no ha sido declarado en aquella Oficina o si el actor lo prefiriere así, por cualquier motivo (artículo 467, primer apartado, *ibídem*).

Esto último tiene su razón de ser en que la estimación pericial ofrece mayores garantías de certeza que la declaración del propietario en la Oficina de la Tributación Directa, no solamente porque ésta no se lleva a cabo en una forma técnica, sino porque puede corresponder a una época muy anterior al tiempo del remate.

En cuanto a muebles, estos serán siempre estimados por un perito en la forma dicha, por faltar entre nosotros

una Oficina de Registro General de la Propiedad mueble de donde se pueda tomar el valor declarado de la cosa, de modo que no es posible la alternativa que se da en el caso de los inmuebles (artículo citado, apartado segundo).

Una vez establecida la base del remate, procede su publicación; la cual se lleva a cabo por medio de un edicto que se stampa durante tres días consecutivos en el Boletín Judicial, y que contendrá indicación del día, la hora y el lugar en que el remate se verificará; identificación del Tribunal y del proceso correspondientes; suma o sumas básicas en que los bienes serán subastados; expresión de los gravámenes con que los mismos serán vendidos, si es que los hay; descripción lacónica de la naturaleza, clase y estado de los bienes muebles, o identificación de los inmuebles por medio de la cita del número, asiento, tomo y folio en que aparecen inscritos en el Registro, y de su naturaleza, situación, medida, linderos y nombres especiales con que se les conoce (artículo 468 *ibídem*).

La falta de alguno de los requisitos relativos a la descripción del bien en el edicto no es motivo para pretender la nulidad del remate, ni impide su celebración, ya que todos esos datos se encuentran en el expediente y pueden ser, por ende, verificados por los interesados en cualquier momento (artículo citado, *in fine*).

Pero el remate no se podrá llevar a cabo, y si efectuado, debe anularse: a) cuando entre la fecha de la primera publicación del edicto y la de la subasta no ha transcurrido el plazo que establece la ley, de ocho días para cuando se venden muebles y de quince en el caso de inmuebles; b) cuando se omita identificar en el edicto el Tribunal o el proceso en que la venta se verificará; c) cuando no se mencione el precio que sirve de base para ofrecer, o se consigne otro diverso; y d) cuando se indique día, hora o lugar diferentes del señalado por el Tribunal para la diligencia.

Aunque la ley guarda silencio en relación a las hipótesis anteriores, creemos que la falta de cualquiera de los requisitos a que las mismas se refieren invalida el acto, pues los mismos son establecidos para garantizar la posibilidad de concurrencia de postores al acto, así como para que éstos, avisados de antemano sobre las condiciones esenciales del remate, tengan suficientes elementos de juicio para decidir si intervienen o no en el mismo.

También existen causas de nulidad previstas taxativamente en el Código (artículo 472) para el caso de remate ya celebrado, y que vale oponerlas en cualquier tiempo (sin perjuicio de la prescripción), ya sea dentro del expediente del proceso ejecutivo donde el acto se llevó a efecto, o bien mediante la vía ordinaria, estableciendo la acción correspondiente.

Dichas causas de nulidad se producen: 1º, en el caso de inmuebles, o de derechos reales, cuando se subastare "...una cosa por otra, o una cosa ajena"; y 2º, cuando la venta se ha verificado a una hora distinta de la señalada por el Tribunal o indicada en el anuncio público inserto en el Boletín Judicial.

De la primera de dichas hipótesis se excluye el caso de que se venda un bien mueble ajeno, con el objeto de dar mayor seguridad a los remates de esta clase de bienes, ya que de otro modo, como no existe entre nosotros la Oficina de Registro de la Propiedad Mueble, no habría certeza acerca del verdadero propietario del bien al momento de la venta, y esto se prestaría a constantes litigios. Mas ello no puede suceder en el caso de inmuebles o derechos reales, pues su propiedad es fácilmente determinable por medio de los Libros del Registro u otras pruebas fehacientes (testimonios de escritura pública, etc.).

La subasta debe celebrarse en forma pública, es decir, en un lugar que permita el libre y fácil ingreso de la gente, aunque no sea propiamente lo que se conoce como un

sitio público (jardines, plazas, etc.), pues no se trata de dar espectáculo gratuito a los transeúntes, sino de no impedir la presencia de ningún interesado.

Cuando ello fuere posible, los bienes subastados estarán a la vista de los interesados, en el momento de la venta, para que puedan examinarlos directamente. Pero sucede en la práctica de los Tribunales que esto nunca se hace, pues resulta incómodo que los depositarios estén portando a la oficina correspondiente, cada vez que hay remate, las cosas objeto del mismo, aunque se trate de cosas pequeñas. Y tampoco se suele cumplir la segunda parte del artículo de comentario (469 *ibídem*), que obliga a tener una muestra en el acto de la subasta cuando los bienes a rematar fueren "caldos, semillas u otros semejantes"; y a poner de manifiesto "los planos y títulos que hubiere" cuando se deban vender inmuebles.

Para ser admitido como postor debe el interesado, antes de que comience la subasta, hacer un depósito, mediante consignación bancaria a la orden del Tribunal, o en las manos del Juez. Dicho depósito será de dinero efectivo o cheque certificado o aceptado, girado por el propio oferente, o bien mediante cheque girado por persona distinta de aquél, pero "de responsabilidad reconocida". El monto de dicho depósito no puede ser inferior al diez por ciento de la cantidad en que los bienes a subastar han sido valorados (artículo 470, segundo apartado).

Sin embargo, el actor del proceso puede hacer exonerar al interesado de consignar el depósito dicho, mediante manifestación hecha al Juez por escrito o verbalmente en el acto de celebrarse la diligencia (artículo y apartado dichos); y lógicamente puede él mismo participar en el remate sin necesidad de depositar ninguna suma, puesto que el crédito hecho valer en el proceso constituye su garantía.

Pero si sus derechos en el proceso estuvieren a su vez embargados, y resulta adjudicatario en la subasta, enton-

ces deberá depositar en el Tribunal el precio porque se adjudicó el bien, caso de que éste sea inferior a la suma porque se trabó el embargo sobre sus derechos; y en el caso contrario, deberá depositar una suma igual al monto del referido embargo (artículo citado, *in fine*).

En cuanto al demandado, creemos que no puede ser admitido como postor en ningún caso, puesto que la circunstancia de ser el remate una forma de traspaso del bien excluye la posibilidad de que éste pueda ser adquirido por su propietario, puesto que en esta forma no se produciría ningún traspaso. Y en la misma forma debe resolverse, en nuestro criterio, el caso del "dueño actual" de la cosa en los procesos hipotecario y prendario.

d. *Celebración del remate judicial.*

La celebración del remate se verifica bajo la dirección del Alcalde, o Juez o del Actuario Judicial (en los Juzgados donde lo haya), con asistencia del Secretario del Tribunal o, en su defecto, de dos testigos, y con el auxilio de un Pregonero, cuya función es la de ejecutar los actos materiales que constituyen la diligencia (artículo 473 *ibídem*).

Se inicia el acto cuando, por orden del Juez, el Pregonero lee en voz alta "... la relación de los bienes y las condiciones de la subasta" (artículo citado), invitando a continuación a los interesados presentes para que hagan sus ofertas, que deberán ser de contado y no inferiores a los dos tercios del avalúo dado a los bienes (artículo 470, primer apartado).

Cuando ninguno de los interesados hace postura, apercebidos que fueren por tres veces por el Pregonero, el Juez declara concluida la diligencia y hace constar dicha circunstancia en el expediente mediante acta levantada al efecto, y firmada por él, el Secretario (o testigos) y el Pregonero.

Pero si alguno de los interesados hace una oferta legalmente aceptable, el Pregonero la publicará de viva voz por tres veces, invitando a los otros presentes a mejorarla, y lo propio se hará cada vez que se haga postura, hasta que no haya ninguna que mejore la última bien formulada, caso en el cual se dará por terminada la subasta teniendo como adjudicatario del bien o bienes a la persona que hizo dicho última oferta (artículo 473, segundo apartado, ibídem), y se devolverá a sus dueños los depósitos consignados para intervenir en la venta, menos el del oferente-adjudicatario, que será enterado a la mayor brevedad en la cuenta bancaria del Tribunal (artículo 470, apartado tercero, ibídem).

De lo así actuado también se levantará seguidamente un acta, que firmarán las personas dichas y el rematario o rematante; y si cualquiera de dichas firmas no se hubiere consignado en la misma, el Juez mandará recogerla haciendo constar dicha circunstancia por separado, salvo que sea el caso en que el rematario no sepa o no quiera firmar, pues entonces se pondrá razón de ello en el acta misma (artículo citado, in fine).

e. Ausencia de postores. Ulteriores remates

Caso que la diligencia se suspendiera por falta de postores puede el actor, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la misma, pedir que se le asigne el bien por las dos terceras partes de su avalúo y en abono al crédito cobrado, siempre y cuando en este caso el crédito sea superior al monto por el cual el bien le resulta asignado, pues de otro modo deberá el petente depositar la diferencia que resulte en su contra; y si no desea la asignación del bien, puede entonces pedir que se celebre un nuevo remate, pero "... con rebaja del veinticinco por ciento del avalúo inicial" (artículo 474 ibídem).

Si tampoco esta vez se presentaren oferentes, dentro de los tres meses indicados arriba puede el ejecutante pedir la asignación por las dos terceras partes de la base establecida para el segundo remate, o lo que es igual, por el cincuenta por ciento del primitivo avalúo.

También podrá en este caso, si lo prefiere, pedir que se celebre una nueva subasta, pero esta vez "sin base", es decir, sin que los postores estén sujetos a una suma básica para iniciar sus ofertas, de manera que será válida cualquiera que se haga, por modesta que sea.

En este tercer remate se pueden presentar dos alternativas: 1) que los bienes resulten subastados por una suma no inferior al cincuenta por ciento del avalúo original, en cuyo caso el remate se aprobará, ya que en esta forma la venta produjo al menos la cantidad por la que el actor hubiera podido pedir la asignación; 2) que lo sean por suma inferior a dicho porcentaje, caso en el cual el Juez, de previo a la aprobación del remate, dicta una resolución ordenando notificar al demandado el precio ofrecido por el último postor, y previniéndolo para que dentro de los nueve días siguientes libre los bienes mediante el pago, al actor, de la totalidad de la suma cobrada (como acertadamente lo ha decidido la Sala Segunda Civil, en su resolución de las nueve horas y cinco minutos del diecisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco), o presente, dentro del mismo plazo, "... persona que mejore la postura (hecha por el oferente en el remate) y haga el depósito de ley..." (artículo 475 ibídem).

Tanto en el caso de la tercera subasta como en el del tercero "mejorante" que el demandado debe presentar en la hipótesis que acabamos de examinar, el depósito para tener derecho a hacer ofertas debe ser, según nos parece, del cinco por ciento del primitivo avalúo, aunque la ley no lo señala expresamente, pues creemos que en el sistema compuesto de los tres artículos examinados (473, 474 y 475 ibídem) se establece una graduación descendente, tanto

en lo relativo a la cantidad por la cual el actor puede adjudicarse los bienes en cada uno de los remates, como en punto a depósito para garantizar la seriedad de la oferta hecha por los interesados ajenos al proceso. Y así vemos que para el primer remate el depósito será del diez por ciento del primitivo avalúo; para el segundo lo será del siete y medio por ciento de dicho avalúo; y de ahí que hemos creído que para el tercero debe serlo el cinco por ciento, que es el diez por ciento de la suma por la cual el actor pudo haberse adjudicado el bien: el cincuenta por ciento del primitivo avalúo.

De otro lado, y en apoyo a dicha tesis, vemos que ese mismo cincuenta por ciento es la suma mínima para que el postor-adjudicatario obtenga de inmediato la aprobación del tercer remate, lo cual revela que ese porcentaje es algo así como la base ideal de dicha subasta, conforme al sistema del Código.

No nos parece, de otra parte, satisfactoria la solución que se suele dar a este problema en la práctica, en el sentido de que no sea necesario el depósito para concurrir a ese tercer remate, pues aunque es cierto que se inicia "sin sujeción a tipo", de hecho puede llegarse a la situación de que las pujas hagan subir el precio de los bienes subastados a cantidades apreciables. Ni tampoco compartimos el criterio de quienes consideran que debe irse depositando, de vez en vez, el diez por ciento de la suma que se ofrece en cada puja, ya que ello rompe el sistema de la ley en una forma absoluta, y va además contra lo dispuesto en el artículo 470, segundo apartado, *ibidem*, que establece el momento de hacer el mencionado depósito.

f. *El remate privado del artículo 475*

Si el demandado deja transcurrir el indicado plazo de nueve días sin pagar al actor ni presentar un tercero mejorante, la subasta será aprobada de oficio por el Juez.

Pero si opta por la segunda alternativa, el Juez debe ordenar que se celebre un nuevo remate con exclusión de

toda otra persona que no sea el postor adjudicatario de la tercera subasta y el mejorante presentado por el ejecutado. Para este acto el Juez hará el señalamiento de hora y fecha, pero no lo anunciará mediante la publicación de edictos en el Boletín Judicial, por tratarse en realidad de un acto privado; y naturalmente que esta vez la subasta tendrá por base la oferta del mejorante, adjudicándose en definitiva los bienes en la forma que hemos estudiado al hablar del primer remate.

En todo caso el Juez puede prescindir de este remate privado, adjudicándole el bien al mejorante, si el postor original, en vista de la oferta del primero, renuncia a su pretensión de adquirir los bienes.

g. *Aprobación del remate. Pago del precio*

Una vez que la subasta termine con la adjudicación de los bienes a uno de los postores, el Juez la aprobará de oficio, previniendo al rematario o rematante que dentro de tercero día debe consignar en la cuenta bancaria del Tribunal el resto del precio ofrecido; hecho lo cual, el Juez debe ordenar al depositario de los bienes que haga entrega de ellos al adjudicatario (artículo 476 *ibidem*); y si fuere del caso, dispondrá también que las piezas correspondientes sean protocolizadas por un Notario (artículo 477 *ibidem*).

Pero si transcurridos los tres días del plazo dado al adjudicatario para depositar el resto del precio ofrecido por los bienes, sin que lo haga, puede el actor "acusar la rebeldía" de aquél, y entonces el Juez, en una sola resolución, tomará las siguientes providencias: a) tener por acusada la rebeldía del rematario; b) declarar la insubsistencia de la venta judicial celebrada; y c) condenar al rebelde al pago de los daños y perjuicios irrogados al actor con su incumplimiento. También podrá el Juez, en esa misma resolución, hacer un nuevo señalamiento para proceder al remate de los bienes, si el actor se lo solicitare expresamente (artículo 478 *ibidem*, primer apartado).

Los daños y perjuicios que el rematario rebelde debe pagar al actor son fijados por la ley (artículo citado, segundo apartado) en el cincuenta por ciento de la suma depositada por aquél a norma del artículo 470, segundo apartado, *ibídem*; y dispone la misma ley que la mitad restante de dicha suma se entregue al ejecutante "en abono a su crédito", lo cual no tendría razón de ser si se considera que ese dinero no es del deudor, sino de un tercero. Pero es que, según nos parece, el motivo inspirador de esta regla es la presunción de que detrás del rematario que no cumple se oculta el demandado, que desea conservar sus bienes y acude para ello a la maniobra de interferir su venta por medio de un testafarro, el cual se hace adjudicar los bienes sin la menor intención de oblar el resto del precio que ha ofrecido por ellos.

Este testafarro o "gancho", como popularmente se le llama, que ha llegado a ser una institución complementaria a la del remate judicial, constituye sin duda alguna un expediente inmoral y una burla a la administración de justicia. Pero sirve en muchos casos para poner coto a otra inmoralidad de peor especie: el cobro excesivo de intereses por parte de los prestamistas y el despojo sistemático que estos llevan a cabo en perjuicio de sus deudores. Se trata, en suma, de un combate en que ambos antagonistas usan armas desleales: y no se sabe cuál de ellas es más deplorable.

h. *Suspensión del remate. Incidentes*

Por regla general la venta judicial no puede ser suspendida. Sin embargo creemos que frente a la misma debe hacerse lugar a dos excepciones: 1) cuando la suspensión sea pedida por el titular de la acción ejecutiva, es decir, por el propio ejecutante, pues tanto la referida venta como, en general, todos los actos ejecutivos se llevan a cabo para tutelar intereses de dicha parte, de los cuales puede ella disponer; y 2) cuando esté en trámite una *tercería* excluyente de dominio referente a los bienes objeto del re-

mate, caso en el cual se procederá primero a resolver la *tercería* (artículo 501, segundo apartado, *ibídem*).

En todos los otros casos en que promoviera un incidente cuya procedencia pudiera causar, como efecto directo o indirecto, la insubsistencia del remate, éste será de todas maneras efectuado, pero no será aprobado sino una vez que el incidente propuesto ha sido declarado sin lugar, y el Juez, en el acto de la diligencia, advertirá a los postores la circunstancia dicha.

Lo mismo debe hacerse si, antes de llevarse a efecto la venta judicial, el demandado pide la suspensión de los procedimientos con base en las circunstancias de haber acusado penalmente la falsedad del documento que sustenta el título ejecutivo que acredita al actor, siempre que demuestre que su acusación ha sido admitida; y entonces el remate no será aprobado sino hasta que dicha causa penal sea definida por sentencia absolutoria, o haya recaído en la misma sobreseimiento provisional o definitivo. Entretanto, el adjudicatario del bien subastado tiene derecho de retirar su oferta, renunciando así a adquirir el bien, y recobrando la suma que depositó (artículos 206 y 471, primer apartado, *ibídem*).

En cuanto a los incidentes promovidos después de que la subasta se ha llevado a cabo, sólo serán tramitados si quien se ha adjudicado los bienes ha sido alguna de las partes del proceso, o bien si el tercero adjudicatario ha cedido a cualquiera de ellas sus derechos dentro de los tres días siguientes a la fecha de celebración de la venta (artículo citado, *in fine*), porque en tal caso no existe, como en el del tercero adjudicatario, la razón de garantizar en una forma tan estricta la subsistencia de la venta.

49. CONCLUSION.

En gran medida los defectos que se pueden atribuir a nuestro Proceso Ejecutivo Común trascienden la esfera del mismo, es decir, no son defectos propios de dicha institu-

ción, sino que son en realidad imputables a los principios generales sobre que se asienta nuestra ley procesal, como es el caso de sistema del proceso escrito, el régimen de notificaciones, incidentes, recursos, etc.

Pero también hay, y lo hemos señalado, un defecto específico del proceso en estudio que consideramos capital: la articulación de una etapa contenciosa que le hace perder su naturaleza ejecutiva y constituye un cómodo expediente para el deudor de mala fe, el cual puede, echando mano a la ocasión que le brinda ese nuestro sistema, atrasar la continuación del juicio casi a voluntad. Y lo peor de todo es que dicha fase contenciosa no es tampoco muy útil para el demandado que cree tener derecho a oponerse, porque una defensa plena y fecunda tampoco la puede hacer dentro de dicho período.

Creemos que una buena solución sería eliminar dicha etapa de cognición, estableciendo el hoy conocido sistema del proceso paralelo de oposición. Esto permitiría al demandado que cree tener razón hacerla valer en una forma amplia y eliminaría las oposiciones sistemáticas propuestas con la mira de atrasar el curso del proceso, el cual podría entonces resolverse en una rápida y efectiva tutela de los legítimos intereses del actor.

Otra cosa que no marcha bien en la práctica es nuestro sistema de proceso excesivamente singular, tan cerrado frente a una saludable concurrencia de los acreedores que solo beneficios reportaría, tanto a éstos como al propio deudor. Y podría decirse que la solución está en una ampliación de los alcances de la mal llamada *tercería condyuvante*, transformándola así de la que es hoy: un incidente excepcional del cual nadie echa mano, a un verdadero concurso de acreedores dentro de la ejecución forzada singular.

Creemos que éstas serían, entre otras, medidas que resolverían en mejor forma los problemas de la justicia en la materia objeto de estas notas.

POSITIVISMO JURÍDICO Y ESTATISMO EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE PÍO XII*

VICTOR BRENES*

"Sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos". (Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", VIII).

"... la espada puede imponer condiciones de paz, pero no puede crear la paz. El nuevo orden del mundo no deberá en adelante apoyarse sobre la movediza e incierta arena de normas efímeras inventadas por el arbitrio de un egoísmo utilitario, colectivo o individual, sino que deberá levantarse sobre el inconcuso y firme fundamento del derecho natural". (Pío XII, "Summi Pontificatus").

1.—El pensamiento político de Pío XII con respecto al positivismo jurídico y al estatismo se define en el punto de inserción de dos circunstancias muy concretas: su condición de jefe visible de la Iglesia Católica por una parte y, por

* Profesor del Departamento de Filosofía, Universidad de Costa Rica.

* Orden del presente trabajo:

- I) El positivismo jurídico, como base ideológica y precedente histórica del totalitarismo estatal contemporáneo.
- II) Análisis y crítica del estatismo político.
- III) Origen, naturaleza y misión del Estado a la luz del derecho natural.
- IV) Derecho positivo y derecho natural.
(Ponencia del autor presentada en el II Congreso Interamericano de Filosofía, San José, C. R., julio 1961).

otra, las peculiares circunstancias históricas, sociales y políticas en que le correspondiera vivir como hombre y gobernar como Papa.

Por razón de lo primero, la doctrina del Pontífice se injerta, como es natural, en la de la Iglesia. Desde este punto de vista no es ni puede ser radicalmente original. Esto no obstante, el Papa Pacelli no podía menos que dejar la "impronta" personal e individual del hombre superior que lleva a la esfera de la vida pública al servicio de una institución la brillante inteligencia, penetrante visión y excepcional preparación que universalmente le fueron siempre reconocidas. Así Eugenio Pacelli engendró a Pío XII y perfiló su doctrina, con matices eminentemente personales. (1) Fue su caso el de una extraordinaria personalidad que sostiene, nutre y casi aventaja la institucionalidad de un "oficio" de las gigantescas y bimilenarias dimensiones del papado.

Reseñamos también, pues, al hombre y no sólo al titular de un cargo en una institución. Segunda circunstancia a cuya luz debe interpretarse su pensamiento, es la histórico-política constituída, en forma inmediata, por la consolidación de modernas traducciones de estatismo y totalitarismo políticos (nazismo y fascismo en particular), y remota por la ruina y desprestigio de las posiciones ideológicas tradicionalmente sostenidas y representados por el jusnaturalismo, con el consiguiente predominio casi total e incontestable del positivismo moral y jurídico, y todo ello como resultado de la revolución "laicizante" que transformara en "laico" un mundo otrora religioso-cristiano-teocéntrico.

El positivismo al laicizar y "positivar" tanto el derecho como la moral, hábales negado todo fundamento metafísico

1) Las ciencias jurídicas fueron siempre el objeto que, ya desde su vida de estudiante, atrajeran la atención de Eugenio Pacelli. Y, dentro de éstas, la problemática, relativamente nueva (Vitoria) del derecho internacional. Por otra parte, Italia asistía en ese entonces al resurgimiento del derecho natural (paralelo o bien fruto del neotomismo) con figuras señeras como Taparelli y Liberatore a la cabeza.

co y más aún, religioso-trascendente. Para los autores de tal hecho, era éste un evidente progreso (doctrina de los tres estadios), mas, no por ello exento estaba —al menos para algunos— de graves riesgos tan radical revolución.

Spencer lo advierte claramente: "Hoy en día —dice— en que las prescripciones morales pierden la autoridad que ellas deben a su pretendido origen sagrado, la secularización de la moral se impone", añadiendo que pocos fenómenos son tan nocivos como "la decadencia y muerte de un sistema regulador ya insuficiente, mientras que un sistema más adecuado para dirigir la conducta aún no está disponible para reemplazarlo (2). Se presenta, según lo indica el autor citado, la urgencia de "llenar el vacío".

El positivismo llena de hecho este vacío, dentro de la línea lógica, claro está, de su esquema ideológico, a saber, en virtud de un proceso de subjetivación de la moral, hasta entonces, en el esquema jusnaturalista, esencialmente objetiva. Rechazada, como ilegítima, toda pretensión de llegar, con la metafísica, al ser en sí de las cosas, y, por ende, negada la posibilidad de conocer relaciones objetivas, estables y universales entre los seres, sus acciones y sus fines, se sustrae necesariamente la moral y el derecho de toda posible fundamentación ontológica (naturalismo ético y jurídico).

La revolución positivista en la moral y en el derecho es análoga a la cartesiana: el hombre, sujeto moral, no es ya el elemento regido por un orden exterior e independiente del mismo (moral objetiva) sino que, de regido por el orden moral fundado en la naturaleza del ser real (mundo, hombre, sociedad) pasa a ser regidor, arquetipo, creador, origen fontal de este orden. A su vez, el tránsito del subjetivismo positivista moral y jurídico al estatismo es inmediato: el Estado, como legislador, se considera posible en cuanto se integra por la suma de las voluntades de los individuos

2) *Data of Ethics*, Introducción.

que lo constituyen. El Estado, Voluntad Legisladora en sí misma, es el necesario e inevitable trasunto de la voluntad subjetiva legisladora del individuo. Aquél como éste y más que éste, será el origen único e inapelable de la moral y del derecho. He aquí la tesis del Estado fuente original, exclusiva, autónoma y absoluta de la moral y, sobre todo, del derecho ("Estado Ético"). He aquí, finalmente, el estatismo y totalitarismo políticos, hijos legítimos del positivismo jurídico. He aquí la *Raison d'Etat*, la *Wille zur Macht* y el *Wrong or right, my Country*.

En efecto, privado el derecho de toda fundamentación objetiva y, en este sentido, trascendente con respecto al subjetivismo de la voluntad, individual o colectiva del hombre, queda entregado al arbitrio del Estado, que lo acomodará, al no estar regido por orden alguno superior al mismo, a sus particulares conveniencias en cada circunstancia concreta.

Subjetivismo moral, positivismo jurídico, estatismo y totalitarismo políticos, utilitarismo ético y jurídico: evolución lógica y necesaria de una moral y de un derecho en los cuales se han cercenado radicalmente sus raíces metafísicas (proceso de "positivación") y religioso-trascendentes (proceso de "laicización").

2.—Pío XII es incisivo al señalar al positivismo jurídico como responsable directo de los estatismos contemporáneos.

"... Es cosa averiguada —dice— que la fuente primaria y más fundamental de los males que hoy afligen a la sociedad moderna brota de la negación, del rechazo de una norma universal de rectitud moral, tanto en la vida privada de los individuos como en la vida política y en las mutuas relaciones internacionales; la misma ley natural queda sepultada bajo la detracción y el olvido" (3).

Es evidente que este "rechazo de una norma universal" alude directamente al positivismo ético y jurídico —enseñe

3) *Summi Pontificatus*, N° 20, DP-BAC-II, p. 765.

ñoreados en forma casi ilimitada de la filosofía jurídica del siglo XIX— como además lo confirma la mención hecha, en el citado texto, del derecho natural. "El siglo XIX —dice el Pontífice en otro texto aún más explícito— es el gran responsable del positivismo jurídico. Si sus consecuencias han tardado en hacerse sentir con toda su gravedad en la legislación, se debe al hecho de que la cultura estaba todavía impregnada del pasado cristianismo y de que los representantes del pensamiento cristiano podían casi en todas partes hacer oír su voz en las asambleas legislativas. Debía venir el estado totalitario de impronta anticristiana para descubrir al mundo el verdadero rostro del positivismo jurídico" (4).

Más arriba hemos señalado el proceso ideológico político que, partiendo del subjetivismo moral y pasando por el positivismo jurídico, desemboca inevitablemente en el estatismo y totalitarismo políticos. En efecto, los enunciados teóricos y doctrinas de suficiente entidad desbordan, tarde o temprano, los recintos docentes y se traducen en formas concretas que afectan los diversos órdenes humanos de existencia. No es del caso repetir lo hasta la saciedad sabido sobre el poder de las ideas y el pragmatismo de lo teórico.

La mayor o menor rapidez de este proceso que cuaja lo teórico-abstracto en concreto práctico dependerá de factores circunstanciales propios de cada caso en particular. A uno de ellos se refiere, en el citado texto, Eugenio Pacelli: requirióse tiempo para que la historia —realidad concreta— con el monstruoso espectáculo de modernas formas de totalitarismos políticos, proclamara con muda y aterradora elocuencia el verdadero rostro, como dice el texto, del positivismo jurídico (5).

4) *Con vivo compiacimento*, N° 11; DP-BAC-V, p. 307. El subrayado es nuestro.

5) Europa, sin pensar ya a lo cristiano, continuó sin embargo, viviendo a lo cristiano. Las instituciones estaban demasiado enclavadas en el "humus christianus" y pudieron alimentarse un tiempo de sus propias reservas sedimentarias.

Esta independización del derecho y de la moral operada por el positivismo, sociologismo y relativismo jurídicos y éticos con respecto a todo orden metafísico, vale decir, a todo orden objetivo y trascendente, fundado en el ser (relaciones de causalidad esenciales inmutables y universales) implica necesariamente, como a continuación lo indicamos, un paralelo proceso de "laicización" de los órdenes jurídico y moral con respecto al tema de Dios, y ello por obvias razones. En efecto, en el naturalismo ético y jurídicol naturalismo jurídico, dada la esencial posición metafísica implicada por estos, la jerarquía de valores éticos y jurídicos, se establece, al menos en sus grandes líneas fundamentales, por el criterio de naturaleza, como realidad dada y constituida en forma concreta con un dinamismo interior perfecto teleológico. Es decir, que la entidad objetiva de los valores morales y jurídicos se deduce del análisis del ser del hombre (individual y social) como naturaleza "recepta" (contingente, creada), imperfecta (acto y potencia) pero perfectible, dotada de un dinamismo interior teleológico, es decir, tendiente a la consecución de su fin que no es otra cosa que su propia perfección o plenitud de Ser.

3.—Fundado el orden moral y el jurídico inmediatamente en la naturaleza así metafísicamente considerada, (lo dado, creado y ordenado a su perfección como a su fin propio) es fácil y lógico para el naturalismo metafísico el tránsito al tema de Dios, no sólo como creador y sustentador del orden natural sino también, y precisamente por ello, como fundamento y fuente original y absoluta del orden moral y jurídico, puesto que éste, según queda expuesto, se funda en la naturaleza y ésta en su Autor. A la luz de estas consideraciones es también fácil y lógico comprender el tema —en Pío XII tan frecuente e insistente— del rechazo de Dios, Creador y Legislador Supremo, rechazamiento este implicado en la negación de la norma moral y universal basada en un orden independiente del arbitrio humano, individual o colectivo, así como el señalamiento

del profundo divorcio entre el orden puramente humano y el divino (laicismo) hasta el punto de la radical y total exclusión de Dios y de su dominio universal (Creador-Legislador), y todo ello como origen radical y esencial de las crisis políticas y sociales, individuales y colectivas que constituyen el drama o tragedia del mundo contemporáneo. "... Si el olvido de la ley —dice Pío XII— que manda amar a todos los hombres, y que apagando los odios y disminuyendo desaveniencias es la única que puede consolidar la paz, es fuente de tantos y tan gravísimos males para la pacífica convivencia de los pueblos, sin embargo, no menos nocivo para el bienestar de las naciones y de toda sociedad humana es el error de aquellos que... pretenden separar el poder político de toda relación con Dios, del cual dependen, como de causa primera y de supremo señor, tanto los individuos como las sociedades humanas; tanto más cuanto que desligan el poder político de todas aquellas normas superiores que brotan de Dios como fuente primaria y atribuyen a ese mismo poder una facultad ilimitada de acción, entregándola exclusivamente al hábil y fluctuante capricho o a las meras exigencias configuradas por las circunstancias históricas y por el logro de ciertos bienes particulares. Despreciada de esta manera la autoridad de Dios y el imperio de su ley —continúa diciendo el Pontífice— se sigue forzosamente la usurpación por el poder político de aquella absoluta autonomía que es propia exclusivamente del supremo Hacedor, y la elevación del Estado o de la comunidad social, puesta en el lugar mismo de Creador, como fin supremo de la vida humana y como norma suprema del orden jurídico de la razón natural y de la conciencia cristiana" (6).

Este doble y paralelo proceso de "positivación" y "laicización" de la moral y del derecho los describe Pío XII como un fenómeno operado por el rechazamiento de Dios

6) *Summi Pontificatus*, N° 39; DP-BAC-II, p. 774s. El subrayado es nuestro.

(Creador del orden natural y por ende Legislador del moral, en Aquél fundado) paralelo a su vez al rechazo de Cristo (presencia de Dios en el hombre) y de la Iglesia (presencia de Cristo en la Historia). "El fundamento de toda la moralidad comenzó a ser rechazado en Europa —dice— porque muchos hombres, se separaron de la doctrina de Cristo... Esta doctrina dio durante siglos tal cohesión y tal formación cristiana a los pueblos de Europa, que éstos, educados, ennoblecidos y civilizados por la cruz, llegaron a tal grado de progreso político y civil, que fueron para los restantes pueblos y continentes maestros de todas las disciplinas" (7). "Así debilitada y perdida la fe en Dios y en el divino Redentor y apagada en las almas la luz que brota de los principios universales de moralidad, queda inmediatamente destruído el único e insustituible fundamento de estable tranquilidad en que se apoya el orden interno y externo de la vida privada y pública, que es el único que puede engendrar y salvaguardar la prosperidad de los Estados. Es cierto que, cuando los pueblos de Europa estaban vinculados por una fraterna unión, alimentada por las instituciones y los preceptos del cristianismo, no faltaban disensiones, ni trastornos, ni guerras desoladoras, pero tal vez jamás como en el presente los hombres se han encontrado con un ánimo tan quebrantado y afligido porque ven con temor indecible la extraordinaria dificultad para curar sus propios males, mientras que, por el contrario, en los siglos anteriores estaba presente en los espíritus de todos la noción de lo justo y de lo injusto, de lo lícito y de lo ilícito, lo cual facilita los acuerdos, refrena las pasiones desordenadas y deja abierta la vía a una honesta inteligencia. En nuestros días, sin embargo —concluye diciendo Pío XII— las disensiones no provienen únicamente del ímpetu vehemente de un espíritu destemplado, sino más bien de una profunda perturbación y destrucción de la conciencia

7) o. c., N° 22, p. 765.

interior, de lo que se sigue la temeraria subversión de los principios de la moral pública y privada" (8).

II

4.—Señalando así el proceso genético del estatismo, descendemos al análisis del positivismo jurídico y del estatismo y totalitarismo políticos tal y como consta en nuestro autor.

Al enumerar Pío XII los presupuestos indispensables para un nuevo ordenamiento del mundo que haga posible la conveniencia en "paz y justicia" menciona "la victoria sobre el funesto principio de que la utilidad es la base y regla del derecho, de que la fuerza crea el derecho; principio que hace inconsistente toda relación internacional, con gran daño especialmente para aquellos Estados que, ya por su tradicional fidelidad a los métodos pacíficos, ya por su menor potencialidad bélica, no quieren o no pueden luchar con otros... (9). Aunque no quepa en sentido estricto una identificación del positivismo jurídico y ético con el utilitarismo, evidente es la estrecha relación que los une. En efecto, constituido el Estado en fuente única y exclusiva de la moral y del derecho (*Estado Ético*), lógico es que éste, al actuar como sujeto moral arquetipo (vale decir, creador de valores) lo haga según el juego de sus intereses (utilidades) concretas y particulares. Queda así, pues, el positivismo reducido, en un plano práctico, al utilitarismo.

8) o. c., N° 25-26, p. 767s. Por todo ello "las angustias presentes y la calamitosa situación actual constituyen una apología tan definitiva de la doctrina cristiana, que es tal vez esta situación la que pueda mover a los hombres más que cualquier otro argumento. Porque de este ingente cúmulo de errores y de este diluvio de movimientos anticristianos se han cosechado frutos tan envenenados, que constituyen una reprobación y una condenación de esos errores cuya fuerza probatoria supera a toda refutación racional". (*Summi Pontificatus*, N° 28; DP-BAC-II, p. 762). Nótese, sobre este particular, como la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" es naturalista y no positivista. Hecho este archiperogrullesco en el que, no obstante, parece no haber siempre reparado nuestro mundo contemporáneo.

9) *Summi Pontificatus*, N° 28; DP-BAC-II, p. 822.

La mayor objeción hecha por Pío XII al positivismo jurídico se funda en la separación radical operada por éste de la realidad moral y jurídica de todo orden ontológico, objetivo, concreto, real, vale decir, natural, en el sentido metafísico de este término.

Desgajada la moral y el derecho del orden del ser, queda reducida a la esfera de lo subjetivo, perdiendo su abertura hacia el ser real y refugiándose en un subjetivismo volitivo, individualista o colectivo.

En último análisis, no es todo ello más que un proceso de "desracionalización" de lo moral y jurídico que cede lugar a la "voluntarización" de esos mismos órdenes. Expliquémonos: todo esquema, moral o jurídico, que deduce —cual es el caso del jusnaturalismo— los conceptos de bien y de mal de la conformidad de la acción del agente con un orden constituido natural, imperfecto pero perfectible, está dominado necesariamente por una tónica racional inevitable. En efecto, dado aquel esquema, es evidente que sin un profundo conocimiento de ese orden constituido (naturaleza del hombre —individual y social— fin, medios, etc.) será imposible determinar la recta norma de conducta del hombre. El criterio de rectitud de esa conducta está dado por su conformidad con el orden natural, orden que, como es bien evidente, la voluntad humana no crea ni funda en forma alguna, sino que sigue, lo cual supone necesariamente en el agente, el previo conocimiento del mismo ("nihil volitum quin praecognitum"). Puesto que, como hemos visto, en tal esquema no es la voluntad arquetipo ético (creadora de ese orden moral) en cuanto ese orden dase ya constituido, es evidente que esa voluntad en tanto será moral en cuanto se conforme con el recto orden dado según la razón se lo dé a conocer. La voluntad es guía inmediata de la conducta moral y la razón lo es de aquélla. Vivir moralmente es, pues, vivir racionalmente. Al fin y al cabo el orden racional, el orden de lo verdadero, se establece en este esquema ideológico (metafísico y realista), por la

proporción de adecuación entre la mente y "las cosas", lo real ("adaequatio intellectus et rei"). Y en ética, este racionalismo epistemológico-ontológico encuentra su traducción en el esquema jusnaturalista. En efecto, así como en el plano lógico no es la mente humana la que "a priori" constituye la verdad, sino que, por el contrario, es la mente quien se hace verdad (verdadera) por su adecuación con el orden objetivo de la realidad ontológica, en análoga forma —ya en el plano de la acción y no sólo del conocimiento— el agente moral (elemento subjetivo) se constituye bueno o malo por su adecuación o falta de adecuación con el recto orden de lo existencial— concreto. Y así como la voluntad no crea la naturaleza física ni engendra el orden ontológico, tampoco es fuente radical de lo ético-moral fundado en aquél. La ética metafísica y el jusnaturalismo representan pues, la posición de abertura de la voluntad y agente humano hacia el ser concreto, objetivo, ontológico, polo opuesto del positivismo ético-jurídico que, como lo hemos indicado más arriba, desgaja la moral y el derecho del orden del ser, quedando reducido a la esfera de lo subjetivo, contingente y ocasional. En este caso, si el Estado (encarnación de la voluntad colectiva) es centro, fuente y origen de la moral sin sujeción a orden objetivo superior, es bien evidente que es punto menos que imposible negar a éste las notas de absolutismo y omnímodo poder que caracterizan al estado totalitario, hijo legítimo del positivismo. "Quitada, en efecto, al derecho su base —dice Pío XII— constituida por la ley divina (natural y positiva) y, por lo mismo inmutable ya no queda sino fundarlo sobre la ley del Estado como su norma suprema, y he aquí precisamente el principio del Estado absoluto. A su vez el Estado absoluto intentará necesariamente someter todas las cosas a su arbitrio y especialmente hacer que el derecho mismo sirva a sus propios fines" (10). Por este motivo el positivismo jurídico "abre el camino hacia una funesta separación entre la ley y la

10) *Con vivo compiacimento*, N° 3, DP-BAC-V. p. 305. Los subrayados son nuestros.

moralidad" (11), concordando con otros sistemas procedentes de criterio ideológicamente opuestos "en considerar al Estado o a la clase que lo represente como una entidad absoluta y suprema, exenta de control y crítica, incluso cuando sus postulados teóricos y prácticos desembocan y tropiezan en la abierta negación de valores esenciales de la conciencia humana y cristiana" (12).

Este absolutismo del Estado "consiste de hecho en el erróneo principio de que la autoridad del Estado es ilimitada y de que frente a ésta —incluso cuando da libre curso a sus intenciones despóticas, sobrepasando los límites del bien y del mal —no se admite apelación alguna a una ley superior moralmente obligatoria" (13).

"Este totalitarismo del Estado es una continua amenaza a la paz interna y externa de los pueblos e individuos... reduce al hombre a no ser más que una ficha en el juego político, un número en los cálculos económicos. Con un simple plumazo cambia los límites de los Estados; con una decisión perentoria substraer la economía de un pueblo, que, sin embargo, es parte de toda la vida nacional, a sus naturales posibilidades; con una mal disimulada crueldad arroja también a millares de hombres, a centenares de familias, y las desarraiga y las arranca de una civilización y de una cultura en cuya formación habían trabajado generaciones enteras. Pone, además, arbitrarios límites a la necesidad y al derecho de emigración y al deseo de colonización. Todo lo cual constituye un sistema contrario a la dignidad y al bien del género humano. Y, sin embargo, según la ordenación divina, no es la voluntad y el poder de fortuitos y mudables grupos de intereses, sino el hombre, en medio de la familia y de la sociedad, con su trabajo, el señor del mundo. De esta manera —concluye Pío XII—

11) *Con sempre*, N° 17, DP-BAC-II, p. 845.

12) *Ib.*

13) *Benignitas et humanitas*, N° 29, DP-BAC-II, p. 879.

el totalitarismo fracasa en lo que es la única medida del progreso, es decir, en el crear condiciones públicas siempre mayores y mejores, para que la familia pueda existir y desarrollarse como una unidad económica, jurídica, moral y religiosa" (14).

En la Encíclica *Mit brennender Sorge* (1937) de su antecesor Pío XI, documento en el cual se denuncia y condena el nacional-socialismo hitleriano, hay un texto reasumptivo que Pío XII cita en uno de sus discursos y que dice así: "quien eleva la raza, o el pueblo, o el Estado, o una determinada forma de Estado, los representantes del poder estatal u otros elementos fundamentales de la sociedad humana... a suprema norma de todo y los diviniza con culto idolátrico... falsea el orden de las cosas creado por Dios" (15). Opónese el estatismo a "una de las exigencias vitales de toda la comunidad humana (que) consiste en asegurar duraderamente la unidad en la diversidad de sus miembros"... (porque)... da al poder civil una extensión indebida, determina, y fija en el contenido y la forma, todos los campos de actividad, y de este modo, oprime toda legítima vida propia —personal, local y profesional— en una unidad o colectividad mecánica, bajo la impronta de la nación, de la raza o de la clase" (16). De todo ello se deriva "otra concepción del poder civil, que puede ser designada con el nombre de "autoritarismo", porque excluye a los ciudadanos de toda participación eficaz o influjo en la formación de la voluntad social. Divide, por tanto, a la nación en dos categorías, la de los dominadores y la de los dominados, cuyas recíprocas relaciones vienen a ser puramente mecánicas, bajo el imperio de la fuerza, o tienen un fundamento meramente biológico" (17).

14) *Negli ultimi*, N° 28, DP-BAC-II, p. 909.

15) Pío XI, *Mit brennender Sorge*, Acta Apostolicae Sedis (1937). 149-151; citado por Pío XII, "Discurso al Sacro Colegio Cardenalicio", N° 21, dos de junio de 1945; DP-BAC-II, p. 841.

16) *Dacche piacque*, N° 7-8; DP-BAC-V, p. 208s.

17) o. c., N° 11, p. 209.

En la carta que, con fecha 8 de julio de 1945, dirigiera el Pontífice al Director General de la UNRRA hay un texto que nos puede servir de resumen de lo hasta aquí expuesto y de tránsito para lo restante: "Millones de hombres —dice— se están preguntando a sí mismos: ¿Existen algunos determinados derechos dados por Dios, que el Estado está obligado a proteger, que no puede violar? ¿O tiene que prevalecer la idea que asigna un poder ilimitado al Estado, dejando al individuo solamente los derechos y prerrogativas que el Estado juzga útil conferirle? ¿Quién no ve las fatales consecuencias de un error semejante? Lleva inevitablemente al gobierno despótico de uno o de pocos que sin piedad ni conciencia han sido capaces de apoderarse del influjo y bloquear los canales naturales de la vida nacional de un pueblo. La verdadera libertad queda estancada y muere" (18).

¡La fuerza del estado totalitario! ¡Cruel y sangrienta ironía! Toda la superficie del globo enrojecida por la sangre derramada en estos años terribles proclama altamente la tiranía de este Estado!" (19).

III

5.—El rechazamiento del estado totalitario lleva a Pío XII a exponer la naturaleza, fin y medios del Estado y de la sociedad en cuanto equidistante de sus polos opuestos: individualismo y totalitarismo, tanto más cuanto que "una clara inteligencia de los fundamentos genuinos de toda

18) DP-BAC-II, p. 893, nota 9.

19) *Negli Ultimi*, N° 27; DP-BAC-II, p. 909. Es digno de notar el paralelismo ideológico entre Ortega y Gasset que señala la "acción directa" como prototipo del "vivimos bajo el brutal imperio de las masas" (*La Rebelión de las masas*, cap. VIII) y el estatismo político denunciado por Pío XII, fenómeno coevo de la "invasión vertical de los bárbaros". Medítense este capítulo octavo en el cual expresamente se menciona al fascismo, bajo cuyas especies "aparece en Europa un tipo de hombre que no quiere dar razones ni quiere tener razón, sino que, sencillamente se muestra resuelto a imponer sus opiniones... el

vida social tiene una importancia capital hoy más que nunca, cuando la humanidad, intoxicada por la virulencia de errores y extravíos sociales, atormentada por la fiebre de la discordia de ambiciones, doctrinas e ideales, se debate angustiosamente en el desorden por ella misma creado..." (20). "Origen y fin esencial de la vida social —dice Pío XII— ha de ser la conservación, el desarrollo y el perfeccionamiento de la persona humana, ayudándola a poner en práctica las normas y valores de la religión y de la cultura señalados por el creador a cada hombre y a toda la humanidad, ya en su conjunto, ya en sus naturales ramificaciones..." (21) "... porque el poder político —dice el Papa Pacelli en otro documento— ... ha sido establecido por el Supremo Creador para regular la vida pública según las prescripciones de aquel orden inmutable que se apoya y es regido por principios universales; para facilitar a la persona humana, en esta vida presente, la consecución de la perfección física, intelectual y moral, y para ayudar a los ciudadanos a conseguir el fin sobrenatural, que constituye el destino supremo. El Estado, por lo tanto, tiene esta noble misión: reconocer, regular y promover en la vida nacional las actividades y las iniciativas privadas de los individuos, dirigir convenientemente estas actividades al bien común, el cual no puede quedar determinado por

derecho a no tener razón, la razón de la sinrazón". Otro tanto cabe decir con respecto a la observación orteguiana de la fuerza, "última ratio", transformada, en un época dominada, como dice, por un hombre a quien no interesan los principios de la cultura, en "prima ratio". He aquí la desracionalización de la moral y del derecho (y, por ende, también de la política) operada, en último análisis, como lo hemos indicado, por el subjetivismo y voluntarismo fatalmente inviscerados en todo positivismo ético y jurídico y necesariamente conducente, como lo indica Pío XII y lo confirma la historia, al estatismo y totalitarismo políticos. Véase también en la citada obra de Ortega, el capítulo XIII intitulado: *El mayor peligro, el Estado*, donde lo llama el "mayor peligro que hoy amenaza a la civilización europea", afirmando que "el estatismo es la forma superior que toman la violencia y la acción directa constituidas en norma".

20) *Con sempre*, N° 7, DP-BAC-V, p. 177.

21) o. c., N° 9, p. 178.

el capricho de nadie, ... sino que debe ser definido de acuerdo con la perfección natural del hombre" ... (22).

Así pues, el orden político queda fundado no sobre la omnimoda "voluntad de poder" del Estado, como entidad suprema y absoluta, fuente última e inapelable del derecho, sino sobre la exigencia de perfección de la persona humana sujeto, *por naturaleza*, de derechos inalienables que ese estado no crea sino que, encontrando ya constituido, como constituida encuentra la naturaleza, debe reconocer y proteger.

El estado no es, pues, ético, en el sentido positivista del término (fuente original, independiente y absoluta del orden jurídico y moral) sino que lo es en cuanto realidad que expresa la nota esencial de la naturaleza social del hombre, instrumento de éste para la consecución de su perfección integral, por cuya razón es un error "desviar del sendero moral al Estado y su poder ... (desatándolos) del vínculo *eminente* ético que los une a la vida individual y social ... o ignorar en la práctica la esencial dependencia que los subordina a la voluntad del Creador" (23). Por esta razón, "el simple hecho —dice Pío XII— de ser declarada por el poder legislativo una norma obligatoria en el Estado, tomado aisladamente y por sí solo, no basta para crear un verdadero derecho. El "criterio del simple hecho" vale solamente para Aquél que es el Autor y la regla soberana de todo derecho, Dios. Aplicarlo al legislador humano indistintamente y definitivamente, como si su ley fuese la norma suprema del derecho, es el error del positivismo jurídico en el sentido propio y técnico de la palabra, y que equivale a una deificación del Estado mismo" (24).

22) *Summi Pontificatus*, N° 44; DP-BAC-II, p. 777.

23) *Con sempre*, N° 55; DP-BAC-II, p. 853. El subrayado es nuestro.

24) *Con vivo compiacimento*, N° 10; DP-BAC-V, p. 306s.

El Estado, pues, es ... "un organismo moral fundado en el orden moral del mundo ... Su magnífica misión es ... favorecer, ayudar, promover la íntima coalición, la cooperación activa, en el sentido de una unidad más alta, de los miembros que, respetando su subordinación al fin del Estado cooperan de la mejor manera posible al bien de la comunidad, precisamente en cuanto que conservan y desarrollan su carácter particular y natural. Cada uno conserva y debe conservar su libertad de movimientos en la medida en que ésta no cause riesgo de perjuicio al bien común. Además, hay ciertos derechos y libertades del individuo —de cada individuo o, de la familia— que el Estado debe siempre proteger y que nunca puede violar o sacrificar a un pretendido bien común (25). En efecto "las cuestiones que están llamados a resolver (los políticos) tienen algo más que un pasajero significado político. Son cuestiones que llegan a las raíces de la sociedad humana, a la inviolabilidad de la persona humana, a aquellos derechos inalienables, dados por Dios, que son anteriores al Estado y que el Estado no puede quebrantar sin dañar su propia existencia" (26). El Estado, así concebido, es "una entidad viva, una emanación normal de la naturaleza humana" (27), teniendo, como tiene, "su raíces en el orden de la creación, y es uno de los elementos constitutivos del derecho natural" (28). En conclusión "tutelar el campo intangible de los derechos de la persona humana y hacerle llevadero el cumplimiento de sus deberes, debe ser oficio esencial de todo poder público" (29) y todo ello por cuanto su fin "no es dominar sino servir, tender al desarrollo y crecimiento de la vitalidad de la sociedad en la rica multiplicidad de sus fines, conduciendo hacia su perfeccionamiento a todas y cada una

25) *A vosotros*, N° 6; DP-BAC-II, p. 978.

26) *When His Excellency*, N° 2; DP-BAC-V, p. 203.

27) *A vosotros*, N° 7; DP-BAC-II, p. 978.

28) *Ib.*, N° 1; p. 977.

29) *Ib.*

de las energías en pacífica cooperación y defendiéndolas, con medios apropiados y honestos, contra todo lo que es dañoso a su pleno desarrollo" (30). En efecto, el Estado administra, "no inmediatamente al hombre, sino los asuntos del país, de manera que los individuos no vengan jamás, ni en su vida privada, ni en su vida social, a encontrarse ahogados bajo el peso de la administración del Estado" (31), todo lo cual no excluye, como es bien natural "el poder de coacción contra aquellos que sólo por esta vía pueden ser mantenidos dentro de la noble disciplina de la vida social" (32).

Es más que evidente que toda esta concepción del estado está fundada en la doctrina del derecho natural, doctrina esta que Eugenio Pacelli expone incesantemente acentuando los matices que, dadas las circunstancias, exigían mayor énfasis.

IV

6.—La doctrina del derecho natural funda, pues, el concepto de estado tal y cual consta de los textos pontificios anteriormente citados, es decir, del Estado como medio e instrumento al servicio del hombre y de los sagrados derechos inherentes a su condición de persona humana.

En análoga forma y por motivos semejantes, afirma Pío XII que en el Derecho Natural tiene el positivo su raíz última y básico fundamento, rechazando, por ende, todo positivismo jurídico y moral, que hace del Estado la fuente original y absoluta de esos dos órdenes capitales.

"El derecho —dice— está necesariamente fundado en su base última sobre el orden ontológico, su estabilidad, su inmutabilidad. Dondequiera que los hombres y pueblos se hallan agrupados en comunidades jurídicas, ¿no son to-

30) *Con sempre*, N° 15, DP-BAC-V, p. 179.

31) *A vosotros*, N° 6; DP-BAC-II, p. 978.

32) *Con sempre*, N° 15; DP-BAC-V, p. 179.

dos ellos precisamente hombres con una naturaleza sustancialmente idéntica? Las exigencias que se desprenden de esta naturaleza son las normas últimas del derecho. Por muy diversa que pueda ser la formulación de estas exigencias en el derecho positivo, según los tiempos y los lugares, según el grado de evolución y de cultura, el núcleo central, por basarse en la naturaleza, es siempre el mismo. Estas exigencias —continúa diciendo Pío XII— son como el punto muerto de un péndulo. El derecho positivo sobrepasa el punto muerto, unas veces por un lado, otras veces por otro, pero el péndulo vuelve siempre, quiérase o no, al punto muerto fijado por la naturaleza. Que se llame a estas exigencias de la naturaleza "derecho", "normas éticas" o "postulados de la naturaleza", poco importa. Pero es necesario reconocer el hecho de su existencia; que no han sido establecidas por el capricho del hombre; que se hallan enraizadas ontológicamente en la naturaleza humana, naturaleza que el hombre no se dio a sí mismo; que, por lo tanto, se deben hallar en todas partes; que, por consiguiente, todo derecho público y todo derecho de gentes encuentran en la naturaleza humana común un fundamento claro, sólido y duradero. Se sigue de esto —continúa diciendo Pío XII— que un positivismo jurídico extremo no se puede justificar ante la razón. Representa el principio: "El derecho comprende todo cuanto está establecido como "derecho" por el poder legislativo en la comunidad nacional o internacional, y nada más que eso, independientemente por completo de cualquier exigencia fundamental de la razón o de la naturaleza". Si se sostiene este principio, nada impide que un contrasentido lógico y moral, la pasión desencadenada, los caprichos y la violencia brutal de un tirano o de un criminal puedan llegar a constituir "derecho". La historia nos proporciona, como todos saben —concluye Pío XII— más de un ejemplo de esta posibilidad convertida en realidad (33).

33) *Nous croyons*, N° 41-43; DP-BAC-V, p. 410s. El subrayado es nuestro.

Por tal motivo "las obligaciones fundamentales de la ley moral están fundadas en la esencia, en la naturaleza del hombre, y en sus relaciones esenciales, y valen, por consiguiente, en todas partes en que se encuentre el hombre" (34). Tal es la razón de la universal validez de ese derecho fundado, no en la voluntad del Estado, sino en la naturaleza del hombre y de la sociedad. "Las últimas, profundas, lapidarias, fundamentales normas de la sociedad no pueden ser violadas por obra del ingenio humano: se podrán negar, ignorar, despreciar, quebrantar, pero nunca se podrán abrogar con eficacia jurídica. Es cierto que, con el correr del tiempo, cambian las condiciones de vida... pero de todas maneras, en cualquier cambio o transformación, el fin de toda vida social permanece idéntico, sagrado y obligatorio: el desarrollo de los valores personales del hombre como imagen de Dios; y permanece la obligación de todo miembro de la familia humana, de realizar sus inmutables fines, sea cual sea el legislador y la autoridad a quien obedece" (35).

7.—Dentro del mismo marco quedan establecidas las relaciones entre derecho natural y derecho positivo: "El derecho positivo de los pueblos —dice el Pontífice en otro texto—" ... tiene por misión definir con mayor exactitud las exigencias de la naturaleza y adaptarlas a las circunstancias concretas, y, además, la de adaptar, mediante una convención que, libremente contraída, se convierta en obligatoria, otras disposiciones, ordenadas siempre al fin de la comunidad" (36).

El derecho positivo así entendido es decir, no sólo ni exclusivamente como un fenómeno aislado, un hecho socio-histórico desmembrado, sino, ante todo, como un instru-

34) *Soyez les bienvenus*, N° 16; DP-BAC-V, p. 345.

35) *Con sempre*, N° 16; DP-BAC-II, p. 845.

36) *Nos sirve*, N° 5; DP-BAC-II, p. 1009.

mento natural normativo derivado de la conducta humana, individual y colectiva, en orden a la consecución de la perfección propia de esa persona humana, se origina, a partir de "las exigencias (derecho natural) que se desprenden de esta naturaleza" (37), en virtud de un proceso de especificación y concretización que, partiendo de aquellas normas generales, universales y necesarias del derecho natural (que no son más que la expresión jurídica de las necesidades ontológicas fundamentales de ese ser concreto, la persona humana) desemboca en la legislación particular, concreta y circunstancial que constituye el derecho positivo, con todos sus complejos implicados.

Ahora bien: como el derecho positivo no es otra cosa, en este esquema, que la traducción concreta, particular y circunstancial del derecho natural y éste, a su vez no es más que la expresión jurídica de las exigencias y necesidades ontológicas fundamentales de la persona humana en orden a su perfección, es evidente la fundamentación eminente y esencialmente metafísica no sólo del derecho natural sino también del positivo el cual, en último análisis, es la manifestación concretizada y particularizada, en cada momento histórico —existencial, de las exigencias ontológicas y concretas, vale decir, vitales y dinámicas, que promanan de esa dignísima naturaleza que es la persona humana (38). Así el derecho positivo queda profundamente inviscerado y enraizado en el orden natural y, por ende también en Dios, creador del mismo, de donde la exigencia —tantas veces repetida por Pío XII— de no desmembrar este derecho positivo del orden ético-metafísico cuyo origen fontal, por ontológico, es Dios (39). En tal concepción del derecho

37) *Nous croyons*, N° 41; DP-BAC-V, p. 410.

38) Falsa es, pues, la objeción hecha por Kelsen al derecho natural en cuanto, según el autor, hace inane y vacua la existencia del derecho positivo. (Cfr. "Teoría Pura del Derecho", VIII).

39) Al afirmar Pío XII que el derecho natural se encuentra en último análisis, fundado en Dios, está muy lejos de incidir en la posición de aquellos autores voluntaristas que, lejos de ser jusnaturalistas, como

positivo, queda lógicamente cerrado el paso a toda evolución de éste y del Estado hacia el estatismo y totalitarismo políticos: "... el derecho y la ley separados de Dios —dice Pío XII— son como una cosa muerta, como rama arrancada del tronco vivo y vivificante... Lejos de Dios, los cuerpos sociales y las ordenaciones jurídicas acaban,

algunos lo creen, son, en realidad positivistas divinos. La afirmación de Dios como fuente original del derecho natural no desnaturaliza —por así decirlo— el carácter natural del derecho natural. Se dice fundado en Dios en cuanto al ser de Dios es el fundamento ontológico de toda realidad. "El fundamento del derecho —dice Pío XII— no tiene como norma suprema la voluntad de los Estados, sino más bien la naturaleza, es decir, el Creador (*Nos sirve*, Nº 5; DP-BAC-II, p. 1009). El naturalismo de tal concepción es y continúa siendo tal, sin desnaturalizarse por ningún ilegítimo (en filosofía) sobrenaturalismo teológico-místico. Nos movemos en la esfera de la naturaleza dada, en el marco, por ende, de la antropología filosófica y teodicea (no teología) metafísica. Razón tiene Kelsen cuando afirma que "toda doctrina del derecho natural tiene un carácter religioso más o menos acentuado" (*Teoría Pura del Derecho VIII*), pero por un defecto de óptica mental propia de todo pensador de formación —actual u original— positivista, incide en el comunísimo error de confundir lo religioso, en sentido metafísico, y lo religioso, en sentido teológico-sobrenatural. Hemos visto, una y otra vez, la férrea textura ontológico-metafísica del naturalismo ético y jurídico: apertura hacia el ser real, concreto; determinación de los conceptos de bien y de mal por la proporción o falta de proporción de los actos de un agente con respecto a su fin o perfección. Concepto de naturaleza, esencia, fin, perfección. Dios, como ser supremo, origen fontal del orden ontológico, en cuanto plenitud de ser, Ser Infinito. Nada, pues, tiene que ver este esquema estrictamente racional y filosófico, con una interpretación primitivo-animista de la naturaleza cual aquella de la que, según Kelsen, en su estado más evolucionado (monoteísmo) se origina y funda la doctrina del derecho natural. El esquema jusnaturalista —verdadero o falso— muévase dentro de un marco estrictamente racional y metafísico. Su análisis, por ello, pertenece al filósofo, no al etnólogo o historiador de las religiones. Es cierto, en el naturalismo, el carácter "religioso" que menciona Kelsen pero, y esto es de capital importancia, aquí el término religioso —que el autor usa con menor propiedad— pertenece al estricto dominio de la metafísica, en el mismo sentido —menos preciso, también— en que podría llamarse "religioso" al tema de Dios, objeto legítimo hoy como ayer, de la especulación filosófica. La reducción del derecho natural a Dios —acertada o no, como puede ser acertada o errónea toda la doctrina del jusnaturalismo— es por vía estrictamente filosófica, vale decir, racional, como es filosófica y racional la así llamada Teodicea o Teología natural, parte de la filosofía, en el capítulo de la Metafísica, que estudia racionalmente el tema de Dios. Todo ello, empero, no excluye que Pío XII argumente y proceda, otras veces, también como teólogo, según palmariamente consta de textos citados. Sobre las relaciones entre el derecho natural

pronto o tarde, en el despotismo o la tiranía" (40). Por este motivo "una doctrina o construcción social que niegue esa interna y esencial conexión con Dios... o prescindida de ella, sigue un falso camino, y, mientras construye con una mano, prepara con la otra los medios que, tarde o temprano, pondrán en peligro y destruirán su obra. Y, cuando, desconociendo el respeto debido a la persona humana y a su propia vida, no le concede puesto alguno en sus ordenamientos, en la actividad legislativa y ejecutiva, en vez de servir a la sociedad, le daña..." (41). Sobre este particular es sumamente significativo que Kelsen admita y afirme palmariamente que, sin una reducción del derecho positivo al natural fundado, en último análisis, en Dios, es imposible sostener la tesis (de tan capital importancia para el hombre y la humanidad) de que estos derechos subjetivos" son innatos al hombre y que tiene un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos" (42).

8.—Por otra parte, no es de temer que una tal doctrina redunde en detrimento de la obsecuencia debida a la ley positiva, al Estado y a sus organismos propios. En efecto, "cuanto más íntimamente vinculado se encuentre ligado el ciudadano a las bases eternas de la fe y de la Ley divinas, tanto más fuertes serán los vínculos que lo relacionarán con el Estado mismo, por cuanto considéranse, en este caso, las relaciones con el Estado y sus instituciones sociales y po-

y la revelación divina, cfr. *La solennità*, Nº 5; "...orden inmutable que Dios, Creador y Redentor, ha promulgado por medio del derecho natural y de la revelación... doble manifestación... porque los dictámenes del derecho natural y las verdades de la revelación nacen, por diversa vía, como dos arroyos de aguas no contrarias, sino concordes, de la misma fuente divina..." (DP-BAC-III, p. 953s.).

40) *Con singolare*, Nº 28; DP-BAC-V, p. 247.

41) *Con sempre*, Nº 10; DP-BAC-V, p. 178.

42) *Teoría Pura del Derecho*, Cap. VIII, 1, a. Ver el texto completo citado al inicio de este nuestro presente trabajo.

líticas no como el simple resultado, limitado en cuanto al tiempo y al lugar, de un hecho contingente y transitorio, sino más bien como una parte, y muy importante, de su concepción moral de la vida y del mundo". "Un hombre —dice Pío XII— penetrado de ideas rectas sobre el Estado y sobre la autoridad y el poder de que está revestido como custodio del orden social, nunca pensará ofender la majestad de la ley positiva dentro del campo de su natural competencia. Pero esta majestad del derecho positivo humano es inapelable únicamente cuando ese derecho se conforma —o al menos no se opone— al orden absoluto establecido por el Creador e iluminado con una nueva luz por la revelación del Evangelio. Esa majestad no puede subsistir sino en la medida que respeta el fundamento sobre el cual se apoya la persona humana, así como el Estado y el poder público; ... este es el criterio con el cual ha de juzgarse el valor moral de toda ley particular" (43).

Sociedad y Estado, orden social y orden político regidos por un derecho positivo fundado sobre un derecho natural, vale decir, sobre aquellos esenciales y universales postulados de exigencias ontológicas de la naturaleza de la persona humana, como valor y fin supremo en el orden de lo creado, en cuanto imagen de Dios, origen fontal de toda moral y derecho: tal es el esquema fundamental que resume la doctrina que Pío XII en su magisterio indicó como único posible fundamento para un orden social y político, nacional e internacional, privado y público, cuya base fuera la justicia y, su fruto, la paz.

"Después que haya amanecido la aurora de aquel día, con qué gozo naciones y gobernantes, libres ya el espíritu de los temores de amenazas y de renovación de conflictos,

43) *Benignitas et humanitas*, N° 30; DP-BAC-II, p. 879.

transformarán las espadas, desgarradoras de pechos humanos, en arados que surquen, bajo el sol de la bendición divina, el fecundo seno de la tierra para arrancarle un pan bañado, sí, con sudores, pero nunca jamás con sangre y lágrimas" (44).

NOTAS: En el presente trabajo nos hemos valido de los documentos que más adelante citamos (*INDICE DE DOCUMENTOS CITADOS*), recogidos y publicados por la Biblioteca de Autores Cristianos (Colección Doctrina Pontifical) en los volúmenes II, III y V, Madrid, 1958, 1959 y 1960 respectivamente. Modo y orden de las citas:

Summi Pontificatus, N° 39; DP-BAC-II, p. 774 debe leerse: Documento *Summi Pontificatus*, en su número marginal 39; volumen II de *Documentos Pontificios*, Biblioteca de Autores Cristianos, página 774.

INDICE DE DOCUMENTOS CITADOS:

(orden alfabético)

- 1.—*Al recibir*. (La Iglesia Católica y el Nacional-socialismo. Discurso al Sacro Colegio Cardenalicio en la festividad de San Eugenio, 2 de junio de 1942; AAS 37 (1945) 159-168. Original italiano.
- 2.—*A vosotros*. (La verdadera noción del Estado). Discurso a los participantes en el VIII Congreso Internacional de las Ciencias administrativas, 5 de agosto de 1950. Original francés.
- 3.—*Benignitas et humanitas*. (El problema de la democracia). Radiomensaje navideño dirigido a los pueblos del mundo entero, 24 de diciembre de 1944; AAS 37 (1945) 10-23. Original italiano.
- 4.—*Dacche piacque*. (Origen y naturaleza del poder judicial eclesiástico). Discurso al Tribunal de la Sagrada Rota Romana; AAS 37 (1945) 256-262. Original italiano.
- 5.—*Con sempre*. (Los fundamentos del orden interno de los Estados. Orden social y orden jurídico). Radiomensaje dirigido al mundo entero, 24 de diciembre de 1942; AAS 35 (1943) I, 53-59. Original italiano.
- 6.—*Con singolare*. (Un jurista ejemplar: Contardo Ferrini). Discurso a los peregrinos llegados a Roma con motivo de la beatificación de Contardo Ferrini, 6 de abril de 1947. AAS 39 (1947) 343-352. Original italiano.

44) *Nell'alba*. N° 30; DP-BAC-II, p. 836.

- 7.—*Con vivo compiacimento*. (Positivismo jurídico y absolutismo de Estado). Discurso a los prelados, auditores, oficiales, ministros, abogados y procuradores del tribunal de la Sagrada Rota Romana, en la inauguración del año jurídico, 13 de noviembre de 1949. AAS 41 (1949) 604-608. Original italiano.
- 8.—*La sonnenità*. (Moral y vida económica). Discurso para conmemorar el 50º aniversario de la Encíclica *Rerum Novarum*, 1º de junio de 1941. AAS 33 (1941) 195-205.
- 9.—*Negli ultimi*. (La supranacionalidad de la Iglesia y la paz). Sermón en la vigilia de Navidad a los cardenales, obispos y prelados de la Curia Romana, 24 de diciembre de 1945, AAS 38 (1946) 12-25. Original italiano.
- 10.—*Nell'alba*. (Los presupuestos de un orden internacional nuevo). Radiomensaje dirigido a todo el orbe en la víspera de Navidad, 24 de diciembre de 1941; AAS 34 (1942) 10-21. Original italiano.
- 11.—*Nos serve*. (Comunidad internacional y tolerancia). Discurso al V Congreso de la Unión de Juristas Católicos Italianos, 6 de diciembre de 1953; AAS 45 (1953) 794-802. Original italiano.
- 12.—*Nous croyons*. (El derecho penal internacional). Discurso a los participantes en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal, Roma, 3 de octubre de 1953; AAS 45 (1953) 730-744. Original francés.
- 13.—*Soyez les bienvenus*. (La nueva moral o "moral de situación"). Discurso al Congreso Internacional de la Federación Mundial de Juventudes Femeninas Católicas, 18 de abril de 1952; AAS 44 (1952) 413-419. Original francés.
- 14.—*Soyez les bienvenus*. (Unidad fundamental del derecho privado). Discurso a los miembros del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado, 20 de mayo de 1948; *Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, 10, 91-93. Città del Vaticano, (1940 ss).
- 15.—*Summi Pontificatus*. (Solidaridad humana y Estado totalitario). Carta Encíclica a los patriarcas, primados, arzobispos, obispos y demás ordinarios en paz y comunión con la Sede Apostólica; AAS 31 (1939) 413-453.
- 16.—*When His Excellency*. (La obra legislativa). Alocución a los miembros del "Congressional Committee for Military Affairs of the House of Representatives", presididos por el Embajador Myron C. Taylor, representante del Presidente de los Estados Unidos de Norte América en el Vaticano; *Discorsi e Radiomessaggi di Sua Santità Pio XII*, 6, 223-224. Original inglés.

SECCION DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

NOTA: AAS: *Acta Apostolicae Sedis* (órgano oficial de la Santa Sede; indicase a continuación volumen, año y páginas).

LAS NULIDADES SEGÚN LAS REFORMAS PROCESALES DE 1937

Lic. ANTONIO PICADO GUERRERO.

Existe una crítica constante a la administración de justicia —aquí como en todas partes del mundo— por la lentitud de los procedimientos judiciales, y para mantener viva la preocupación que tiende a remediar ese mal, las Cartas Políticas consignan en el cuadro de las garantías individuales el principio de que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, y que debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes (artículo 41 de nuestra Constitución).

Ese principio, como aspiración y estímulo teórico, es magnífico, pero todavía nadie ha encontrado la fórmula para administrar justicia "pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Para el profano en Derecho, es inexplicable que no se encuentre esa fórmula, porque parte de la base de que los hechos son conocidos y de que el Derecho es cosa de sentido común; pero, ni los hechos son conocidos sino, por la general, materia de discusión entre las partes, ni el Derecho es cosa de simple sentido común, y de ahí la complicación procesal origen de la justicia lenta.

Dos fuerzas contrapuestas crean la dificultad del procedimiento: por un lado, la tendencia a simplificar los trámites para llegar lo más pronto posible a la decisión definitiva del caso, y por otro, el peligro de que por esa vía se llegue

a la indefensión. Esta última inquietud, unida a muchos otros factores que impiden la justicia rápida, como el empeño de una de las partes en que no camine el juicio, la negligencia en la dirección profesional, la acumulación de juicios en relación con el número de tribunales, la falta de vanidad o interés personal de los funcionarios de justicia por mantener al día sus despachos, etc., etc., hace poco menos que imposible encontrar la fórmula mágica de la justicia pronta y cumplida de que habla la Constitución.

Nadie debe, por lo mismo, hacerse ilusiones de que con el cambio de los sistemas procesales o con meras reformas a los Códigos de Procedimientos se va a eliminar la justicia lenta; pero, naturalmente, no debe omitirse esfuerzo alguno para atemperar el mal y por eso las reformas de carácter general periódicas son muy convenientes como medio de ajustar los procedimientos a las nuevas exigencias sociales y a la evolución del Derecho, y, además, de conseguir un mayor impulso procesal con enmienda de los defectos más visibles de la legislación vigente y de la jurisprudencia errónea.

* * *

Siempre que se inicia un proyecto de reformas procesales, los encargados de prepararlo ponen especial cuidado en cerrar, en cuanto sea posible, la puerta de las nulidades por ser éstas una de las causas principales de la justicia lenta.

Pocas cosas causan tanta desazón a los litigantes como esas nulidades, sobre todo cuando abarcan la totalidad o gran parte de las actuaciones, no sólo por la pérdida de tiempo, sino por las numerosas complicaciones que surgen, de hecho y de derecho, a veces con carácter irreparable.

En tesis general, debe ser preocupación constante de los tribunales evitar esas nulidades, soslayarlas en cuanto

sea dable, no sólo para evitar la crítica y perjuicio de los litigantes, sino para no dar margen al cargo de justicia lenta.

En la preparación de las reformas procesales que dieron lugar a la promulgación de la Ley N° 8 de 29 de noviembre de 1937 y en la cual intervino el autor de este artículo como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, no fue posible idear cambios fundamentales en la estructura de los tribunales que pudieran acelerar el despacho de los juicios, tanto porque la Comisión de Magistrados apenas gozó del término de cuatro meses para presentar el proyecto de reformas a la Ley Orgánica, al Código de Procedimientos Civiles y al Código de Procedimientos Penales, lo que significó una nueva redacción para 231 artículos de la Ley Orgánica, para más de 400 del Código Procesal Civil y para 237 del Código Procesal Penal, con derogación de 52 artículos, sino también porque el Poder Ejecutivo advirtió en forma privada a la Comisión que no debía crear nuevas erogaciones a cargo del Estado.

Limitado así el radio de acción de la Comisión, uno de sus mayores propósitos fue el de sugerir aquellas reformas que sin alterar en forma sustancial la ritualidad del juicio, evitaran las nulidades procesales, quedando reducidas éstas al campo de la indefensión y a aquellas que, como absolutas y de orden público, era del todo necesario decretarlas para corregir vicios esenciales del procedimiento.

En la Exposición de Motivos, como explicación de las reformas en materia de incidentes, se dijo:

"Los litigantes y el público en general atribuyen la mayor parte de la culpa de la lenta tramitación judicial a los repetidos incidentes que se promueven durante la secuela del proceso. Ello es cierto y podría asegurarse que lo mismo ocurre en todos los países en que los tribunales de justicia operan regularmente. De ahí que se haya pensado siempre en restringir el campo de los incidentes y hasta se ha llegado a aconsejar medidas drásticas como la de suprimirlos de modo absoluto;

pero tales medidas, que en forma abstracta parecen aconsejables, en la práctica resultan contraproducentes por las injusticias y complicaciones procesales a que dan lugar. Un incidente puede ser una impertinencia ideada sólo para retrasar los procedimientos, pero puede tener también como base una cuestión fundamental para la defensa o para la validez del juicio, y aun para las decisiones de fondo, y no es posible cerrarse de plano a la tramitación de incidencias de esa naturaleza. Debe pensarse, por lo mismo, en legislar cortando en puertas toda clase de incidentes impertinentes y en señalar trámites rápidos para aquellos que el buen procedimiento y la justicia aconsejen tramitar".

Ya concretamente en cuanto a los incidentes de previo y especial pronunciamiento y como explicación de las restricciones que contiene el artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles, se dijo en la mencionada Exposición de Motivos:

"Contiene las disposiciones relativas a los incidentes de previo y especial pronunciamiento. Son estos incidentes, por su propia naturaleza, los que obstaculizan el curso de los autos, siendo el recurso favorito de los que quieren ocasionar demoras de tramitación. La redacción que se propone contiene los preceptos vigentes, y, además, algunos otros de franca restricción, como el de que si la nulidad de actuaciones o de resoluciones se alegare después de un mes de causada, se rechazará de plano el incidente, si el motivo de la misma constare en el expediente o fuere de conocimiento de la parte: no es raro el caso de un litigante que se da cuenta de un motivo de nulidad evidente, como el de falta de notificación, y guarda silencio para venir luego a alegar nulidad después de que se ha tramitado la totalidad o casi totalidad del juicio. Una vez apersonada la parte o debidamente enterada de que se le sigue juicio, debe estar vigilante a su tramitación, y por lo menos una vez al mes debe procurar enterarse de lo que se está haciendo y de los motivos de nulidad que pueda convenirle alegar. Sin embargo, en previsión de nulidades absolutas por existir un vicio esencial para la ritualidad o marcha del juicio, se autoriza al tribunal, para que practique las diligencias necesarias para que el proceso siga su curso normal".

Y como criterio orientador en materia de nulidades se expresó:

"Como medida de restricción de gran trascendencia se establece que la nulidad de actuaciones o de resoluciones sólo se decretará cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del juicio, y que tampoco debe prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación sin perjuicio de los demás procedimientos".

En armonía con ese parecer y como explicación del artículo 890 ibídem, se expuso:

"Tiende la reforma de este artículo, tal como quedó admitido por la Comisión del Congreso, a evitar grandes atrasos de tramitación por las nulidades que se ve obligado a declarar el Tribunal de alzada por omisiones o defectos de forma cometidos en primera instancia. Si tales omisiones o defectos pueden corregirse sin necesidad de decretar la nulidad de la resolución recurrida, parece lo más natural que así se proceda reparando el daño de que se queja la parte o corrigiendo el defecto que pueda viciar el procedimiento. Esto no impide que se impongan al inferior las correcciones disciplinarias del caso por los descuidos o incorrecciones en que haya incurrido".

*
* *

De lo expuesto se desprende que según las reformas procesales de 1937, la pauta orientadora en materia de nulidades procesales es la de que sólo por excepción deben decretarse; que los casos de excepción deben enmarcarse en dos extremos: cuando el vicio puede causar indefensión a la parte que la alega o cuando por su carácter esencial, no secundario o de detalle, altera o falsea el curso normal del juicio de modo irreparable. En uno y otro caso, la nulidad no debe prosperar si es posible llenar la omisión o corregir el defecto.

Esos conceptos fueron consignados con claridad en el párrafo octavo del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles, en el que se lee:

"La nulidad de actuaciones o resoluciones sólo se decretará cuando sea absolutamente indispensable su pronunciamiento para evitar indefensión o para orientar el curso normal del juicio. Tampoco debe prosperar si es posible reponer el trámite o corregir la actuación sin perjuicio de los demás pronunciamientos".

Ese texto resulta completado con el artículo 890 *ibídem*, el cual figura en el capítulo referente a las "Disposiciones generales sobre la sustanciación de las apelaciones en segunda instancia, aplicables a toda clase de sentencias y autos", y que reza:

"El Tribunal podrá de oficio, en cualquier momento, ordenar la corrección, reposición o práctica de trámites procesales que, siendo de forma, considere necesario para la validez del procedimiento o para la decisión del pleito; podrá también, anular desde luego las resoluciones apeladas cuando por irregularidades o defectos de forma así proceda; más se abstendrá de usar esas facultades si en la resolución de la alzada fuere posible hacer la respectiva enmienda. En tal resolución hará en todo caso los pronunciamientos omitidos por el inferior".

El texto que antecede guarda armonía con el párrafo final del artículo 385, que reza:

"Sin embargo, el superior podrá, al conocer del negocio para pronunciarse en cuanto al fallo, ordenar que se repongan los procedimientos o se practiquen las diligencias que estime necesarias e indispensables para la validez del juicio y decisión del pleito, o para no causar efectiva indefensión a las partes".

De la redacción trascrita de los artículos 385 y 890 aparece claro que es obligatorio para los Tribunales abstenerse de decretar nulidades: a) cuando no se produce indefen-

sión; b) cuando el vicio procesal no es esencial, o sea, cuando la nulidad no es indispensable para orientar el curso normal del juicio; c) cuando es posible reponer el trámite y corregir la actuación; y d) cuando se trata de simples omisiones de pronunciamiento, caso en el cual el Tribunal de alzada debe llenar la omisión.

Por consiguiente, si no hay indefensión, si no se vicia sustancialmente el procedimiento, si es posible corregir el defecto u omisión sin necesidad de acoger la nulidad, si la parte no ha reclamado en tiempo la nulidad y ésta no tiene el carácter de absoluta, o aun teniéndolo puede ser corregido el vicio, no debe decretarse esa nulidad, porque en el fondo no tiene interés jurídico fundamental y causa un daño innecesario a la administración de justicia y a las partes.

*
* *
*

La doctrina se coloca en materia de nulidades en terreno muy movedizo y de grandes discrepancias, por lo que meterse en ese campo no origina sino gran confusión.

Hugo Alsina, en su obra "Las Nulidades en el Proceso Civil" (pág. 48) refiriéndose a la terminología sobre nulidades, después de analizar las opiniones de los autores al respecto, expresa:

"Como se ve, aunque la terminología en el derecho procesal es la misma, los conceptos no son equivalentes y difieren en cuanto a sus efectos. Así, en tanto que en el derecho civil los actos afectados de nulidad absoluta no producen ningún efecto, ella puede ser declarada de oficio y no admite confirmación, en derecho procesal produce sus efectos mientras la nulidad no sea declarada y pueden ser confirmados por consentimiento expreso o tácito de las partes. Para unos, son absolutas las nulidades derivadas de la violación de disposiciones de orden público; para otros, las que resulten de la omisión de requisitos sustanciales. Entienden algunos que los conceptos de nulidad sustancial y normas de orden público

son correlativos, en tanto que para otros, de la violación de una norma sustancial puede derivar una nulidad absoluta o relativa. Para unos, nulidad relativa y anulabilidad son términos sinónimos, mientras que para otros contemplan situaciones diferentes”.

Por lo mismo, me parece de gran conveniencia que los Tribunales se compenetren de lo que es el espíritu de las reformas de 1937, porque una correcta y discreta aplicación de éstas contribuirá a sanear, por lo menos en parte, a la justicia del cargo de que es demasiado lenta. Al revés, si por no atender a ese espíritu, se abre la ancha puerta de las nulidades, poco se habría ganado con esas reformas o con cualesquiera otras y el descrédito de la justicia surge inevitable.

Esa labor de control de las nulidades corresponde muy especialmente a los tribunales de alzada. Estos deben meditar seriamente las consecuencias de cualquier nulidad, muy principalmente las que califican de absolutas para declararlas de oficio y con gran efecto retroactivo. A esa decisión no debe llegarse sino en casos extremos, cuando no hay otro camino para enderezar el procedimiento como medio de evitar una indefensión o de eliminar un vicio que altera sustancialmente el curso legal del juicio, con consecuencias dañosas para las partes o el orden público. Si hay modo de corregir el defecto u omisión sin pronunciar la nulidad, así debe procederse, sea esa nulidad absoluta o relativa, sustancial o secundaria.

Una interpretación correcta de esas reformas la dio la Sala Primera Civil en su resolución N° 247 de las 8 y 25 horas del 18 de junio de 1963, en la que expresó:

“Al producirse un defecto en la sustanciación de un asunto, ya sea que la parte perjudicada lo haga notar al Tribunal y establezca el respectivo incidente de nulidad, o que el propio Juez lo advierta por sí mismo, lo primero que debe determinarse es si la irregularidad procesal puede ser corregida sin perjuicio de los demás procedimientos, o si es necesario anular

las actuaciones o resoluciones viciadas, bien porque el defecto haya producido indefensión, o porque sea indispensable decretar la nulidad para que el juicio siga su curso normal. La nulidad es un remedio de carácter extraordinario, y debe reservarse para aquellos casos en que sea evidente la indefensión o en que no haya otro camino que el de declararla para restituir la validez de la relación procesal, que sin ésta no podría el Juzgador pronunciarse válidamente sobre las cuestiones debatidas. Esta es la doctrina que se desprende de los párrafos sexto y octavo del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles”.

“No cabe duda de que en el presente caso se ha producido una irregularidad en los trámites del incidente, pues el auto de audiencia y el que ordenó la prueba ofrecida por el incidentista, no fueron notificados al apoderado de la demandada Lic. F. Ch. J., quien se apersonó en el principal y señaló su oficina para atender notificaciones. Pero esa omisión no es tan grave como para que justifique anular todo lo actuado en el incidente, pues en el caso concurren dos circunstancias que le dan una especial fisonomía al asunto, ante las cuales lo aconsejable era inclinarse por una simple subsanación, ordenando notificar al Lic. Ch. J. las resoluciones recaídas”.

Conviene aclarar que el concepto de “indefensión” es bien difícil definirlo y tampoco sería conveniente hacerlo, porque es sumamente casuístico. No es muy fácil tampoco determinar cuáles son las nulidades que deben decretarse “para orientar el curso normal del juicio”, ni cuándo procede, en vez de la nulidad, la reposición del trámite o la corrección de la actuación sin perjuicio de los demás procedimientos. Todo esto debe dejarse a la discreción de los Tribunales, pero éstos no deben olvidar que al anular, debe quedar absolutamente claro, en qué consiste la indefensión, cuál es el vicio esencial y por qué no era posible la reposición del trámite, llenar la omisión o la corrección del defecto.

Cuando se habla de “indefensión”, es preciso que quien plantea la nulidad concrete en qué consiste, o sea, cuál es el daño que se le causa y el tribunal entrará a determinar si la alegación se hace en tiempo, si es cierto lo

alegado, y si es posible reparar el daño sin decretar la nulidad. La calificación del grado de la indefensión es cuestión de apreciación.

Buenos ejemplos de indefensión son los previstos en los incisos 1º, 2º y 4º del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles, cuya gravedad permite recurrir en Casación por motivos de forma (Sentencia de Casación Nº 43 de 19 de abril de 1941).

Como caso de indefensión puede mencionarse el resuelto en sentencia de la Sala Primera Penal de las 10 y 30 horas del 23 de marzo de 1953, en el que se declaró la nulidad por no haberse corrido el traslado para alegar de bien probado, ni haberse citado partes para sentencia. El pronunciamiento es correcto, siempre que la nulidad hubiera sido reclamada en tiempo.

La determinación de si un vicio es esencial o de orden público, es, como ya queda expuesto, materia en algunos casos bastante difícil de establecer. Levanta la tan discutida tesis de los actos inexistentes. Claro es que si un Juez dicta una sentencia cuando ya había sido revocado su nombramiento, esa sentencia no existe y no es el caso siquiera de hablar de nulidad; pero si lo que ha ocurrido es que el Juez no firmó por descuido el fallo, se presenta el problema de si hay o no fallo, si las partes han consentido la omisión al apelar y si puede corregirse el defecto haciendo que el Juez firme la sentencia. Si un Alcalde tramita un juicio evidentemente de una cuantía que no le corresponde, es clara la nulidad absoluta, por ir el defecto contra la organización judicial, pero si el caso es dudoso por razones de hecho o de derecho y las partes no han reclamado la nulidad, ya debe el Tribunal de alzada entrar a considerar esas circunstancias para resolver si el orden público exige la nulidad o si el caso puede colocarse dentro de la órbita del simple interés privado individualizando el caso.

El solo hecho de que se haya proveído contra una ley prohibitiva no significa que debe declararse obligatoriamente la nulidad. Si hay modo de corregir el trámite, si las partes han consentido el vicio, si no se reclama en tiempo la nulidad, si no se altera fundamentalmente la secuela del juicio y no se infringe una ley sustantiva de la organización judicial, no hay un verdadero interés jurídico para causar el daño que produce la nulidad.

*
* * *

Es muy importante tener presente que el concepto de que la nulidad no debe prosperar si es posible la reposición del trámite o la corrección del defecto, se refiere a toda clase de nulidades, expresas o implícitas, absolutas o relativas. Su observancia es de enorme interés para la pronta administración de justicia y no debe tener más límite que el de que sea imposible en el orden procesal la reposición o corrección, o que se trate de violaciones de ley que afectan la estructura de la organización judicial.

Un examen de la jurisprudencia permite aclarar la aplicación correcta de ese principio. Ya vimos antes que la Sala Primera Civil, en su resolución número 247, en lugar de declarar la nulidad ordenó subsanar o reponer un trámite.

Caso corriente de alegación de nulidad es la omisión de formalidades y pronunciamientos en que se incurre en la sentencia. Por tener una redacción con carácter imperativo el artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles, los tribunales de alzada tienen la tendencia a anular los fallos en que no se observan esas formalidades o en los que se omiten pronunciamientos, no obstante que de acuerdo con los artículos 385 y 890 del Código de Procedimientos Civiles, bien podría evitarse la nulidad corrigiendo el defecto o llenando la omisión.

El inciso 1º del citado artículo 84 ordena que en la sentencia deben indicarse los nombres, domicilio y profesión de las partes y el carácter con que litiguen, los nombres y calidades de sus apoderados y el objeto del pleito. Supongamos que el Juez en su sentencia omite todos esos requisitos, o unos cuantos de ellos, o los expresa en forma defectuosa: ¿haría bien la Sala en anular el fallo por ese motivo? Naturalmente que no, porque las omisiones o defectos no son esenciales y bien pueden ser corregidos en la sentencia de segunda instancia.

Otro tanto puede decirse de lo dispuesto en el inciso 2º del mencionado artículo, en el que se expresa que en párrafos separados que principiarán con la palabra "resultando", se consignarán con claridad y concisión las pretensiones de las partes y los hechos en que se funden que hubieren sido alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que han de resolverse. Es un requisito de importancia secundaria. Se justificaría la nulidad por el incumplimiento total o defectuoso de esa disposición legal? No, porque el defecto puede ser corregido por la Sala, sin causar a las partes el perjuicio de la nulidad.

De mayor importancia es el incumplimiento en la sentencia de los requisitos prescritos en los incisos 3º y 4º del mismo artículo, relativos a la declaración de hechos probados y no probados, el análisis de las cuestiones de derecho y a los extremos que debe contener el "Por tanto" de los fallos. Las sentencias de primera instancia deben observar religiosamente los requisitos apuntados, porque son los que permiten una comprensión clara del caso y facilitan la expresión de agravios en segunda instancia; pero la inobservancia de tales requisitos puede ser corregida por el tribunal de alzada, salvo muy calificados casos de excepción, impidiendo así la pérdida de muchos meses de tramitación judicial. Sabido es que los fallos que declaran la nulidad en segunda instancia no se producen en puertas, sino después de toda la tramitación del recurso de ape-

lación y de la espera para el estudio y resolución del juicio. Por consiguiente, la nulidad y retroacción de trámites significa muchos meses de pérdida de tiempo, que bien pueden evitar los jueces de alzada corrigiendo los defectos o llenando las omisiones. Se dice que eso significa para los jueces de segunda instancia un mayor trabajo y así es en efecto, pero son cosas del oficio y no se hace sino cumplir con lo que fue la intención del legislador.

Así, por ejemplo, al dictar sentencia la Sala Civil en juicio ordinario de Gonzalo Cubero c/. Hernán Vargas y otros (sentencia de las 10 y 55 horas del 1º de abril de 1938), entró a considerar que como reclamo de forma se hacía el de no haberse hecho pronunciamiento sobre la admisibilidad de unos documentos presentados. El Tribunal, al reconocer que la omisión era cierta, hizo el pronunciamiento del caso respecto de los documentos. Indudablemente, se aplicaba el artículo 890 antes citado.

También se hizo aplicación del artículo 890 en la sentencia de la Sala de las 10 horas y 45 minutos del 28 de julio de 1940 (Ord. de Carlos Quirós c/. Sixto Rodríguez y otros) en que corrigió el defecto de que el Juez no se hubiera pronunciado en cuanto a tachas y admisión de documentos.

En sentencia del mismo Tribunal de las 10 horas y 25 minutos del 8 de abril de 1938 (Ord. de Ascensión Leiva c/. Nefalí Briceño), se tuvo como cierto que el fallo de primera instancia incurrió en ultrapetita. En la sentencia de alzada se corrigió el defecto.

En juicios ordinarios acumulados de Amancio Roldán c/. Anselmo y Rafael Zumbado, el Juez omitió pronunciamiento en cuanto a una excepción de prescripción positiva. La Sala llenó la omisión haciendo el pronunciamiento del caso (sentencia de las 10 horas y 35 minutos del 27 de mayo de 1938).

En sentencia de las 10 horas y 35 minutos del 14 de junio de 1938 (Ord. de Narciso Blanco c/. Leonidas Arias), la Sala, por considerar defectuosa la declaración de hechos probados y no probados, corrigió el defecto haciendo la declaración correspondiente.

En sentencia de las 10 horas y 35 minutos del 5 de julio de 1938 (Ord. Suc. de Gaspar Esquivel c/. María Amador y otros), la Sala, con declaración expresa de que la relación de hechos formulada por el Juzgado no se ajustaba a los requisitos de ley, hizo enmienda del defecto con la respectiva declaración de hechos probados.

Si en las sentencias en juicio ordinario se debe hacer la declaración de hechos probados y no probados si el Juzgado incurre en omisión al respecto o hace la declaración en forma defectuosa, con mayor razón no deben anularse, en mi sentir, por ese motivo, las sentencias en juicios sumarios o de jurisdicción voluntaria. El tribunal de alzada debe corregir el defecto para evitar daño a las partes y a la pronta administración de justicia. En esa clase de sentencias el tribunal de alzada sólo debe, a mi juicio, hacer mérito del defecto, cuando la complicación procesal por haber hechos y peticiones controvertidos, así lo justifica; pero, ¿qué ganan las partes o la justicia con que se exijan las formalidades de una sentencia de juicio ordinario en la resolución que aprueba una cuenta partición, por ejemplo, cuando no hay discusión alguna entre las partes? Y si la hay y el Juez ha incurrido en el defecto, ¿por qué no lo corrige la Sala en vez de decretar la nulidad, sin perjuicio de llamarle la atención al Juez para que en el futuro no incurra en el defecto?

En el fallo de la Sala de las 10 horas y 55 minutos del 15 de julio de 1938 (Ord. de Marciana Arrieta c/. Mercedes Rodríguez), se dijo en el Considerando 1º:

"Los defectos de forma de que adolece el fallo son de fácil corrección por esta Sala y así se procede en acatamiento de lo dispuesto por el artículo 890 del Código de Procedimientos Civiles".

En el párrafo segundo del inciso 4º del artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles se expresa que "queda prohibido declarar procedentes uno o varios extremos refiriéndolos a lo dicho en alguno o algunos de los considerandos". Esa prohibición fue violada en la sentencia de primera instancia dictada en el juicio ordinario de Alfredo Saborío c/. Milton Cornelius Dunham. La Sala, corrigiendo el defecto, dijo:

"El señor Juez ha incurrido en el defecto de no reproducir en la parte dispositiva de la sentencia los extremos de la demanda que ha declarado procedentes y de referirlo a lo expuesto en los considerandos, contra lo declarado de modo expreso en el inciso 4º del artículo 86 del Código de Procedimientos Civiles. La Sala, ejerciendo la facultad que le concede el artículo 890 íbidem, llena esa omisión a fin de que queden observadas las formalidades legales".

En sentencia de las 16 horas y 5 minutos del 3 de octubre de 1941 (Ord. de José Guevara c/. Rosa Brenes), la Sala, con aplicación del artículo 890 citado, entró a resolver una excepción de cosa juzgada respecto de la cual había omisión de pronunciamiento de parte del Juzgado.

La sentencia de las 10 horas y 35 minutos del 25 de noviembre de 1941 (Ord. Suc. de Juan de Dios Pastora c/. El Estado) hizo pronunciamiento respecto de una sentencia notoriamente defectuosa, no obstante lo cual no la anuló sino que procedió a corregir los defectos. En el Considerando IV dijo el Tribunal:

"Que fuera de que en los resultandos de la sentencia apelada no se consignan las pretensiones de las partes ni los hechos alegados con la debida concisión, como ordena el inciso 2º del artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles, en la parte dispositiva no se hace una declaración expresa acerca de lo que se declara procedente de la demanda, reproduciendo textualmente o con las enmiendas pertinentes los extremos a que se accede, como es lo propio según la inteligencia que siempre se le ha dado al inciso 4º del texto legal últimamente citado".

En cambio, en la sentencia de las 10 horas y 25 minutos del 22 de setiembre de 1939, la Sala anuló el fallo de primera instancia porque no se trataba de simples omisiones, sino de una alteración de las cuestiones debatidas que lógicamente no debía corregirse en la alzada, pues hubo otra posposición de lo principal a lo subsidiario. La Sala dijo:

"La excepción de prescripción fue opuesta por el demandado en forma subsidiaria, según aparece de los términos de su escrito de fecha treinta de noviembre próximo pasado. En consecuencia, ha debido el Juzgado entrar a examinar de previo las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en relación con el fondo de la demanda, y sólo en el caso de que, como resultado de ese análisis, fuera su opinión que el actor tenía derecho a la procedencia de todo o parte de la acción intentada por él, entrar a decidir sí, a pesar de ello, debía denegarse la demanda por estar prescrita dicha acción. Aun en el caso de que tal excepción no hubiera sido alegada en forma subsidiaria, era necesario que el Juzgado entrara a considerar las demás cuestiones discutidas, a fin de dar al debate la amplitud necesaria, tanto respecto de las partes como en relación con las apreciaciones que puedan hacer los tribunales superiores. Artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles".

Otro caso en que se anuló la sentencia y se declaró que no se estaba en el supuesto del artículo 890 mencionado, fue el resuelto por la Sala en su fallo de las 10 horas y 50 minutos del 22 de agosto de 1939, porque el Tribunal consideró que el Juez se había abstenido indebidamente de resolver el fondo del pleito. Expresó el Tribunal:

"Por las razones expuestas, procede anular la sentencia y auto adicional a fin de que el Juzgado falle de nuevo el pleito teniendo como perentorias las excepciones opuestas, con la salvedad expresada en el considerando segundo. No se está en el caso previsto al final del artículo 890 del Código de Procedimientos Civiles porque no se trata de la simple omisión de pronunciamientos sino de la abstención del Juzgado en cuanto a la resolución de fondo del pleito, por lo que se hace indispensable que se falle de nuevo con sujeción a los requisitos establecidos en el artículo 84 *ibídem*".

Dadas las ideas expuestas anteriormente, no me parece arreglada a derecho la sentencia de la Sala Primera Civil dictada a las 10 horas y 50 minutos del 4 de setiembre de 1959, en la que la Sala, por mayoría, tuvo por cierto, de un modo general, que, salvo casos de excepción, las sentencias eran nulas si no se observaban los requisitos establecidos en el artículo 84 del Código de Procedimientos Civiles. La regla, en mi opinión, debe ser al revés: las sentencias que no acaten los requisitos del texto citado, sólo son nulas cuando el Tribunal de alzada no puede corregir el defecto o llenar la omisión.

Tampoco me parece ajustada a los principios de que se ha hecho mérito la nulidad decretada por la Sala Segunda Civil en su sentencia de las 10 horas y 40 minutos del 15 de junio de 1962, porque el defecto procesal apuntado (violación del artículo 436 del Código de Procedimientos Civiles), si bien de orden legal, no afecta ninguna norma esencial, y pudo ser consentido por las partes. Es hasta discutible si es procedimiento erróneo o no el de que se continúen los procedimientos ejecutivos comunes dentro del mismo expediente en que se declaró la caducidad del privilegio prendario y más pareciera que la economía procesal aconseja lo contrario, sin perjuicio de que se llenen las formalidades del artículo 436 citado.

La Sala, en la sentencia dicha consideró:

"La acción prendaria privilegiada intentada en vía sumarísima por el actor, se extinguió al declarar este Tribunal la caducidad del privilegio prendario, en sentencia firme de diez horas treinta minutos del diecinueve de octubre próximo pasado, folios 18 a 19. En tales eventualidades, esta Sala, reiteradamente, ha sostenido que los procedimientos ejecutivos comunes no pueden seguirse dentro del mismo expediente, sino que el actor necesariamente debe instar su acción en expediente separado. Véanse, entre otras, las resoluciones números 563 de 1960 y 587 de 1961. Pero en el caso que nos ocupa, el actor, sin protesta de los demandados y por el contrario, con el consentimiento tácito de éstos, en el mismo

expediente pidió que se siguiera, como común la acción pendaria originalmente planteada y los trámites siguieron su curso normal hasta rematar en el fallo de que ahora se conoce. No obstante lo expuesto, la Sala estima que el Juzgado a quo no debió dar curso a la petición formulada por el accionante Q. C. en su presentación de folio 20, tendiente a que se siguieran procedimientos ejecutivos comunes, por cuanto dicho escrito, como era de rigor a tenor de las disposiciones del artículo 436 del Código de Procedimientos Civiles que rige el caso, no cumplió a cabalidad con los requisitos que dicho texto establece; por lo que no existe propiamente demanda a la cual pudiera sujetarse la sentencia. Habiéndose procedido con manifiesta violación de la doctrina del precitado artículo 436, en armonía con el 208 del mismo Código citado, la Sala, en uso de las facultades previstas en los artículos 385, párrafos 6 y 8 y 890, ambos del Código Procesal Civil, estima que a fin de orientar el curso normal del juicio, debe anularse todo lo actuado y resuelto en autos a partir del proveído de las ocho horas y treinta minutos del cuatro de noviembre último, inclusive”.

Sin embargo, la nulidad debe decretarse, aun de oficio y sólo por excepción, en aquellos casos en que la resolución envuelve cuestiones de fondo relativas a la organización judicial, como las de competencia, salvo el caso de prórroga de jurisdicción previsto por la ley, porque son de orden público y no está en la voluntad de las partes consentirlas, ni pueden ignorarlas los tribunales.

Una nulidad de esa clase fue la decretada en la sentencia de las 14 horas y 15 minutos del 2 de setiembre de 1938, por fundarse en falta de competencia por razón de la cuantía.

La Sala Civil dijo:

“Habiendo sido iniciados los presentes procedimientos el primero de marzo de este año, fecha en que ya regían el actual Código Procesal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, resultan seguidos de modo irregular en los oficios del señor Juez Primero Civil por haber sido estimada la acción en la suma de un mil colones, aunque la demanda esté enderezada contra una sucesión de cuyo juicio mortuario esté conociendo el Juez

dicho, porque el artículo 506 del Código de Procedimientos Civiles no autoriza la acumulación de interdictos a los juicios sucesorios. En esas condiciones el expediente, y tomando nota de lo que disponen los artículos 91, 160, 167 y 173 de la citada Ley Orgánica, la Sala se ve en la imprescindible necesidad de declarar la nulidad del fallo dictado por el señor Juez Primero Civil y el auto adicional apelados”.

De igual manera, la nulidad de que hizo mérito la Sala Segunda Civil en su resolución de las 15 horas del 23 de mayo de 1956 me parece bien pronunciada, porque se violaba el inciso 3º del artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Expresó el Tribunal:

“El Lic. J. C. J. C. fue nombrado, según consta al folio trescientos sesenta y seis del expediente principal, apoderado de la albacea R. F. P. M. Con anterioridad, el mismo profesional había autenticado gestiones de la mencionada P. M., así como de L., de los mismos apellidos y de J. M. M. (Ver escrito al folio 362) y, al hacerlo, manifestó haber intervenido, en unión de otro abogado, en gestiones para un arreglo extrajudicial del juicio. Al ocupar el Lic. J. C. el puesto de Juez Civil de Liberia —a cargo de este sucesorio— debió encontrarse, necesaria y legalmente, inhibido del conocimiento de los presentes autos (inciso 3º del artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 160 y 200 ibídem). No obstante, el Lic. J. C. actuó como Juez dentro del expediente respectivo viciando, con su intervención, de nulidad las actuaciones correspondientes. Así las cosas, se vuelve imperativo para este Tribunal al usar de las facultades que le otorga el artículo 890 del Código de Procedimientos Civiles. Con base en esta disposición legal, cabe el decretar la nulidad de todo lo actuado en el expediente principal a partir de la resolución de las quince horas y treinta minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, inclusive, (folio 389), y, asimismo, de todas las actuaciones y resoluciones de los demás legajos que formen parte de este sucesorio y que hayan ocurrido o recaído con intervención del Lic. J. C. en calidad de Juez a quo”.

* *
*

Otra de las restricciones en materia de nulidades que ha sido, a mi juicio, de excelentes resultados en la práctica, es la establecida en el párrafo 5º del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles, conforme a la cual,

"La nulidad de actuaciones y resoluciones sólo puede reclamarla la parte perjudicada con ella, y será rechazado el incidente cuando sea presentado después de un mes de producido si el motivo de la misma constare en el expediente o fuere de conocimiento de la parte".

El primer concepto de esa disposición es corriente en las legislaciones procesales y es de lógica que no puede reclamar la nulidad la parte que no recibe perjuicio alguno con ella; no figura en esas legislaciones el segundo concepto, o sea, el relativo a que la nulidad debe reclamarse dentro del mes siguiente, si el motivo consta en los autos o es del conocimiento de la parte.

Atrás quedó expuesta ya la razón de esa restricción según la exposición de motivos relativa al artículo 385 citado y bueno es observar que comprende cualesquiera nulidades, produzcan o no indefensión, sin más salvedad que aquellas de orden público sustancial de que ya se hizo mérito.

Los Tribunales han hecho frecuente aplicación del principio de que la nulidad debe reclamarse dentro del mes siguiente a partir de la fecha en que se produjo el motivo de nulidad.

En resolución de las 16 horas y 25 minutos del 11 de julio de 1941 dictada en juicio ejecutivo de Roberto Lizano c/. Guillermo Carranza, dijo la Sala:

"La nulidad pedida es improcedente porque la señora Solís de Carranza actuó con posterioridad al fallecimiento del Licenciado Mata sin que señalara entonces casa para notificaciones, como resulta del escrito de 1º de marzo de 1940, visible al folio 14. La reciente reforma del artículo 385 del

Código de Procedimientos Civiles restringió en mucho los motivos de nulidad de actuaciones y resoluciones, y por eso se estableció en el párrafo 5º del mismo que la que se alegare después de un mes de causada se rechazará de plano si el motivo en que se funda constare en el expediente o fuere de conocimiento de la parte".

En sentencia de las 16 horas y 40 minutos del 29 de julio de 1941 dictada en juicio ejecutivo de Elena Ramírez c/. César Güell, expresó la Sala:

"La nulidad alegada es improcedente de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 5º del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles, pues la citación de partes para sentencia se dictó en marzo de este año, y, aunque no se notificó al recurrente, transcurrió más de un mes desde esa fecha al momento en que se dictó la sentencia sin que el recurrente protestara en autos por tal omisión".

En juicio Ord. de Hernán Zúñiga c/. Suc. de Gertrude Kate, se promovió incidente de nulidad de actuaciones, inclusive de la sentencia de segunda instancia, alegando notificación en oficina distinta a la señalada en primera instancia. La Sala, en resolución de las 16 horas y 25 minutos del 10 de diciembre de 1941, consideró:

"Que tanto porque esta Sala no puede anular sus propios fallos, según lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimientos Civiles, como porque la nulidad de actuaciones y resoluciones es inadmisibles cuando el reclamo se presenta, como en el caso de autos, después de un mes de producida si el motivo de la misma consta en el expediente (artículo 385, párrafo 5º ibídem), debe rechazarse de plano el incidente formulado".

En juicio sucesorio de Macario Sanabria, por resolución de las 15 horas del 10 de marzo de 1942, la Sala declaró mal admitido el recurso al conocer de la alzada del auto que hacía la declaratoria de herederos. Dijo el Tribunal:

"Que de los cuatro presuntos herederos apelantes Custodia, Austelina, Higinio y Clotilde Sanabria Montes, los tres primeros se apersonaron en los autos antes de la declaratoria

de herederos y la última con posterioridad a ese pronunciamiento, y siendo así, no le es dable venir a apelar del auto de 14 de abril de 1941 en enero de este año, alegando que la respectiva resolución no le fue notificada oportunamente al apoderado de la Junta de Protección Social de Naranjo, quien también se había apersonado en la mortual, pues transcurrido un mes después de dictada dicha resolución, ni siquiera el representante de la Junta podría alegar la falta de notificación para retrotraer los procedimientos, como ya en otras ocasiones lo ha dicho esta Sala en casos semejantes con apoyo en el párrafo 5º del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles".

Muchos otros casos de pronunciamientos de las Salas de instancia podrían citarse, pero lo estimo innecesario. La Sala de Casación, a su vez, ha hecho clara aplicación del texto citado, es decir, del párrafo 5º del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles. En sentencia de las 9 horas y 45 minutos del 9 de marzo de 1942, expresó ese Tribunal:

"Que toda la primera sección del recurso interpuesto se refiere a la falta de validez de la prueba del actor por haber sido recibida y evacuada no obstante que su fianza de costas fue otorgada fuera del término para ofrecer prueba; pero la ley no concede el recurso de casación por quebrantamiento de forma sino por falta de recibimiento a pruebas o por denegarse una diligencia de prueba pertinente (artículo 904, inciso 2º, del Código de Procedimientos Civiles); y según el artículo 385 de ese Código, la nulidad de actuaciones y resoluciones se rechaza de plano cuando el incidente se presenta después de un mes de producida la nulidad, si el motivo de la misma consta en el expediente; en el presente asunto la prueba fue admitida el veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, admisión notificada el veintitrés de ese mes, y la reclamación no se hizo hasta agosto de ese año, al alegar de buena prueba".

Y en sentencia de las 9 horas y 30 minutos del 8 de abril de 1943, consideró el mismo Tribunal:

"El plazo de un mes dentro del cual hubo de promoverse la articulación de nulidad por el defecto atribuido a la notificación del traslado de la contrademanda, se inició en la fecha

en que resulta producida esa irregularidad de procedimiento, sea a partir del 27 de mayo, que se practicó la respectiva diligencia, y de esta suerte, aun teniendo por eficaz la presentación del folio 10, en que se reclama la nulidad, desde la fecha de recibo (3 de julio) y no a contar del 14 del mismo mes, que se rindió la fianza de costas, la gestión en referencia debe estimarse extemporánea, según el párrafo quinto del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles, el que por consiguiente no ha sido quebrantado".

*
* * *

No es el presente, un estudio global de las nulidades procesales, y, por esa razón no se abordan otras cuestiones relativas a las mismas. El propósito no ha sido otro que el de recalcar el concepto de que las reformas procesales de 1937 pusieron en manos de los tribunales numerosas restricciones para evitar esas nulidades y que su eficacia depende de los llamados a aplicarlas. Todo esfuerzo que al respecto se haga será de gran utilidad para los litigantes y mitigará en mucho el cargo de justicia lenta, tan dañino para el buen nombre de los tribunales de justicia.

EL EXAMEN DE LA PRUEBA EN CASACIÓN

Lic. ENRIQUE GUIER SAENZ

¿Le es dable a la Sala de Casación, guiada por un celo de justicia, examinar todo el material probatorio de un juicio —como decía Calamendrei—, "para restablecer, de ese modo, la verdad de la relación sustancial"?

Nuestra Corte de Casación ha dicho siempre que no; por ejemplo, en sentencia de las 10 horas del 20 de agosto de 1947 dijo que a ese tribunal le estaba "vedado escudriñar de oficio el acervo probatorio"; pero muchas veces lo ha hecho, hasta dejando, en algunas ocasiones, constancia expresa de ello en la propia sentencia.

Si nos atenemos, pues, a lo que expresa la sentencia de ese alto tribunal de las 14:30 horas del 5 de abril de 1961, en Costa Rica disfrutamos de un sistema de casación puro. Veamos las palabras categóricas y tajantes usadas por la Corte en esa oportunidad:

"...la Sala de Casación no es una tercera instancia sino un tribunal de estricto derecho, que sólo debe juzgar si la ley ha sido infringida, en cuanto al fondo del negocio o en lo que atañe a las normas que establecen el procedimiento. De allí resulta que le esté vedado apreciar de nuevo, con entera libertad, la prueba evacuada en el juicio, una vez que tal función está reservada a los tribunales de instancia; y a éste sólo le corresponde decidir si el fallo impugnado es o no contrario a la ley. 'El recurso de casación no es una tercera instancia', decía el distinguido jurista Gómez de la Serna en su *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española*. No pueden ser objeto de él cuestiones de hecho, de justicia o de

injusticia. Más alto es el fin del recurso, más graves las atribuciones del Tribunal Supremo. Va a decidir una cuestión de derecho; va a juzgar si se ha quebrantado la ley o no por un Tribunal Superior; va a vigilar por la genuina, por la recta aplicación de la ley escrita." (pág. 491).

De ser ciertas las palabras transcritas, a nuestra casación sólo podrían llegar cuestiones exclusivamente jurídicas. Quedaría fuera del examen del Tribunal Supremo la *quaestio facti*; sería —como dice Chiovenda— "intangible el juicio mediante el cual, el juez en la sentencia de fondo, afirma como dado o como no dado un hecho". Pero en la realidad no es así. En primer término, nuestra ley permite en casación un *limitado* examen de las cuestiones de hecho, cuando ha habido en la apreciación de las pruebas *evidente* error de derecho o de hecho. Esta desviación, tímidamente aceptada por la jurisprudencia francesa y luego legitimada de modo expreso en España y en Costa Rica, no le permite a la Sala de Casación, para combatir la censura de los hechos contenida en un recurso, examinar libremente todo el material probatorio acumulado en el proceso y extraer de él los elementos probatorios que, en su criterio, robustecen o confirman las pruebas aducidas por la sentencia de grado para comprobar los hechos afirmados en ella.

En segundo lugar, nuestra Sala de Casación, impulsada por un celo desmedido de justicia, después de la lectura completa del expediente, a menudo se convierte, y sin sentirlo, en un tribunal de tercera instancia y se desvía hasta el examen de todo el material probatorio, para así restablecer o mantener la verdad que, a juicio suyo, arroja el proceso. Buena prueba de ello son algunas de las recientes sentencias de nuestra Corte de Casación.

14:40 horas del 7 de octubre de 1960. Condenado un reo a una pena alta con base en la confesión de dos co-procesados, y habiéndose alegado en el recurso que con base en ese único elemento de prueba, que cuando más constituiría apenas un indicio aislado de culpabilidad, no

era lícito en Costa Rica condenar a un reo, la Sala replicó que no podían menospreciarse aquellas confesiones, dado que "no son los únicos datos acusatorios que resultan del proceso, tomados en consideración los demás indicios concordantes" (pág. 617), y en ese camino se puso entonces a buscar afanosamente indicios de culpabilidad en los elementos de prueba aportados al juicio, entre otros, en una nota del Cuerpo de Agentes de Investigación, preterida del todo por la Sala de apelaciones (págs. 612 y 616).

16:30 horas del 3 de marzo de 1961. Para combatir el recurso, el cual alegaba que las presunciones judiciales aducidas por la sentencia recurrida no eran bastantes para condenar, la Sala sostuvo que, además de esas presunciones, a juicio suyo concurren las que pasó a enumerar (pág. 358).

16:15 horas del 20 de setiembre de 1962. Después de invocar correctamente la Sala de Casación, para refutar el recurso, lo que había tenido por demostrado los jueces de instancia con base en prueba directa, añadió, desviándose así ostensiblemente de su función, que "por otra parte, la prueba del proceso permite presumir que, tanto el señor BM como su abogado y apoderado judicial", hicieron tal y cual cosa (*Boletín Judicial*, 21 agosto 1963).

15:45 horas del 18 de setiembre de 1962. En juicio de separación de cuerpos, para rebatir el recurso que calificaba de graves las ofensas dichas por la mujer, la Sala expresó: "No obstante lo expuesto, debe replicarse, que el estudio integral del expediente deja la sensación de que las ofensas proferidas por la demandada no responden a un sentimiento de crueldad ni de perversidad... los autos suministran fundamento bastante para suponer que la señora A herida en sus sentimientos por la deslealtad de su marido, trataba de defender la estabilidad de su matrimonio..." (*Boletín Judicial*, 9 mayo 1963).

15:40 horas del 14 de mayo de 1963. Francamente, sin encubrir su posición de tribunal de instancia, la Sala de Casación dijo en esa sentencia: "Consta de autos que los demandados por resolución de las... fueron declarados únicos y universales herederos en la sucesión de J. Q. A. Así las cosas, cuando el 13 de... vendieron la finca a la actora, eran dueños de la finca citada y en tal carácter dispusieron de ella en la forma que aparece de la escritura mencionada..." (*Boletín Judicial*, 16 enero 1964).

Dogmáticamente en la Sala de Casación no deberían admitirse cuestiones sino exclusivamente jurídicas —como atrás se dijo—, salvo el limitado examen de las cuestiones de hecho que, por vía de error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, permiten por excepción los artículos 903, inciso 4º, del Código de Procedimientos Civiles y 610, inciso 3º, del Código de Procedimientos Penales. Pero, repitiendo palabras de Manuel de la Plaza y para ponerle fin a este breve comentario en torno a la genuina función de nuestro Tribunal Supremo, no huelga recordar la pugna eterna frente al recurso de casación: "a un sector profesional, parecen excesivas las trabas que la ley y, sobre todo, la doctrina establecida en su derredor, oponen a la censura de los hechos en casación; y en cambio, otro sector menos numeroso, se duele de que, por lo que juzga portillo abierto en el castillo roquero del recurso, puedan evaporarse sus esencias. Acaso el acierto, en este como en tantos otros casos, esté en la ponderación de los contrapuestos pareceres y, sobre todo, en la recta inteligencia de la norma contenida" en las precitadas leyes procesales, a fin de mantenerse en casación, en cuanto al examen del acervo probatorio aportado al juicio, dentro del marco estrecho fijado por esos preceptos legales, salvo que la ley venga y convierta a la Sala de Casación en tribunal de tercera instancia rogada, como lo hizo en material laboral.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA DESVIACIÓN DE PODER

GONZALO RETANA SANDI.
Juez de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Profesor Suplente de Derecho Procesal Civil.

1. La reforma al artículo 49 constitucional.

Defendemos en todos sus extremos la enmienda introducida al artículo 49 de la Constitución Política en virtud del Decreto N° 3124 del 25 de junio de 1963.

Es más, al ser recibidos por la respectiva Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, manifestamos que el proyecto de reforma coincidía con lo recomendado por nosotros (1) como indispensable antecedente para la aprobación de una moderna y eficiente ley sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De lo anterior que nos sentimos obligados a no compartir las críticas dirigidas contra el texto constitucional reformado.

2. La crítica del licenciado Eduardo Ortiz Ortiz.

El profesor y magnífico administrativista D. Eduardo Ortiz Ortiz ha criticado (2) el párrafo segundo de la reforma, que dice: "La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos".

(1) *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica*, Tesis Doctoral, Madrid 1962.

(2) *Interés Legítimo, Derecho Subjetivo y Reforma al Contencioso Administrativo*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 2, pp. 129 y ss.

Lo califica de innecesario y superfluo en virtud de que el párrafo primero, al establecer la protección general contra la ilegalidad de la función administrativa del Estado, abarca el vicio de desviación de poder. Y lo llama "defecto fundamental" y "error técnico" a consecuencia de que la desviación es un vicio marginal, poco frecuente y expuesto a ser superado, por lo que no es digno de figurar en una Constitución Política, "hecha para durar ante los vaivenes de la justicia, de la doctrina y de los tiempos".

3. *La razón de la inclusión del párrafo criticado.*

La Comisión Especial de la Asamblea Legislativa fue explícita y clara al exponer la razón de la inclusión del párrafo objeto de la crítica del profesor Ortiz Ortiz.

Al respecto se lee en el dictamen: "Expuesto que todo acto es reglado, su violación (del fin del acto administrativo) implicaría siempre el quebrantamiento de la legalidad y por lo tanto, no sería necesario incluirlo (el vicio de desviación de poder) como motivo expreso de impugnación. Sin embargo, es indispensable hacerlo por cuanto en ese aspecto se encuentra dividida la doctrina: un sector estima que la desviación representa simplemente una infracción a la moralidad administrativa, mientras que otro sostiene que es un quebrantamiento a la legalidad administrativa; razón por la cual en la exposición de motivos de la ley española del 27 de diciembre de 1956 se lee que: —La fórmula adoptada comprende, pues, cualquier modalidad de infracción jurídica y, desde luego, como una de ellas, la desviación de poder, según puntualiza el texto legal, saliendo al paso de la tesis que la configura sólo como una violación de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa—" (3).

De modo que el párrafo de comentario vino a eliminar toda duda o discusión acerca de la naturaleza jurídica

(3) La Gaceta del 9 de abril de 1963.

de la desviación de poder. Y de ello que no sea superfluo o innecesario, ya que en Derecho es preferible, para reforzar conceptos, pecar por exceso que por defecto, sea, que es mejor una aparente o posible redundancia antes que un precepto oscuro, vago, ambiguo o impreciso que pueda dar lugar a una merma o cercenadura de algún derecho fundamental del ciudadano.

Y es que, de no haber quedado el párrafo criticado por el señor Ortiz en la forma que quedó, existía la posibilidad de que en cualquier momento el legislador —por ley— o los tribunales —por jurisprudencia—, excluyesen del control jurisdiccional todo aspecto vinculado con la desviación de poder, fundados en que ésta representa solamente una infracción a la moralidad administrativa.

Por lo demás, el criterio este de la moralidad no está aún superado o rechazado, como para suponer que iba a ser ignorado e inaplicado en Costa Rica. Tan no lo está y tan discutible es el extremo, que la ley española actual, según se ha visto, hace formal mención del vicio de desviación de poder, precisamente "saliendo al paso de la tesis" de la moralidad. Y autores modernos de la autoridad de Garrido Falla (4), Forsthoff (5) y Díez (6), al ocuparse de la desviación de poder aluden a los dos criterios existentes acerca de la naturaleza jurídica de la misma, a saber: el de legalidad, por un lado, y el de moralidad, por el otro.

En todo caso, aunque estuviese superado el extremo, siempre era conveniente que el constituyente de Costa Rica siguiera los pasos de la ley española, desde que nada obsta a que el legislador aplique criterios arcaicos, salvo si el texto expreso de la Constitución Política lo impide.

(4) Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 463, Madrid 1958.

(5) Tratado de Derecho Administrativo, pág. 338, Madrid 1958.

(6) El Acto Administrativo, pág. 408, Buenos Aires 1961.

4. Frecuencia de la desviación de poder.

Cierto que la desviación de poder es un motivo de impugnación marginal o subsidiario, en el sentido de que "para que el acto resulte inválido es preciso que el fin extraño sea su única razón, pues si existieran otros motivos lícitos la circunstancia de que mediasen también intenciones bastardas no afectaría la validez" (7), y porque es necesario para su procedencia, "que el acto no adolezca de otro vicio que lo invalide, pues de haberlo no cabe investigar la presunta desviación de poder, la cual supone un acto inobjetable en todos los demás aspectos" (8).

Y, más que lo anterior, la desviación de poder es difícil de probar "... pues, como es natural, la autoridad que ha actuado por móviles ajenos al servicio se habrá preocupado de enmascararlos convenientemente, o, al menos, de no dar publicidad a sus intenciones" (9).

No obstante, la desviación de poder reviste tal importancia que ha marcado época en la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (10).

Ha llegado a tal punto esa relevancia que, como también lo hizo ver la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, "se llegó a decir, aunque con evidente exageración, que una vez admitido este motivo de impugnación, la potestad discrecional de la Administración se convierte en un recuerdo histórico, pues en el ámbito del poder discrecional es donde aparece este vicio" (11).

(7) Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, p. 451, Montevideo 1953.

(8) Idem, pp. 456-457.

(9) Garrido Falla, ob. cit., p. 462.

(10) García de Enterría, La Lucha ídem, Revista de Administración Pública, N° 38, Madrid, mayo-agosto 1962, pp. 160-169.

(11) Garrido Falla, ob. cit., p. 461.

Y es tal la dicha importancia, que en España se ha estimado "como última conquista" la inclusión de la desviación de poder en la forma que lo hizo la sobredicha ley de 1956 (12).

De manera que carece de razón de ser la crítica del señor Ortiz acerca de la poca concurrencia de la desviación de poder, ya que no es el acaecimiento bastante o limitado y sí la importancia lo que determina la inclusión de las garantías del ciudadano en una Constitución Política: así, por ejemplo, dentro de un Estado de Derecho son poco frecuentes las detenciones ilegales o las violaciones de las demás garantías constitucionales; mas por ello no podría sostenerse que sobran las reglas sobre Habeas Corpus o Amparo que la misma Constitución establece, como tampoco podría admitirse que es innecesario el principio sobre Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el hecho de que determinada Administración actúa siempre conforme a Derecho.

Ojalá que los encargados de nuestra Administración Pública no incurran nunca en desviación de poder. Constituiría un galardón para Costa Rica; pero nunca la necesidad de eliminar el párrafo 2° del artículo 49 constitucional, ya que así como el Código Penal tipifica los delitos para prevenirlos y evitarlos y no para que sean cometidos, así dicha regla, como toda la legislación sobre lo contencioso-administrativo (comenzando por la Carta Política) debe prever todos los motivos posibles de impugnación, por infrecuentes que sean.

Recuérdese que el mejor freno para el abuso lo constituye, por regla general, la simple existencia del control o contralor.

5. Otras legislaciones.

No ha sido la Constitución Política de Costa Rica la primera en hacer mención expresa de la desviación de po-

(12) García de Enterría, ídem, p. 170.

der como motivo de ilegalidad de la actividad administrativa.

La Constitución de la República española, en el artículo 101, disponía que: "La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder" (13).

Y en la República Oriental del Uruguay, explica Sayagués Laso, "Hasta 1934 en nuestro país no se planteó jurisprudencialmente la cuestión de la admisibilidad de la desviación de poder . . . Pero era una sentida necesidad darle entrada en nuestro derecho y de ahí que se aprovechara la reforma constitucional de 1934 . . . El art. 274 de la constitución de 1934 decía así: —Serán consideradas decisiones ilegales las que fueren violatorias de la ley, sea en su forma, sea en su fondo. También lo serán aquellas no ajustadas a su finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder" (14). La misma inquietud debió presentarse al Constituyente de 1951, desde que el artículo 309 de la Carta aprobada en este año reza así: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder" (15).

Por último, para que se confirme que es necesario o aconsejable hacer mención de la desviación de poder, a fin de evitar dudas acerca de su admisibilidad como vicio de ilegalidad de la función administrativa, merece citarse uno

(13) V. Jiménez de Asúa, la Constitución de la Democracia Española y el Problema Regional, p. 156, Buenos Aires, 1946.

(14) Ob. cit., p. 454.

(15) Ricardo Zamora, Digesto Constitucional Americano, p. 944, Buenos Aires 1958.

de los anteproyectos más modernos en la materia, el de "Código de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Santa Fe", del doctor Salvador Dana Montañó, cuyo artículo 66 dice que "La sentencia estimará la demanda cuando el acto o disposición impugnados sean contrarios a Derecho, incluso por incompetencia de la Administración, vicio esencial de forma o desviación de poder"; texto en relación con el cual el profesor y tratadista Sayagués Laso ha aconsejado mantener la mención de "la desviación de poder, en vista de la jurisprudencia argentina restrictiva" (16).

6. Superación de la desviación de poder.

Cierto que recién han surgido técnicas alternativas de la desviación de poder, como las apuntadas por el señor Ortiz en el trabajo que ha motivado el presente.

Y por ser más eficaces, debemos recibirlas con beneplácito, desde que aseguran una mejor justicia administrativa.

Mas no sabemos todavía que la desviación de poder vaya a ser sustituida del todo y, menos, que ello vaya a ocurrir en corto tiempo.

Basta con observar que nació en Francia hace más de cien años y que no se incorporó al derecho de un país vecino, España, sino en forma efectiva hasta la ley de 1956 (17), en Uruguay hasta 1934, y en Costa Rica mediante la reforma reciente al artículo 49 de la Constitución Política.

En todo caso, nada se perdería si en efecto la doctrina llegare a superar totalmente a la técnica de la desviación de poder. En este supuesto, el párrafo 2º del artículo 49 sobredicho constituiría, a lo sumo, un recuerdo histórico (de lo que no están desprovistas la mayoría de las Constituciones Políticas, sobre todo en lo que toca a garantías individuales); recuerdo histórico que sería de indudable valor, porque el

(16) Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación, p. 136, mayo-agosto de 1962, Buenos Aires.

(17) García de Enterría, *Idem*, p. 169.

texto constitucional evitó, en su tiempo, que los administrados estuvieran expuestos a ver cercenadas sus garantías sobre justicia administrativa.

7. Conclusiones.

I. Es una virtud la inclusión, en el texto constitucional, de la desviación de poder como motivo de impugnación de los actos administrativos, porque evitará que dicho vicio pueda ser sustraído del control jurisdiccional con apoyo en la teoría de que sólo representa una infracción a la moralidad administrativa.

II. Lo que interesa es la importancia o entidad del vicio de desviación de poder y no que sea infrecuente o marginal: Administración ideal es la que actúa siempre conforme a Derecho, sea, la que nunca incurre en vicios de ilegalidad; mas por esto no podría sostenerse que está de más la norma constitucional sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues precisamente la sola existencia del control constituye, por regla general, el mejor freno para el abuso de los encargados de la Administración Pública.

III. Otras Constituciones Políticas modernas han precedido a la de Costa Rica en cuanto a la mención expresa de la desviación de poder como vicio de ilegalidad de la actividad administrativa.

IV. El advenimiento de técnicas alternativas más eficaces no significa que la desviación de poder vaya a ser sustituida del todo y, menos, que ello vaya a suceder en corto tiempo, máxime en Costa Rica, a donde ha llegado, como conquista indudable, con más de cien años de demora. En todo caso, aunque exista la posibilidad de que un texto constitucional se convierta con el tiempo en un recuerdo histórico, debe hoy ser aprobado si lo contrario puede dar lugar a una norma omisa, capaz, por lo mismo, de permitir leyes o jurisprudencia restrictivas de alguna garantía fundamental del ciudadano.

INFORMACION

ORGANIZACIÓN DEL INSTITUTO INTER-AMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Se verificó en la ciudad de Bogotá, del 17 al 23 de marzo, la reunión inaugural del Instituto Inter-Americano de Estudios Jurídicos Internacionales bajo el patrocinio de la dotación Carnegie con la colaboración de la OEA y bajo los auspicios de la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano".

La reunión se celebró con todo éxito y puede afirmarse que dicho Instituto, creado en San José de Costa Rica por acuerdo de la Mesa Redonda de Profesores de Derecho Internacional del Hemisferio Occidental, celebrada en los días del 31 de marzo al 5 de abril del año anterior, empieza a afirmarse sólidamente y habrá de realizar una labor muy importante dentro del cometido de sus funciones.

Los delegados fueron atendidos muy gentilmente por el cuerpo de profesores colombianos que tuvo a su cargo la organización del Congreso, en especial los Doctores don Francisco Urrutia, quien fue electo Presidente del Instituto muy merecidamente, y don Diego Uribe Vargas, Director del Instituto de Estudios Diplomáticos e Internacionales de dicha Fundación.

En el Congreso fueron asimismo electos los miembros del Comité Directivo, designándose entre ellos al profesor costarricense Lic. don Fabio Fournier. Como Secretario General fue nombrado el Dr. Francisco García Amador, distinguido jurista, Director del Depto. Jurídico de la OEA y como secretario adjunto el Dr. Enrique Ferrer Viera. Como vicepresidente fue designado el Dr. Eduardo Jiménez de Arechoga.

La Universidad de Rosario, Argentina, por intermedio de su delegado el Dr. Armas, solicitó la sede del próximo Congreso ordinario, lo cual fue aprobado por unanimidad.

Los acuerdos que se tomaron en esa importante reunión a la que concurrió como delegado costarricense el Decano de la Facultad de Derecho Lic. don Rogelio Sotela Montagné, fueron los siguientes:

*
* *
*

RESOLUCION I

ESTATUTOS DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURIDICOS INTERNACIONALES

P R E A M B U L O

La Reunión Inaugural del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales,

TENIENDO EN CUENTA que por Resolución II, de la Mesa Redonda de Profesores de Derecho Internacional del Hemisferio Occidental, celebrada en Costa Rica del 31 de marzo al 5 de abril de 1963, se decidió crear el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales destinado a asegurar la cooperación continua entre los profesores y especialistas del Continente americano para el estudio e investigación intensivos y el perfeccionamiento de la enseñanza del Derecho Internacional Público y Privado, incluyendo los problemas jurídicos internacionales relacionados con el desarrollo económico y social y el progreso científico y técnico,

Que en esta Reunión se consideró el Proyecto de Estatutos, presentado por el Comité Organizador, en cumplimiento del mandato que se le confirió en la aludida Resolución,

R E S U E L V E :

Aprobar el siguiente Proyecto de Estatutos del Instituto Inter-Americano de Estudios Jurídicos Internacionales.

De su Carácter, Sede y Fines

Artículo 1º.—El Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales es una entidad científica con plena personalidad jurídica, de duración indefinida, sin carácter oficial ni gubernamental.

Artículo 2º.—El Instituto desarrollará sus actividades y ejercerá sus funciones en cualquier lugar del Continente americano. Se considerará como sede del Instituto, el Estado americano en el cual se reúna su órgano supremo. La Secretaría General tendrá su asiento en la ciudad de Washington, D. C.

Artículo 3º.—El Instituto tiene como objetivos:

- A. Promover la convivencia internacional por la vía del derecho y estudiar las iniciativas tendientes al afianzamiento de la paz por medio del derecho.
- B. Contribuir al desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, a fin de lograr su plena y efectiva vigencia.
- C. Contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional, tanto público como privado, y a su sistematización y codificación.
- D. Promover el estudio de los problemas de derecho internacional, o que eventualmente puedan ser objeto de este derecho, que interesen o puedan interesar a la comunidad americana, así como la propagación de sus normas y principios. De manera especial, avocarse al estudio:

- I. De las instituciones americanas de derecho internacional, con el objeto de contribuir a su perfeccionamiento.
- II. De las organizaciones y entidades de carácter internacional y su adecuada vinculación con otros organismos e institutos dentro del cuadro del derecho internacional mundial.
- III. De la acción rectora que corresponde al derecho internacional en el establecimiento de las bases y estructuras necesarias para hacer eficaz el desarrollo económico, social y cultural, a fin de responder a las aspiraciones de los pueblos de lograr niveles de vida cada vez más altos.
- IV. De las cuestiones actuales de interés internacional americano, americano-europeo, de la comunidad atlántica, y de otras regiones, que afecten o puedan afectar al Continente americano.

Este estudio debe no limitarse a las instituciones, organizaciones y relaciones jurídicas tradicionales, sino que comprenderá también la consideración de las instituciones, organizaciones y relaciones económicas, sociales y culturales o de otra índole, cuya regulación jurídica internacional se contemple en el presente o en el futuro.

El Instituto tendrá en cuenta a este respecto no sólo la consideración de problemas de derecho internacional que reclamen solución inmediata sino también la de aquellos de solución a largo plazo.
- E. Enunciar los principios generales del derecho internacional aceptados por los países americanos o impulsar la aceptación, como principios generales, de otros principios aún no aceptados por todos los países pero que tienden a facilitar la convivencia pacífica internacional americana.

- F. Recopilar y divulgar las normas de derecho internacional consuetudinario y la jurisprudencia de origen internacional o nacional que sean de interés para la comunidad americana.
- G. Estudiar la forma de facilitar el uso de los medios de solución pacífica de los conflictos o diferencias internacionales, principalmente lo relativo al mayor uso de tribunales internacionales para la solución de los mismos.
- H. Mantener relaciones con instituciones científicas similares y con organismos técnicos de las organizaciones internacionales, principalmente con el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, a fin de lograr un mejor conocimiento e intercambio de informes, trabajos y publicaciones.
 - I. Promover en forma adecuada el mayor y mejor conocimiento de publicaciones científicas de derecho internacional de origen americano.
 - J. Asegurar la continua cooperación entre los profesores y especialistas de derecho internacional del Continente americano para el estudio e investigación intensivos y el perfeccionamiento de la enseñanza del derecho internacional público y privado.
 - K. Servir como centro de información jurídica internacional a los miembros y facilitarles el intercambio de información, legislación y documentación jurídica, editando, de ser posible, un "Anuario" y otras publicaciones.
- L. Patrocinar, con el concurso de la Organización de los Estados Americanos, de los gobiernos, instituciones y personas jurídicas colectivas o individuales que le apoyen, pero sin comprometer su independencia y su calidad de centro de estudios científicos no gubernamen-

tal ni oficial, una ACADEMIA o INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS para el progreso y desarrollo del derecho internacional.

- M. Promover la formación y adiestramiento de profesores y especialistas de derecho internacional público y privado.
- N. Estimular el conocimiento personal y el intercambio de trabajos e ideas entre los cultivadores del derecho internacional en el Continente americano, mediante reuniones periódicas, tales como conferencias científicas, seminarios o mesas redondas.
- O. Promover la constitución de asociaciones de derecho internacional en cada uno de los Estados americanos en donde no existan.

De sus Miembros

Artículo 4º.—El Instituto reconoce las siguientes categorías de miembros, a saber:

HONORARIOS
TITULARES
ASOCIADOS
CORRESPONDIENTES
COLECTIVOS
ESPECIALES

Artículo 5º.—A excepción de los miembros honorarios y correspondientes, sólo podrán ser miembros del Instituto las personas naturales, las personas jurídicas y las instituciones nacionales de cualquier Estado del Continente americano que llenen los requisitos establecidos en estos Estatutos.

Artículo 6º.—Son miembros honorarios las personas individuales que se hayan distinguido extraordinariamente por su labor en el campo del derecho internacional y que sean electas por el Congreso.

Artículo 7º.—Son miembros titulares las personas individuales fundadoras del Instituto, las invitadas por el Comité Organizador a la Reunión inaugural del mismo, y las que en atención a sus méritos científicos como jusinternacionalistas sean electos de entre los miembros asociados por mayoría de votos. Su número no excederá de cincuenta, no pudiendo ser más de cinco de la misma nacionalidad.

Artículo 8º.—Son miembros asociados las personas individuales que sean electas como tales por los miembros titulares en atención a su labor en el campo del derecho internacional. Su número no podrá exceder de cien, no pudiendo haber más de diez de la misma nacionalidad.

Artículo 9º.—Son miembros correspondientes las personas individuales no americanas que, en atención a sus méritos científicos como jusinternacionalistas, sean electas como tales.

Artículo 10.—No obstante lo prescrito en los artículos anteriores, atendiendo a sus méritos científicos en el campo internacional pueden ser electos miembros honorarios, asociados o correspondientes, internacionalistas especializados en otras ramas del saber humano. El número de estos miembros no podrá exceder de quince en total.

Artículo 11.—Son miembros colectivos las asociaciones, sociedades o institutos de derecho internacional existentes en los países americanos o que se organicen en el Continente americano y que sean invitados para figurar en esta categoría por el Congreso o que, en virtud de solicitud, sean aceptados como tales.

Artículo 12.—Las universidades y entidades superiores de cultura, de reconocido prestigio científico, que en forma importante ayuden al Instituto para el cumplimiento de sus objetivos, por mayoría de votos de los miembros titulares pueden ser electas miembros especiales de la entidad.

Artículo 13.—Los miembros titulares, asociados y colectivos que dejaren de asistir, sin causa justificada, a dos Congresos consecutivos o que no prestaren colaboración alguna a los fines y actividades del Instituto, perderán automáticamente sus respectivas calidades. Previamente a la celebración del tercer congreso, el Secretario General le recordará al respectivo miembro esta consecuencia si faltase sin causa justificada.

De su Gobierno y Régimen

Artículo 14.—El Instituto está gobernado por un Consejo Directivo electo por los miembros titulares en Congreso ordinario. Se compone de un Presidente, un Vicepresidente, seis Directores, un Secretario General, un Secretario General Adjunto y un Tesorero. Su mandato durará hasta la elección de sus sucesores al final del Congreso ordinario siguiente y pueden ser reelectos. Para ser miembro del Consejo Directivo se requiere ser miembro titular u honorario perteneciente a un Estado americano. No podrá haber en el Consejo Directivo más de dos miembros de la misma nacionalidad.

El Consejo Directivo está facultado para llenar las vacantes que se produjeren en su seno, dando cuenta al próximo Congreso ordinario.

Artículo 15.—El Consejo Directivo tendrá a su cargo la dirección y el gobierno del Instituto y la ejecución de las resoluciones que se adopten en los Congresos. El Consejo deberá reunirse, por lo menos, una vez al año, pudiendo hacerlo en cualquier lugar del Continente americano o fuera de él. Dentro de tales funciones el Consejo tendrá a su cargo la administración de las propiedades y bienes del Instituto, así como de las donaciones y demás contribuciones de todo tipo que reciba para el cumplimiento de sus objetivos. Tales recursos no podrán destinarse, ni total ni parcialmente, a

beneficio de ninguno de sus miembros, así como a ninguna actividad ajena a los objetivos del Instituto, y en ningún caso a actividades o propaganda de carácter político.

Los miembros del Consejo Directivo no serán responsables personalmente de las deudas u obligaciones del Instituto, salvo en caso de fraude o mala fe debidamente comprobados.

Artículo 16.—El Consejo está facultado para aceptar legados y donaciones.

Artículo 17.—Compete al Consejo Directivo la formulación y aprobación de sus Reglamentos, los cuales podrán ser modificados por el Congreso, si así se estimare conveniente.

Artículo 18.—El Presidente es el representante legal del Instituto, pero puede delegar esa representación para casos específicos en el Secretario General o cualquiera otro miembro del Consejo Directivo o en algún miembro titular del Instituto. El Presidente preside las sesiones del Consejo Directivo, las reuniones plenarias de miembros y todas las sesiones del Instituto a las que asista.

Artículo 19.—El Consejo Directivo adoptará sus decisiones por mayoría de votos de sus miembros presentes. El quórum será formado por la mayoría de sus miembros. Cuando la urgencia o importancia del asunto lo requiera, los miembros serán consultados por correspondencia por medio del Secretario General, si no fuere posible reunir al Consejo.

Artículo 20.—El Presidente, el Secretario General y el Tesorero constituyen la Comisión Permanente del Consejo, a cuyo cargo estarán las medidas administrativas de urgencia y las otras atribuciones que los Estatutos y Reglamentos especifiquen.

Artículo 20.—El Vicepresidente sustituye al Presidente en caso de falta absoluta o temporal.

Artículo 22.—El Secretario General tiene entre sus atribuciones las de llevar la correspondencia y archivo del Instituto, cuidar de la convocatoria a las sesiones, de la impresión y distribución de las ponencias y comunicaciones, de la redacción de las actas y de su publicación. Tendrá a su cargo las publicaciones del Instituto, a menos que el Consejo Directivo decida en otro sentido, así como el cumplimiento de programas de perfeccionamiento de profesores, especialistas y estudiantes. El Secretario General llevará el registro de todos los miembros del Instituto, con sus respectivas direcciones, y será el órgano de comunicación entre el Instituto y sus miembros, y entre el Instituto y los gobiernos, organizaciones y otras entidades. En todas estas tareas contará con la colaboración del Secretario General Adjunto.

Artículo 23.—El Tesorero tiene a su cargo la gestión financiera del Instituto, debiendo rendir cuenta al Consejo Directivo, anualmente, y cuando éste se lo requiera.

Artículo 24.—El Secretario General deberá presentar informes sobre las actividades del Instituto en cada Congreso que se celebre, así como al Consejo Directivo, anualmente, y cuando éste se lo requiera.

De los Congresos y otras Reuniones

Artículo 25.—El Congreso es el órgano supremo del Instituto y aprobará su propio Reglamento.

Artículo 26.—El Congreso se reunirá en sesiones ordinarias cada dos años, en un lugar del Continente americano. Al final de sus sesiones cada Congreso designará el lugar y la fecha del siguiente, pero podrá delegar esta facultad en el Consejo Directivo. En atención a circunstancias excepcionales, que impidan la celebración en el lugar y fecha previstos, el Consejo Directivo podrá variar éstos.

Artículo 27.—El Congreso se reunirá en sesiones extraordinarias cuando lo estime conveniente el Consejo Directivo o lo soliciten por lo menos las dos terceras partes de los miembros titulares.

Artículo 28.—Para la preparación y organización de los Congresos, el Consejo Directivo designará una Comisión Organizadora presidida por un miembro del Instituto, para todo cuanto afecte a la relación con el gobierno, autoridades y entidades del país, sede del correspondiente Congreso, instalación de sus servicios, determinación de invitados, preparación de solemnidades y actos sociales y publicación, de acuerdo con el Secretario General, de las actas de las sesiones del Congreso, juntamente con los trabajos preparatorios y la documentación anexa.

El Consejo Directivo, con la debida anticipación, seleccionará las materias y nombrará los ponentes y comisiones de estudio necesarios para el éxito de los Congresos del Instituto. En todo caso, las ponencias deberán ser conocidas por los participantes del futuro Congreso, con tres meses de anticipación por lo menos, a la celebración del mismo.

Artículo 29.—En las sesiones de cada Congreso podrán participar en calidad de observadores con voz, pero sin voto, los representantes de organismos internacionales y los juristas que hayan sido invitados al efecto.

Artículo 30.—El Consejo Directivo podrá organizar mesas redondas, seminarios, conferencias y otras actividades.

Artículo 31.—Los idiomas del Instituto serán el español, francés, inglés y portugués. Las publicaciones y documentos de trabajo se harán en español e inglés, sin perjuicio de que puedan ser reproducidos en los otros idiomas oficiales, de acuerdo con las disponibilidades financieras.

De las Votaciones

Artículo 32.—Todos los miembros tienen derecho a voto. Sin embargo, para la elección de nuevos miembros, fijación de cuotas, reforma o interpretación de los Estatutos y Reglamentos del Congreso y otros asuntos en los que así se estableciere en estos Estatutos, sólo tienen derecho a voto los miembros titulares. Salvo lo dispuesto en el Artículo 19 no se permitirá el voto por correspondencia ni la representación de miembros individuales. Ninguna persona podrá representar a más de un miembro colectivo o especial.

Las resoluciones se adoptarán por mayoría de votos. Cuando la votación se efectúe nominalmente, se hará constar en el acta correspondiente los nombres de quienes voten a favor o en contra, y de los que se abstengan.

Artículo 33.—Únicamente las resoluciones adoptadas en los Congresos son expresión del criterio científico del Instituto.

Artículo 34.—Las elecciones de miembros del Instituto siempre se verificarán en Congreso ordinario, por votación secreta. Para ser elegidos, los candidatos deberán obtener la mayoría absoluta del total de votos válidamente emitidos.

El Consejo Directivo formará la lista de candidatos, la cual incluirá las candidaturas propuestas por los miembros titulares.

Artículo 35.—Los miembros del Consejo Directivo serán elegidos siempre por votación secreta, y serán proclamados quienes obtengan la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. Si efectuada la votación, no se obtuviere para alguno la mayoría requerida, se procederá a nueva votación, limitándola a las dos personas que hayan obtenido la más alta cifra de votos.

Del Patrimonio

Artículo 36.—El patrimonio del Instituto estará constituido por sus bienes, los beneficios que obtenga por sus servicios y publicaciones y por las cuotas de sus miembros.

De la Reforma de los Estatutos

Artículo 37.—Los presentes Estatutos podrán ser modificados por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros titulares presentes en el Congreso, que representen por lo menos el cincuenta por ciento del total de los mismos.

De la Disolución

Artículo 38.—El Instituto se disolverá por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros titulares. El Congreso en que ello se disponga fijará las bases de la liquidación y determinarán el destino del patrimonio, el que deberá consagrarse a fines culturales, y en ningún caso a fines políticos.

Artículo Transitorio

El Consejo Directivo aprobará un Reglamento Provisional, por el cual se regirá el primer Congreso que se reúna.

* * *

RESOLUCION II^{1/}

ENSEÑANZA E INVESTIGACION DEL DERECHO INTERNACIONAL

La Reunión Inaugural del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales,

CONSIDERANDO:

1. Que la Mesa Redonda de Profesores de Derecho Internacional del Hemisferio Occidental, en su reunión de San José de Costa Rica, en 1963, adoptó varias recomendaciones de extraordinaria importancia para el perfeccionamiento y desarrollo futuro del derecho internacional;

2. Que constituye un deber de los profesores universitarios que se dedican al derecho internacional contribuir en forma constante al desarrollo, perfeccionamiento y universalización en esta ciencia, cuya contribución al mantenimiento de la paz mundial es evidente;

3. Que para dar realce a la contribución del Continente americano al pensamiento jurídico internacional, es conveniente que se intensifique entre los profesores de derecho internacional el intercambio personal y directo.

4. Que es indispensable, a fin de lograr que el derecho internacional contribuya, en lo posible, a la integración de la comunidad de naciones, que se lleve a cabo en el Continente americano un considerable esfuerzo de estímulo para la formación de profesores y especialistas en derecho internacional y hacer posible la exclusiva dedicación de los mismos a la investigación y a la enseñanza;

5. Que es indispensable, dentro de la evolución que se advierte en las ciencias internacionales, que el derecho

internacional conserve sus características de universalidad y objetividad y contribuya, en paz y justicia, a la armonía entre los Estados, y

6. Que es función de los jusinternacionalistas preocuparse por las consecuencias jurídicas de los problemas internacionales actuales, incluso de aquellas que origina el desarrollo económico y social, y difundir la necesidad de aplicar el derecho a dichos problemas, esforzándose porque los gobiernos americanos usen al máximo el asesoramiento de expertos jurídicos en su solución.

RESUELVE:

1. Reiterar las declaraciones y recomendaciones aprobadas en la Resolución I de la Mesa Redonda de Profesores de Derecho Internacional del Hemisferio Occidental^{1/}, que constituyen una síntesis de los propósitos que guían a los jusinternacionalistas en su afán de perfección profesional.

2. Autorizar al Presidente del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales para que nombre una comisión, compuesta por no más de cinco miembros, que se encargue de presentar, antes del 31 de octubre de 1964, un esquema del contenido de un curso básico de derecho internacional público, que tenga en cuenta su problemática actual.

Igualmente, y con el mismo objeto, deberá nombrar otra comisión, compuesta de igual número de miembros, a fin de que elabore y presente, antes del próximo Congreso, un esquema del contenido de un curso básico de derecho internacional privado.

3. Pedir al Secretario General del Instituto que estudie el modo por el cual sus miembros puedan adquirir, a

1/ Presentada por la Comisión II y aprobada en la Tercera Sesión Plenaria celebrada el 23 de marzo de 1964.

1/ Se adjunta a la presente Resolución.

los precios más favorables, aquellos materiales que sean necesarios para mejorar la enseñanza del derecho internacional, dando preferencia a lo requerido para el desarrollo del esquema básico ya enunciado.

4. Dar la adecuada publicidad a dicho esquema entre los estudiosos americanos del derecho internacional, a fin de que, previa aprobación del Congreso, con los cambios que aconsejen las necesidades propias de cada país, se tome como fundamento de la enseñanza del derecho internacional en el continente durante los próximos años.

5. Pedir, asimismo, al Secretario General que prepare una bibliografía que permita a los miembros del Instituto estar en contacto con los más recientes desarrollos del derecho internacional en el Continente americano y en otras regiones.

6. Establecer un programa de formación y adiestramiento de profesores de derecho internacional, que se extenderá inicialmente a un período de cinco años, y que consistirá en ofrecerles a profesores jóvenes, americanos o no, la posibilidad de ampliar sus conocimientos y concepciones acerca del derecho internacional o materias afines, en especial, en lo referente a su actual desarrollo en América.

7. Continuar y promover la edición, en español, de textos documentales que ya iniciara la Secretaría General, en especial: a) una publicación sobre el Sistema Interamericano, que contenga, anotados, sus instrumentos básicos; b) una colección de sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte de Justicia Centroamericana; c) una compilación de las sentencias y decisiones de tribunales internacionales mixtos referentes a América; d) textos básicos, anotados, de las organizaciones regionales no americanas; e) preparar y publicar casos y otros materiales prácticos para la enseñanza del derecho inter-

nacional; f) la publicación de obras y monografías de gran importancia científica; y g) promover la publicación, en inglés, de obras y monografías de autores latinoamericanos.

8. Realizar, en universidades u otros centros de estudio, seminarios o cursillos monográficos sobre cuestiones o materias de actualidad, colaborando con las instituciones locales y coadyuvando en lo posible con ayuda financiera que permita la contratación de técnicos extranjeros y la máxima asistencia de estudiantes de otros países.

9. Continuar el programa de reuniones periódicas de pequeños grupos de miembros del Instituto para discutir temas internacionales específicos, formulando, en su caso, conclusiones.

10. Enviar al Secretario General de las Naciones Unidas, para ser transmitido al Comité Especial creado por Resolución de la Asamblea General, propuestas y sugerencias referentes a la asistencia técnica para fomentar la enseñanza, el estudio, la difusión y una comprensión más amplia del Derecho Internacional. A tal efecto, el Presidente del Consejo Directivo formará un Grupo de Estudio, cuyas conclusiones serán enviadas a las Naciones Unidas con anterioridad al 15 de mayo de 1964.

11. Promover o facilitar, mediante ayuda financiera o de otra clase, aquellos proyectos de investigación de especialistas e instituciones que contribuyan al esclarecimiento de problemas importantes para el desarrollo del derecho internacional.

12. Facultar al Secretario General para que haga las gestiones necesarias ante organismos internacionales, fundaciones y otras entidades, con miras a obtener el apoyo financiero que permita llevar adelante los programas antes mencionados.



Esta revista es semestral
y publicará únicamente
trabajos inéditos, sin límite de
extensión, a exclusivo juicio de la
Dirección.

Su espacio queda abierto
a cualquier abogado litigante, juez
o profesor de Derecho,
nacional o extranjero.

Toda colaboración o correspondencia
deberá dirigirse a:
Dirección de Revista de Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

Se acepta CANJE.

Se pide el envío de dos números
de cada publicación canjeable a la
Dirección de esta Revista.