DIRECTOR:

Lic. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

Pág.

ESCRITOS ORIGINALES

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

LOS INCIDENTES (*)

(Primera parte)

PROF LIC. MIGUEL BLANCO QUIROS
Titular de Derecho Procesal Civil

Tal vez ninguna de las figuras procesales que aparecen ladas en los códigos de la materia sugiere con su nombre la verdadera función que desempeñan en el rrollo del Proceso, como los Incidentes. Bien se estime zada la palabra incidente del Latin incidere (acontecer, ender, interrumpir) o del verbo cadere y de la preposi- in, —incidere (cortar)— los incidentes surgen en el cam- procesal como una alteración en el desenvolvimiento nor- del litigio. Y si fueron establecidos para desembarazar procedimiento según lo explica Manresa, el uso abusivo ida ellos se ha hecho en todos los tiempos como un me- para retrasar la marcha de los negocios judiciales, ha vocado una corriente que persigue, si no eliminarlos del o, por lo menos restringirlos al mínimo.

La Enciclopedia Española de Derecho y Administración, la palabra "artículo" usada como sinónimo de incidente signa que "Si se quiere que una cuestión judicial no ten- n, no hay más que multiplicar los artículos. No condu- á a nada útil, pero servirán para ganar tiempo; para que- ntar las fuerzas y aniquilar los recursos del contrario; ra desautorizar a los Tribunales; para desacreditar la Ins- ución más santa, que es la de la Administración de la Jus- cia, y la noble y elevada de la Abogacía.

El Doctor Santiago Sentís Melendo, de grato recuerdo n Costa Rica, ha dicho que la palabra incidente es la más

(*) La segunda parte de este estudio aparecerá en nuestro próximo número.

terrible, no a Derecho Procesal, sino del procedimiento, considerándolo como un mal que daña no solo el desarrollo de los litigios, sino la administración de la justicia.

No obstante lo anterior no parece posible que el Derecho Procesal se olvide de los incidentes expulsándolos de sus códigos, porque, a más de constituir instituciones necesarias en el ámbito del proceso, los perjuicios que de ellos se derivan pueden eliminarse en tanto los jueces apliquen correctamente las leyes, y los litigantes procedan con dignidad y buena fe.

Nuestro Derecho Procesal no ha sido ajeno a esos problemas que fueron abordados en la Legislación que en el año 1937 se dio para reformar el Código de Procedimientos Civiles en vigencia. En efecto, el Licenciado Antonio Picado Guerrero, integrante de la Comisión de Magistrados que intervino en la preparación de los proyectos respectivos, en sus explicaciones a esas reformas nos dice lo siguiente:

> "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 de un proceso. Ello es cierto y podría asegurarse que lo mismo ocurre en todos los países en que los Tribunales de Justicia operan normalmente. 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 de 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 la decisión de las cuestiones 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".

Descontado pues que la existencia de los incidentes responde a una realidad que no se debe desconocer, es ne-

cesario entonces realizar un examen de su naturaleza como figuras procesales.

De acuerdo con la definición aceptada, por Incidente se entiende "toda cuestión distinta de la principal que se suscita durante la tramitación de un juicio, y que requiera necesariamente una resolución previa o especial, debiendo tener al mismo tiempo una inmediata relación con el objeto del pleito o con la validez del procedimiento."

Dentro de este concepto se catalogan una serie de situaciones que pueden interrumpir o alterar el curso del proceso, entre los cuales caben no sólo aquellas que consideramos incidentes propiamente dichos, sino también las excepciones llamadas dilatorias o formales.

La mayoría de los Códigos Procesales, el nuestro entre ellos, han señalado tratamientos específicos para el desarrollo y la resolución de las cuestiones incidentales, lo que ha dado lugar a diversas clasificaciones de las mismas.

El tratadista español Jaime Guasp, en su Derecho Procesal Civil —Madrid, 1961— las califica, atendiendo al régimen específico ideado para cada una de ellas, en superincidentes, que se regulan en forma aislada; en procesos incidentales y en meras incidencias.

La doctrina colombiana, expuesta por el Profesor Hernando Morales —Curso de Derecho Procesal Civil, Bogotá 1960— clasifica los incidentes en preliminares, que sólo pueden deducirse antes de la contestación a la demanda; simultáneos, que se desarrollan al propio tiempo que la cuestión de fondo, y posteriormente a ésta, según que surjan después de la sentencia definitiva o en el proceso de ejecución de la misma.

Pero la distinción más importante es la que se hace atendiendo a la tramitación especial que tengan asignados en el proceso, y a los efectos que producen en el desarrollo del mismo, siendo calificados así en incidentes de calidad ordinaria: propios o de previo y especial pronunciamiento, y en incidentes comunes.

Por incidentes de calidad especial se entiende aquél que tiene un tratamiento especialmente marcado en los Códigos, y el nuestro alude al mismo cuando el artículo 383 manda a tramitar de acuerdo con las disposiciones de su título IV "las cuestiones incidentales... cuya tramitación no está especialmente marcada..."

Los propios son aquellos que cortan o detienen la marcha del proceso en condiciones tales que lo paralizan hasta tanto esta clase de articulaciones no sean resueltas apropiadamente. Son los llamados de previo y especial pronunciamiento, porque sin su previa resolución es absolutamente imposible, de hecho o de derecho continuar la tramitación del juicio principal.

Finalmente encontramos los llamados incidentes comunes cuya sustanciación se lleva a cabo en legajo separado del juicio principal y no interrumpen la prosecución del mismo.

Tal clasificación ha sido recogida por nuestra jurisprudencia, según se puede ver en la sentencia número uno dictada por nuestra Sala de Casación a las 9 horas y 45 minutos del 9 de enero de 1961 que copiamos en lo que aquí interesa:

> "No sobra agregar, por vía de jurisprudencia, que la forma de invocar y acreditar los hechos a que se refiere el artículo 84 del Código Civil en su párrafo final, no puede ser otra que el incidente de hechos nuevos que reglamentan los números 239, 240 y 241 del Código de Procedimientos Civiles; es incidente, porque por tal se entiende toda cuestión distinta de la principal que se suscita durante el trámite del proceso; lo es de calidad especial, porque su trámite se regula por las tres indicadas disposiciones y no por las ordinarias para los incidentes; y es común porque no interrumpe el curso del juicio y se tramita en pieza separada a diferencia de los propios que sí interrumpen ese curso, y cuyo trámite se hace en los mismos autos principales."

Dentro de la anterior clasificación, y dada la limitación de este trabajo, nos interesa esbozar algunos comen-

tarios sobre los incidentes propios, y dentro de éstos, los que se refieren a la nulidad de actuaciones y resoluciones.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles —artículo 385— declara que "los incidentes sin cuya previa resolución sea absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar tramitando el negocio principal, se sustanciarán en la misma pieza de los autos, y quedará en suspenso entretanto el curso de la demanda principal".

La interpretación de esta clase de articulaciones, produce la suspensión necesaria u obligada del procedimiento, la cual puede obedecer a razones físicas o jurídicas. Si no es difícil entender con claridad lo que significa en este caso una imposibilidad de derecho que hace detener la marcha del litigio, no se puede decir lo mismo en punto a la de hecho. Manresa explica que aquélla se encontrará determinada en las leyes, y que para apreciar la existencia de ésta "basta el sentido común aplicado con recto e imparcial criterio", lo que, en el concepto del Magistrado español De La Plaza, es lo mismo que no decir nada.

Precisa entonces determinar cuando la marcha del proceso se puede detener por razones de orden físico o de hecho, debiendo decirse que en primer lugar tal situación puede ocurrir cuando el acaecimiento de ciertos hechos que constituyen un estado de fuerza mayor haga difícil o imposible el ejercicio de la actividad del juzgador, aunque esos hechos sean extraños al proceso. Algunos tratadistas citan como ejemplo la suspensión del curso de las actuaciones judiciales decretada por mandamiento del Poder Público a consecuencia de un estado revolucionario. Y en segundo lugar, como lo enseña el mismo De La Flor, cuando "la incompatibilidad entre dos relaciones puede engendrar un estado de hecho, dentro del mismo proceso, sin cuyo previo esclarecimiento no sea dado resolver la cuestión principal, enseñando que así ocurriría cuando, demandada una persona para satisfacer una renta o entregar una cosa, opusiera su carácter de propietario o de arrendataria, y pretendiera, formulando un incidente, que esta condición

se definiera antes de pronunciar resolución sobre la solicitud del demandante.

Entre los incidentes propios, agrega nuestro Código, se encuentran los que se refieren a la nulidad de actuaciones o de resoluciones, y es precisamente la redacción de este párrafo, la que entendida en forma aislada ha llevado a no pocos litigantes a confundir los medios con arreglo a los cuales deben ser combatidas las resoluciones y las actuaciones judiciales. En realidad, la nulidad de las primeras sólo puede reclamarse mediante el uso del recurso, y la de las segundas por medio de los incidentes.

> "No existe incidente específico de nulidad de resoluciones; lo procedente es el ejercicio de los recursos correspondientes, y la nulidad se alega para sostener la procedencia de los mismos". "La forma legal de combatir una resolución específica, es la de ejercitar los recursos que contra la misma brinda la ley, y el incidente de nulidad no es tal recurso". (Sentencias de las 15 horas y 40 minutos del 6 de enero de 1956; y de 9 horas y 45 minutos del 9 de enero de 1961, de las Salas Primera Civil y de Casación, respectivamente".

Ese criterio, mantenido en forma reiterada por nuestros Tribunales, ha venido a despejar cualquier duda a que pueda conducir el párrafo que estamos comentando, ya que lo contrario supondría otorgar al litigante un doble medio para pedir que se invalide una resolución judicial: el recurso primero, y el incidente después, lo cual resulta antijurídico.

Dado los efectos naturales de los incidentes propios, cabe observar, como cuestión final, que las disposiciones procesales que los gobiernan se orientan en el sano criterio de restringirlos para evitar el entorpecimiento innecesario del curso de los autos, aunque correlativamente se toman providencias para salvaguardar la validez del procedimiento, debiendo advertirse que del uso apropiado que se haga de esos incidentes depende en gran parte la celeridad de los trámites lo que significa economía para las partes y prestigio para los tribunales y los litigantes.

Concepto del Derecho Mercantil

FRANCISCO MORELLI C.
Titular de Derecho Mercantil I

No existe nada más difícil en el campo del Derecho Mercantil que pretender dar un concepto orgánico del mismo. La razón fundamental de esta imposibilidad estriba precisamente en la falta de concordancia entre el derecho mercantil y el derecho de comercio. Una definición que considerara al derecho mercantil como la parte del derecho privado encargado de regular las relaciones que se derivan del comercio, como lo hacen todas las definiciones clásicas, pecaría de un doble defecto que la harían inadecuada. Primero: la definición resultaría sumamente amplia toda vez que existen muchos aspectos del comercio que no se encuentran justamente regulados por el derecho comercial sino por otras disciplinas jurídicas, como el penal, fiscal, administrativo, internacional, etc. Segundo: la definición formulada, a pesar de que parezca paradójico, resultaría a la vez muy reducida. El derecho comercial no solamente regula las relaciones que se derivan del comercio, entendido éste como la actividad de mediación en el cambio, o sea la interposición entre el productor y consumidor con ánimo de lucro, sino otros aspectos que nada tienen que ver con el comercio en sentido económico (empresas industriales, títulos-valores emitidos como consecuencia de un negocio civil, sociedades formalmente mercantiles que tienen por objeto la realización de actos civiles etc.)

Esta imposibilidad, definitivamente insalvable, de definir el derecho comercial con base en el concepto de comercio, ha llevado al ánimo de algunos la idea de pro-

clamar la disolución del derecho mercantil. La falta de un concepto unitario del derecho comercial tiene necesariamente que desembocar en su disolución.

En un afán lógico de evitar esta disolución, que como se dijo no tiene otra razón que la falta de concordancia entre derecho mercantil y derecho de comercio, algunos autores, inclusive los más autorizados, han recurrido a definiciones descriptivas o simplemente formales, basadas todos ellas en datos obtenidos de la legislación positiva.

Carlos C. Malagarriga estima en este orden de ideas que "El derecho comercial es la rama de la ciencia jurídica que se ocupa, bajo determinados aspectos, de ciertas actividades que se ha considerado, por razones diversas, que no tienen que ser materia del derecho civil o común" (Derecho Comercial, tomo I, página 1).

Otros autores, al definir los actos de comercio, como el contenido del derecho comercial, siguen el mismo criterio del autor anterior. César Vivante considera al "Acto de comercio como todo acto atinente a la material comercial. Material Comercial es el conjunto de hechos o estados jurídicos que por razones de interés general, se hallan sometidos a las leyes mercantiles".

Lyon Caen y Renault siguen el mismo criterio al afirmar que los actos de comercio son "actos sustraídos al derecho común para ser sometidos, por razones de utilidad práctica, a las disposiciones del derecho mercantil".

Para desvirtuar la afirmación que pone en peligro la existencia misma del derecho mercantil, de que no todo el derecho del comercio es derecho mercantil, ni todo el derecho mercantil es un derecho para el comercio, algunos mercantilistas han buscado un concepto del derecho comercial basado en el comercio, pero no concebido éste desde un punto de vista económico, sino desde un punto de vista jurídico. Conforme a esta idea, el comercio desde un punto de vista jurídico estará constituído por aquel conjunto de relaciones, de muy diverso tipo, que el legislador estima como mercantiles por razones de interés gene-

ral. Entendido así el comercio, el derecho mercantil sí podría definirse como la parte del derecho privado que regula las relaciones que se derivan del comercio. Sin embargo, este concepto del comercio, fabricado ad hoc, ha merecido con justa razón, la crítica severa de algunos autores.

Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, página 12, afirma con mucho acierto:

> "Mas ésta (concepto jurídico del comercio) es una solución artificiosa, porque si es cierto que se ha ampliado la esfera de aplicación del Derecho mercantil más allá de lo que constituye el comercio en sentido económico, la consecuencia ineludible será que el Derecho mercantil no depende del concepto del comercio. Dicho de otro modo: lo que en cada caso constituye el Derecho mercantil no se determina por lo que sea el comercio, sino tan sólo por la calificación, movida, como veremos, por criterios heterogéneos, imposibles de reconducir a una directriz única. Llamar al resultado de esta calificación legal comercio en sentido jurídico es tanto como querer salvar el abismo entre comercio y Derecho Mercantil moderno con una simple sustitución de palabras. La radical inadaptación del Derecho mercantil al concepto estricto del comercio podría expresarse diciendo que el Derecho mercantil es un concepto más restringido que el del derecho de la materia de comercio y más amplio que el de Derecho de la pura actividad comercial. En conclusión, parece necesario abandonar el concepto de comercio porque hoy no se puede fundar sobre él una determinación exacta del contenido del Derecho mercantil.

El mismo Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, tomo I, página 7, abunda en las mismas razones del Profesor Garrigues al afirmar.

> "Con todo esto hemos visto que sólo se llega a una actitud pesimista y meramente negativa, que no conduce a nada; pero si la ciencia significa algo, será el permitir una reducción unitaria de lo que aparentemente puede parecer dispersa o inconexo para el profano. Renunciar a la obtención del concepto esencial del derecho mercantil sería tanto como reconocer la falta de fundamento científico de su construcción".

Por todas las razones anteriormente expuestas, y en un afán de impedir el vaticinio de Nassbaun, o sea la disolución del concepto de Derecho mercantil, se han formulado diferentes conceptos unitarios o esenciales del Derecho Mercantil que analizaremos brevemente:

I.—EL DERECHO MERCANTIL COMO EL DERECHO DE LOS COMERCIANTES.

Si bien es cierto el Derecho mercantil regula la profesión de los comerciantes, también es verdad que no es posible acotar la material mercantil con una definición de esta naturaleza. El Derecho mercantil jamás ha regulado todos los actos de la vida privada de los comerciantes, ni aun en la época en que este derecho se presentaba como un derecho clasista, es decir, propio de una clase de individuos: los comerciantes. El Derecho mercantil reguló y regula la actividad de los comerciantes únicamente cuando éstos realizan actos considerados como comerciales.

Este sistema, entendido en su verdadero sentido, fue seguido desde su nacimiento por el Derecho Mercantil, y sin duda representó una de las épocas más brillantes del Derecho comercial. El sistema, usualmente denominado subjetivo, desapareció por desgracia con la promulgación del Código de Comercio Francés de 1808, que convierte al sistema mercantil en objetivo, vale decir, en el sistema de los actos de comercio, así calificados por el Código. Por consiguiente son los actos los que determinan la aplicación de la ley comercio, y no la condición de comerciante.

Ha tenido históricamente tanta importancia este sistema, y tal ha sido su influencia, que en la actualidad se nota una tendencia cada vez más acentuada del Derecho mercantil de volver a su sistema original, el subjetivo, ya sea a base del comerciante propiamente dicho como ocurre con la legislación alemana, o a base de la empresa organizada como acontece con el código italiano.

II.—EL DERECHO MERCANTIL COMO EL DERECHO DE LOS ACTOS DE COMERCIO.

A raíz de la promulgación del Código de Comercio Francés de 1808, el sistema subjetivo de la Edad Media fue sustituído por el sistema objetivo de los actos de comercio. La Revolución Francesa, en ese propósito de evitar derechos clasistas, como el mercantil, transformó un sistema útil y necesario que configuraba el derecho mercantil de la época, por otro que aún trasciende a nuestros días y que ha sido el origen de enormes dificultades de orden científico.

Este sistema auténticamente francés fue llevado por los propios ejércitos de Napoleón a casi todas las partes del mundo, y hoy día constituye el sistema común de casi todas las naciones.

Existen ciertos actos que tienen la condición exclusiva de mercantiles. Solamente en el Código de Comercio se encuentran regulados. Para su calificación únicamente se ha tomado en cuenta un interés general, como ocurre con las operaciones bancarias, letra de cambio, pagaré, contratos marítimos, depósito en almacenes generales de depósito, correduría de aduana, prenda, etc.

Estos actos anteriormente citados son siempre mercantiles. En cambio hay otros que están regulados por partida doble por el Código Civil y por el Código de Comercio, como sucede con la compra-venta, permuta, depósito, préstamo, fianza, transporte, etc. Corresponde entonces a esta última legislación, por ser de excepción, el señalar en qué casos un determinado acto jurídico, de estos regulados por partida doble, tienen la condición de mercantil. Para ello se atiende fundamentalmente a tres elementos como expone Joaquín Garrigues (Prólogo a la obra de Alfredo Rocco, Principios de Derecho Mercantil, página XVI del prólogo): Subjetivo (participación de un comerciante en el contrato) y real (naturaleza de la cosa objeto del contrato) objetivo propiamente dicho (naturaleza del acto en sí mismo o de las operaciones que procede o a las que se des

tinal y formal (requisitos relativos a la celebración del contrato y a su publicidad).

En algunas ocasiones el legislador atiende a uno o a varios de estos elementos para calificar de mercantil el acto de que se trata. Pero en lo que definitivamente no se ha seguido un criterio científico es en el procedimiento seguido por el legislador para calificar de comercial un determinado acto. Cuál es la razón para que en algunos actos sea indispensable la concurrencia de un comerciante y en otros no? Por qué motivo es de rigor el elemento objetivo en ciertos actos jurídicos solamente, y en cambio en otros no es necesario. Estas preguntas son imposibles de contestar. El sistema francés de los actos de comercio es el culpable de esta anarquía. Ello ha dado como resultado la imposibilidad de definir orgánicamente los actos de comercio y por ende el derecho mercantil, ya en nuestros días no es posible definir esos actos de comercio como actos de mediación en el cambio con ánimo de lucro.

III.—EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO QUE REGULA LOS ACTOS JURIDICOS REALIZADOS EN MASA.

Toda actividad mercantil supone necesariamente la realización masiva de actos jurídicos. Dentro del comercio es intrascendente la realización de actos jurídicos aislados, cuya regulación debe estar a cargo del Derecho Civil. Históricamente el Derecho mercantil se originó para satisfacer las exigencias del tráfico masivo. No obstante, el sistema objetivo establecido por primera vez por el Código Francés de 1808, regula también, como ocurre en casi todos los Códigos de Comercio vigentes hoy día, los actos aislados, siempre que se den los presupuestos necesarios que el mismo Código indica para calificarlos de mercantiles.

No es lógico por consiguiente que un acto jurídico aislado, por ejemplo el depósito, tenga una doble regulación en el Código Civil y en el Comercial. Como muy bien

dice Garrigues "El acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece, es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho Civil".

Consecuentes con estas ideas ha nacido una nueva concepción del Derecho Mercantil en el sentido de considerar esta disciplina jurídica como aquella encargada de regular el tráfico masivo, reiterado, de los actos jurídicos. Para la calificación del Derecho Mercantil ya no se toma en consideración la finalidad u objetivo del acto realizado, sino únicamente su repetición masiva, en serie. Todo acto aislado, aun cuando se realice con ánimo de lucro o como consecuencia de una operación comercial, estaría regulado por el Derecho Civil.

Como consecuencia de esta nueva concepción del Derecho mercantil se señalan como características del mismo, entre otras, las siguientes:

a) Reducción hasta donde ello sea posible de formalidades a cumplirse, bajo el imperio de los contratos impuestos o de adhesión, y un predominio lógico de los usos y costumbres mercantiles.

b) Firme protección a la buena fe y a la seguridad del tráfico.

c) Impersonalización de las relaciones jurídicas (obligaciones en blanco, títulos al portador etc.)

IV.—EL DERECHO MERCANTIL COMO EL DERECHO DE LAS EMPRESAS ORGANIZADAS.

Esta concepción, que ya sido adoptada por algunas legislaciones, en especial la italiana, tiene una íntima relación con el concepto anterior del tráfico en masa. La realización de actos masivos, reiterados, necesita lógicamente de una adecuada organización que se denomina empresa. El derecho mercantil regulará entonces las empresas organizadas. Deja de ser el Derecho comercial un derecho para los actos, para encargarse de la regulación de la empresa que los realize.

Este concepto, que es el que se va imponiendo paulatinamente en casi todas las legislaciones, obedece a una realidad que no puede ignorarse. La actividad del pequeño comerciante dirigida a interponerse entre el productor y consumidor con ánimo de lucro, va poco a poco desapareciendo, y en su lugar van surgiendo las enormes empresas económicas encargadas de realizar grandes obras.

Con este nuevo criterio el derecho mercantil vuelve a su antigua posición medioeval, vale decir, el de un derecho clasista, subjetivo. Ya no a base del comerciante sino con fundamento en la empresa económica.

Algunos otros autores, entre ellos don Joaquín Rodríguez Rodríguez, unifican las dos posiciones anteriormente expuestas y consideran al Derecho Mercantil como un derecho que regula el tráfico en masa realizado por empresas organizadas. En concreto él unifica las dos definiciones que se han descrito. Como él afirma "Lo que quiere decir que no todos los actos en masa, sino los realizados por empresas, son los que regula el derecho mercantil, y no todas las empresas ni todas las actividades de éstas constituyen la materia propia del derecho mercantil, sino que ésta se refiere a aquellas empresas que realizan actos en masa y sólo lo que concierne a éstos" (J. Rodríguez, tomo 1, página 13, Derecho Mercantil.

Algunas de las más importantes consecuencias de orden legislativo que se derivan de este nuevo concepto del derecho mercantil, pueden resumirse en las siguientes:

a) El Derecho Mercantil deja de ser un derecho de los actos para convertirse en un derecho de la organización.

b) Es comerciante el titular de una empresa organizada, ya sea individual o social.

c) La regulación de los actos aislados debe ser abandonada definitivamente al Derecho Civil.

d) Las sociedades que adopten una forma mercantil deben considerarse comerciales, independientemente de

su finalidad, porque su organización significa la existencia de una empresa.

Se ha criticado este nuevo concepto del derecho mercantil por parte de algunos autores. Dentro de las críticas que se le han formulado las más destacadas son las siguientes:

CRÍTICAS:

a) Un Derecho Mercantil sólo para las empresas sería unilateral y por consiguiente dañoso para los comerciantes modestos cuya organización no ha adquirido el carácter de empresa.

b) Todavía no se ha podido dar una definición jurídica del término empresa. Su significado únicamente ha podido ser definido por la economía.

c) Es una equivocación (no muy generalizada por cierto) el considerar a la empresa organizada como sujeto de derecho, cuando en realidad se trata de un objeto de relaciones jurídicas.

d) No sería posible aplicar esta definición del derecho mercantil a actividades tradicionalmente consideradas como comerciales, como a los títulos valores y al derecho cambiario.

e) Este nuevo concepto hace volver al derecho mercantil a sus antiguos cauces profesionales o subjetivos.

Naturalmente que muchas de estas críticas son fáciles de objetar y desvanecer, sin embargo esta no es la oportunidad para ello, ya que de lo que se trata es dar un concepto del Derecho Mercantil.

Con base en las ideas anteriormente expuestas formularemos un concepto del Derecho Mercantil costarricense, a fin de ubicar nuestro derecho en algunas de las definiciones anteriores. Para ello se usará el nuevo Código de Comercio y sobre él realizaremos una labor crítica.

CONCEPTO DEL DERECHO COMERCIAL COSTARRICENSE

El Derecho Mercantil costarricense es la parte del derecho privado que regula los actos de comercio, la profesión de comerciante, y en algunos aspectos la empresa organizada.

Efectivamente, nuestro nuevo Código de Comercio sigue la tendencia de regular lo que ha sido tradicional en casi todos los códigos del mundo, los actos de comercio. Con relación a esto, nuestro nuevo código no ha establecido ninguna innovación. El artículo 1º del Código del Comercio, que sigue el sistema español de la definición con algunos defectos, estima que "Las disposiciones contenidas en el presente Código rigen los actos y contratos en él determinados, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecutan". Desgraciadamente no autoriza la posibilidad de una interpretación analógica, como sí lo hace el Código de Comercio español, en cuyas disposiciones parece inspirarse.

De esa manera regula el contrato de compra-venta, permuta, compra-venta de establecimientos mercantiles e industriales, cesión de crédito, préstamo, fianza, depósito, prenda, contratos cambiarios y marítimos etc., y el mismo código señala los elementos necesarios para considerar a estos actos como mercantiles, atendiendo a sus elementos objetivo, subjetivo, real o formal.

En segundo lugar, además de los actos de comercio, el Código de Comercio de Costa Rica, regula la profesión de comerciante. El artículo 5º señala dos grupos de comerciantes: a) Comerciante individual: constituídos tanto por las personas físicas que teniendo capacidad jurídica ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual, como por las empresas individuales de responsabilidad limitada. b) Comerciantes sociales: que son las sociedades que constituyen de acuerdo con el Código de Comercio, independientemente de su finalidad. Basta que

se organice una sociedad anónima, en comandita, colectiva o de responsabilidad limitada, para que ésta tenga la condición de mercantil, no obstante realizar actos civiles (Inciso 3 del artículo 5). Así también son comerciantes sociales las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas que ejerzan actos de comercio en el país.

El Código se encarga de regular todo lo relativo a los comerciantes individuales y sociales, en especial el de señalar cuáles son sus principales obligaciones y cuáles sus agentes auxiliares.

Por último, el nuevo Código de Comercio ha establecido el concepto de la empresa organizada para algunos de sus actos, tal como ocurre con el contrato de edición. El artículo 580 del Código establece que el contrato de edición será mercantil cuando el editor sea una empresa dedicada a la actividad descrita.

I Parte

NOTAS SOBRE NUESTRO PROCESO(*) EJECUTIVO COMUN

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

PREFACIO.

Este trabajo se ha ido formando con apuntes y observaciones que hemos recogido a través de los tres últimos años, a propósito del examen práctico que acerca del proceso ejecutivo común nos ha impuesto el ejercicio de diversos cargos judiciales. Eso, sobre todo, en cuanto al núcleo del trabajo. Las partes relativas a historia y a la doctrina y legislación extranjeras vinieron después, cuando nos habíamos impuesto la tarea de examinar nuestra legislación y la doctrina y jurisprudencia que a su alrededor se ha formado. Hemos preferido dar a este escrito el nombre de "notas" a fin de despojarlo de antemano de cualquier pretensión sistemática que no está en nuestra mano, por sobradas razones, cumplir satisfactoriamente. Empero, lo hemos dividido en tres partes, para impartirle el mínimo de orden que todo trabajo necesita. Dichas partes podrían denominarse: I, Historia; II, Legislación y doctrina extranjeras modernas; y III, Nuestro proceso ejecutivo común en la actualidad. La historia será circunscrita a la legislación de Carrillo, con referencia a sus posibles fuentes extranjeras, ya que el derecho indígena precolombino no tuvo en Costa Rica ningún desarrollo (al menos, que sepamos, nunca se ha descubierto), y el de La Colonia no fue propiamente nuestro, sino general para todas las posesiones españolas en América. Compensando esa limitación, trataremos de examinar con cierto detenimiento la legislación de 1841.

(*) La parte segunda del presente estudio aparecerá en el próximo número.

'ambién tendrá que ser limitada la segunda parte a unos :uantos paises que hemos considerado representativos por diversas circunstancias, tratando de dar una idea escueta de las instituciones de cada uno, en lo que nos interesa. 'or último examinaremos críticamente nuestra legislación ac- ual, señalando hasta donde podamos sus aciertos y de- ficiencias.

. HISTORIA.

La idea de emprender una reseña histórica del proceso ejecutivo costarricense obedeció en principio a la necesi- dad de obtener una perspectiva para comprender la evo- ución de ese instituto entre nosotros. Sin embargo hemos aído paulatinamente en la cuenta de que nuestras leyes procesales no evolucionaron lógicamente hacia un perfec- ionamiento cada vez mayor, partiendo de las que en un nomento dado de nuestra vida institucional independiente e impusieron como el reflejo de las condiciones económi- as, políticas y sociales, hasta llegar al momento actual. Nos inclinamos a pensar que, por desgracia, ello no ocu- rió así. Al examinar, como lo haremos, la evolución del proceso legislativo a partir del Código de 1841, podremos egar a la conclusión de que no ha existido la necesaria nidad de criterio jurídico, o mejor aún, la necesaria conti- uidad ideológica en la materia entre los legisladores de as distintas épocas, que permitiera seguir una línea de pen- amiento armoniosa a través de las diversas cristalizacio- es legislativas. Al contrario, nuestra legislación ha tenido, n vez de una evolución gradual, varias revoluciones ca- astróficas, lo que permite echar de menos, entre una y otra romulgación, toda la serie de etapas intermedias, fallidas logradas, que la doctrina y la jurisprudencia perpetúan n sus cristalizaciones, y que acusan precisamente la exis- encia de ese criterio jurídico vivo y dinámico que es de tan- a importancia para la salud de las instituciones. No se 'ató, entonces, de una evolución, pues entre el pensamien- o del legislador de 1841 y el de 1887 no hay la suficiente

conexidad: ambos, según nuestra opinión, se decidieron por el procedimiento menos problemático de adoptar las leyes españolas de su época, impartiéndoles algunas modificaciones. Ello se justificaba, en buena medida, en tiempos de Carrillo, puesto que no existía en Costa Rica ningún antecedente doctrinal o legislativo propio; pero fue poco elegante y sí muy inconveniente que sucediera en tiempos de don Bernardo Soto, porque, en primer lugar, el modelo español de entonces, que por cierto no había tenido tiempo de funcionar en su país, fue concienzudamente mutilado entre nosotros, en tal forma que aún hoy, para conocer el sentido de algunas disposiciones, hay que ir a buscar al rompecabezas armado (ley de enjuiciamiento civil española) la pieza que falta; y en segundo lugar, porque de ese modo se truncó la (incipiente y empírica talvez, pero apreciable) doctrina que se formó alrededor del Código de Carrillo, a través de sus cuarenta y seis años de vigencia; de manera que a esas alturas (1887) tuvimos que "estrenar" legislación, con el agravante de que ésta no respondía a nuestras tradiciones, sino a las de otro país que, pese a nuestras grandes afinidades con él, no era en lo esencial semejante al nuestro.

Ahora bien, lo anterior no significa que entre ambos ordenamientos patrios no sean evidentes ciertos parecidos de estructura e incluso de detalle; pero admitiendo lo anterior, que salta a la vista de la confrontación de los textos, creemos que no constituye un mentís a nuestra afirmación de líneas arriba, sino que se explica fácilmente por haber acudido nuestros legisladores, cada vez, a las fuentes españolas que representaban (ellas sí) momentos de la evolución jurídico-institucional de ese Estado.

2. CODIGO GENERAL DE 1841.

Aunque al emprender este trabajo hemos carecido de noticias seguras acerca de las fuentes de la legislación de Carrillo, pues no conocemos ningún trabajo sobre el parti-

cular, creemos que no es atrevido afirmar, como ya lo hemos hecho, que la dicha codificación tuvo sus fuentes, al menos en lo que atañe a la parte procesal, en la legislación española vigente a principios del sigo XIX, contenida en la Novísima Recopilación (1805), que reunió las innumerables disposiciones aún vigentes que provenían de las Leyes de Partidas, Fuero Juzgo, Leyes de Toro, etc. No es difícil llegar a esa conclusión si se examina y compara las respectivos textos, y además, si se considera que ello tenía que haber ocurrido así en un país pequeño y aislado como era el nuestro en los primeros años de vida independiente, en el que no existía una cultura jurídica difundida o, por lo menos, en manos de una élite gobernante que la utilizara en construir un edificio legislativo original, o en copiar o adaptar lo mejor entre varios modelos (recuérdese que a la fecha dominaba en Europa la codificación francesa). Nuestro legislador, por circunstancias históricas y culturales e incluso por conveniencia, se vio casi fatalmente constreñido a adoptar la legislación española. No obstante, en el Código de Carrillo puede apreciarse algunas instituciones que parecen autóctonas, impuestas quizás por costumbres propias de nuestro medio, o que constituyen adaptaciones muy libres de aquellas fuentes, no todas afortunadas precisamente, como podremos ver. Entre ellas destacan las que poseen cierto acento draconiano, debidas quizás a la impronta que la personalidad del severo don Braulio estampó aquí, como en toda su obra de gobierno.

Para empezar nuestro comentario al Código debemos hacer notar que éste participa de la vieja tendencia a "definir" los distintos institutos de que trata. Pretendía ser, a la vez, ley y tratado; código y doctrina. Ese sistema, que ha sido siendo abandonado en obsequio a una más precisa delimitación entre la ciencia y la ley, o relegado a la parte dogmática de las constituciones políticas, ofrecía no obstante grandes ventajas en una época y en un medio en que la jurisprudencia apenas se iniciaba y la doctrina jurídica se desconocía casi totalmente. Seguramente que, en tal si-

definición conceptual

tuación, las definiciones del Código de Carrillo contribuyeron a suplir, en parte al menos, tales deficiencias. Hoy día, en cambio, lucen incompletas, erróneas y faltas de rigor científico, con su pretensión de perpetuar, mediante la sanción legislativa, las antiguas concepciones jurídicas de los españoles de la Reconquista, la Conquista y la Colonia.

3. EL PROCESO EJECUTIVO.

El desarrollo del proceso ejecutivo, que en el Código de 1841 forma el Título IV del Libro II, Parte Tercera (de los procedimientos), se lleva a cabo en siete capítulos intitulados: I, De los instrumentos que tienen fuerza ejecutiva; II, del modo de proceder en este juicio; III, del embargo y de la fianza de saneamiento; IV, de la prisión; V, de los pregones, de la tasación y del remate; VI, de la ampliación de la ejecución; y VII, del modo de proceder con terceros opositores en el juicio ejecutivo.

Encabeza dicho Título el artículo 421, que contiene, según antes lo anunciamos, la siguiente definición: "juicio ejecutivo es aquel en que un acreedor con título legal persigue a su deudor moroso, o en el que se pide el cumplimiento de un acto, por instrumentos que según ley tienen fuerza bastante para el efecto". La primera parte de la definición corresponde, salvados algunos conceptos ambiguos que contiene, al proceso ejecutivo común del Código actual, y la segunda parece referirse sobre todo a la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, sea cual fuera el instrumento en que consten (con tal que "según ley" posean la "fuerza bastante para el efecto"). Encontramos aquí la primera peculiaridad del Código, en la forma de un gran inconveniente: la vía ejecutiva no solo servía al igual para el título ejecutivo privado y para el judicial, el administrativo y el notarial, sino que por su medio se ejecutaba toda clase de obligaciones, incluso las de hacer y no hacer constantes en documentos distintos de la

sentencia judicial. Ese sistema tenía el defecto, como se comprende a poco que se piense en ello, de obviar de modo peligroso, sacrificándola a la brevedad, la sana y necesaria discusión que en la mayor parte de los casos merecen las situaciones jurídicas generadas en esa clase de negocios: buena es la expedición en los trámites judiciales, pero cuando las relaciones jurídicas sustantivas son de carácter complejo debe sacrificarse la excesiva rapidez procesal en obsequio a la justicia.

El hecho de ser el ordenamiento de Carrillo bastante expedito en lo procesal constituía en principio una ventaja, pero era funesto en lo relativo a la ejecución, si, como en efecto ocurría, otorgaba el carácter de título ejecutivo a documentos en que se hacía constar una gran variedad de convenciones, como veremos seguidamente.

4. TITULO EJECUTIVO.

Establecida la definición que hemos examinado, pasa el código a clasificar en tres categorías los instrumentos que tienen fuerza ejecutiva, (artículo 422), emprendiendo seguidamente una enumeración (no se sabe con certeza si es taxativa o ejemplificativa) de dichos "instrumentos" (artículo 423). No vamos a detenernos en el análisis de cada uno de los títulos que ahí se enumera, por ser ello innecesario, pero veremos algunos que nos merecen especial interés, sobre todo aquéllos que hoy han quedado eliminados de esa categoría por la evolución del Instituto, ya que su examen podrá en algún caso ser valioso como elemento de confrontación.

Vemos, por ejemplo, que en la primera clase de los instrumentos que tienen fuerza ejecutiva (escrituras o documentos) se incluye las disposiciones testamentarias legalmente comprobadas, "en todo lo que no sea favorable a la testamentaría", las escrituras de transacción y las de donación aceptadas desde la notificación de la aceptación al

donante (artículo 423, incisos 2º, 3º y 4º). La asimilación de documentos de ese contenido al título ejecutivo chocará necesariamente a quienes conozcan las concepciones modernas al respecto, no solamente por la falta de rigor de los enunciados legales comentados, que da margen a grandes controversias, y por las dudas que suscitaría su aplicación práctica, sino porque no se puede actualmente concebir que dichos instrumentos sirvan de base, sin más, a un proceso de ejecución. (Sin embargo, debemos estar prevenidos contra el prejuicio dogmático de dar como verdadero solamente lo que hoy está sancionado legalmente: si el texto que comentamos adolece de defectos, debemos encontrarlos ,pero a la luz de una doctrina saneada de prejuicios). Creemos, para empezar, que no constituye prejuicio la objeción de que no puede constituir título ejecutivo cualquier disposición testamentaria que sea contraria a la testamentaría. En obsequio a la brevedad asumamos que la disposición legal que vimos se refiere a las disposiciones en que se reconoce obligaciones del causante a favor de terceros, ya se trate de deudas en dinero o de otros compromisos. No habría objeción si, en el caso de obligaciones en metálico, éstas fueran líquidas y exigibles y pudieran además ser comprobadas por otros medios (no fuera a ser el caso de legados encubiertos para eludir impuestos). Empero, si se requiere la comprobación de la deuda por medios idóneos independientes del testamento, qué valor tendría entonces la cláusula como título ejecutivo? Y en las situaciones en que no se trata de deudas en dinero, sino, por ejemplo, de una obligación de hacer, a quién se obligaría? La negativa del albacea, qué consecuencia podría tener para el sucesorio, si se tratara de hacer efectiva por la vía que estamos estudiando? Me parece dudoso que le acarrearía daños y perjuicios (artículo 738, Parte Primera del Código General), pero aun admitiendo la hipótesis, se nos figura que el trámite necesario para llevar a término el diferendo rebasaría con mucho el marco de los procedimientos ejecutivos contenido en el Código. También resulta

absurdo otorgar carácter ejecutivo a dicha obligación, si su cumplimiento se impusiera a un heredero o legatario, ya que ello solo podría ocurrir en la forma de una condición, y en tal caso el heredero o legatario destruirían la eficacia del documento con solo renunciar al beneficio hereditario, con lo que se está demostrando que la cláusula no pudo nunca tener carácter ejecutivo.

Al mismo absurdo se llega, salvo en contadas excepciones, cuando se trata de otorgar fuerza ejecutiva a las escrituras de donación y transacción en que consten obligaciones a cargo de los estipulantes: la publicidad y autenticidad del documento nada tiene que ver con la fuerza ejecutiva del título, como lo veremos oportunamente. Y qué se puede opinar sobre el carácter de instrumento idóneo para ejecutar que el Código otorga a los despachos o títulos "librados por los Arzobispos, Obispos y autoridades eclesiásticas" (artículo citado, inciso 6º)? De otro orden serían aquí las objeciones, pero las vamos a omitir, por obvias.

En lo que atañe a la segunda clase de instrumentos (llamada "confesión"), no quisiéramos entrar en detalles, ya que la enumeración que contiene ha sido, en sustancia, mantenida hasta ahora, y será por eso examinada en detalle a su debido tiempo. Solamente cabe observar que en esa segunda categoría se incluye la letra de cambio, los vales, cartas y papeles privados, exigiendo para todas el reconocimiento judicial previo. Es de notar, en esa exigencia, la falla de una doctrina sobre los títulos valores mediante la cual se hiciera la debida distinción entre la fuerza legal de una letra y la de un simple papel desprovisto de las formalidades mínimas, ya que, según el Código, como vimos, para ser títulos ejecutivos ambos requieren su reconocimiento judicial por el deudor, lo que constituye un exceso en el caso de la letra y un defecto en el del simple documento privado. También es erróneo incluir todos esos documentos en la categoría del género llamado "confesión", por más que los mismos deban pasar el requisito del reconocimiento judicial, pues nos parece que lo esencial en estos

casos es el documento, siendo el reconocimiento un acto de complementación, para los efectos ejecutivos (artículo 424).

Tampoco la tercera categoría (llamada "sentencia") merece especial comentario, pues incluye una enumeración plausible de los tipos de resolución (judicial o arbitral) que permiten acogerse a la vía ejecutiva (artículo 425). Sólo es de lamentar la imprecisión de los términos en que están definidos, lo cual debió tener, como obligada consecuencia, que en el mejor de los casos fuera el juez de la ejecución quien, en cada situación concreta decidiera en una forma bastante libre si la resolución judicial exhibida por el actor en apoyo de sus pretensiones tenía o no el carácter de título ejecutivo; y no hay duda de que dejar algo tan importante a criterio del juzgador es bastante riesgoso no porque se tema frecuentes actuaciones dolosas de su parte (lo que no sería justo suponer a priori) sino porque los errores en que pudiera incurrir estarían revestidos de opiniones que a la luz de la ley escrita serían frecuentemente admisibles.

5. TRAMITE.

Pasemos ahora al exameen de los trámites propios del proceso ejecutivo. Vemos así que el negocio se inicia con la demanda que el ejecutante presenta (no sujeta a especiales formalidades, sin interpretamos acertadamente el silencio del Código), acompañando "los instrumentos necesarios" (artículo 426), es decir, el título o títulos que servirán de base a la ejecución. Si se intenta el cobro de una suma de dinero se requiere que sea "determinada y líquida", debiendo contener el instrumento, en tal caso, "protesta de abonar pagos legítimos", es decir, lo que hoy llamaríamos "promesa de pagar", simplemente.

Presentada la gestión, el Juez debe examinar dos requisitos o presupuestos (artículo 427): uno general, que consiste en verificar la identidad entree el actor de la ejecución y el acreedor que aparecen en el instrumento (legitimación

activa) ; y otro especial, que consiste en estudiar si el título reune, en sí, las condiciones que lo hacen un instrumento idóneo para la ejecución. Vemos que, con respecto del primer requisito, el Código de Carrillo no siguió al pie de la letra el sistema español, que permitía a terceros, en virtud de una especie de legitimación supletoria, accionar como ejecutantes. Tampoco existe, según puede echarse de menos en el artículo de comentario, la legitimación "ad processum" en su aspecto pasivo, como presupuesto procesal examinable de oficio (era muy poco lo que funcionaba ex oficio dentro de ese sistema), sino que su conocimiento se reservaba para el fondo, si el demandado oponía la correspondiente excepción; el único inconveniente es que, ya para el momento de las excepciones, el demandado podía encontrarse embargado y en la cárcel, de acuerdo con el sistema que adelante iremos estudiando.

6. ORDEN DE CUMPLIR.

Pasado favorablemente el examen de los presupuestos, el juez expide una orden de cumplimiento de la obligación de que se trate, dirigida al demandado, otorgándole al efecto, un plazo de tres días; dicha orden va acompañada del apercibimiento —también dirigido, naturalmente, al demandado— de que podrá decretarse embargo en sus bienes, se le impondrá las costas causadas e incluso —si el actor lo solicitara— que se ordenará su prisión, todo ello si no cumple la obligación en el plazo dicho y al tenor del documento presentado. Esta resolución del Juez conteniendo la orden de pago (que puede llamarse con toda propiedad "precepto solvendo", y que corresponde al sistema ortodoxo del proceso ejecutivo de tipo español) y los apercibimientos, contenía un defecto y dos excesos técnicamente graves: el defecto consistía en el aviso al deudor de que dentro del plazo dado se embargarían sus bienes, caso de incumplimiento. Sobra decir que un acto de naturaleza cautelar, como lo es el embargo, no está concebido para no-

tificarse anticipadamente a quien presuntamente deberá sufrirlo, si es que no se quiere echarlo todo a perder. No acertamos a dar con el remedio que el ejecutante tenía contra la ocultación de bienes por parte del demandado, ya que (se nos olvidaba decirlo) no existía en el Código de Carrillo el embargo prejudicial de carácter preventivo, sino que la única forma de secuestro de bienes era la que estamos examinando. Tampoco nos parece que tuviera la virtud de persuadir al deudor de mala fe la amenaza de prisión, ya que hecha también anticipadamente, le permitía tomar sus disposiciones para hacerla ilusoria. Los excesos que encontramos en la regla de marras son relativos a la institución de la prisión civil, que para el pícaro podía ser inocua, pero para el deudor honesto, que [illegible] cuerpo, era durísima. Esa repugnante y peligrosa institución cuyas críticas, por sabidas, no vamos a repetir —y que a decir verdad, no ha desaparecido totalmente de los códigos civiles de los países civilizados— no solamente presentaba el inconveniente de su existencia en el Código de Carrillo sino que también resultaba —para el deudor de buena fe, que es al que las malas leyes suelen tratar peor— injusto por la oportunidad en que funcionaba, lo que hacía en un momento procesal en que el ejecutado no había sido oído. Cierto es que podía el deudor, como recurso para librarse de la prisión (o de la persecución judicial) pagar la suma que se le cobraba, o presentar un documento "de igual fuerza que el presentado por el ejecutante" (artículos 428 y 429) que justificara la extinción de la obligación, pero se comprenderá que, en la mayoría de los casos, ambos expedientes eran difíciles de alcanzar en el plazo de tres días: una suma de dinero no se improvisa, por lo regular, tan fácilmente; y en cuanto al documento, nos parece que tendría éste que ser otro título ejecutivo, para que tuviera, como dice la ley, "igual fuerza que el presentado por el ejecutante", y ello limitaría, sin lugar a dudas, los casos en que el deudor podía neutralizar la amenaza pendiente sobre su cabeza. En conjunto, los procedimientos reseñados, si fue-

on aplicados estrictamente, debieron de haber tenido resultados muy poco satisfactorios a la luz de la estimativa jurídica, puesto que su resultado lógico era que los deudores de mala fe ocultaran su persona y bienes al amparo de sus defectos, y los de buena fe padecieran prisión y ruina por culpa de sus excesos.

7. CITACION AL DEMANDADO.

Transcurrido el plazo de tres días a partir del decreto de embargo, el actor puede pedir al Juez "la citación de remate" (artículo 430), o lo que es lo mismo, que llame a las partes para el acto en que dispondrá, mediante resolución formal, la orden de rematar los bienes del demandado. Si el Juez accede a verificar la citación de remate, deberá simultáneamente señalar un plazo de seis días para que el demandado (hasta entonces) oponga y pruebe las excepciones que a su favor tuviere. Tal procedimiento constituye la refutación del nombre de "citación de remate" con que es conocido, puesto que resulta prematuro, sin oir al demandado, juzgar que la resolución de fondo le será adversa —puesto que en la misma se ordenará el remate de sus bienes: bien podría ocurrir que al fin de cuentas el demandado se oponga victoriosamente a la ejecución, caso en el cual ni la citación ni la sentencia pudieron haber sido "de remate".

El plazo de seis días de que goza el demandado (a quien en la terminología del Código de Carrillo, al igual que en la española antigua, se llamaba "encargado" en esta etapa del proceso) es fatal, según lo dispone el artículo 431, pero puede ser prorrogado a solicitud del actor, siempre que éste, al pedir la prórroga, no hubiera visto la prueba ofrecida por el demandado. Quiere ello decir que si el actor conoció dicha prueba, no podía ya solicitar la prórroga del término probatorio? Así era, en efecto, aunque nos resulte ello extraño; pero hay que recordar que antiguamente el proceso —y sobre todo el período proba-

torio— era una serie de celadas y sorpresas que ambas partes armaban contra su adversario, y en ello (se creía entonces) descansaba en gran parte el éxito o fracaso del negocio judicial. Era esencial, por esa razón, que antes de presentar su prueba una parte ignorara el contenido de la presentada por su contraria (de ahí procede, entre otras, nuestra prácitca de poner las preguntas de posiciones en sobre cerrado). Esos misterios constituían parte muy importante de las medidas procesales en el derecho español antiguo, en que la dificultad de encontrar medios probatorios indubitables (sobre todo por la carencia de instituciones registradas) llevaba a las partes a ocultar su prueba el mayor tiempo posible. Además, es también probable que hubiera en ello influencia de los procedimientos inquisitoriales que en cierta época fueron modelo en España.

8. EXCEPCIONES.

Ahora bien, de cuáles excepciones disponía el demandado en el proceso ejecutivo? En el título destinado a esa clase de proceso no se dispone ninguna regla expresa sobre el particular, de manera que hay que entender que se admitía dentro del mismo todas las defensas que el Código prevé y regula en el título correspondiente al proceso ordinario, y que son de dos clases: perentorias y dilatorias, enumerando entre las primeras el pago, la cosa juzgada, el dolo, el miedo grave, transacción, prescripción y pacto de no pedir, y entre las segundas la falta de legitimidad en las personas, incompetencia de jurisdicción, excusión, oscuridad o contradicción en la demanda, acumulación indebida de acciones, petición prematura o indebida y el derecho de citar de evicción (artículos 71 a 74 ibídem). Dichas excepciones debían ser interpuestas necesariamente dentro de "los seis días encargados" (artículo 430). No nos detendremos a examinar cada una de las defensas dichas porque ello sería más bien propio de un análisis del proceso ordinario, no de la materia que estamos tratando;

pero sí cabe observar aquí que, pese a no haber prohibición expresa sobre ello, en la práctica resultaban inoponibles dentro de la ejecución muchas de las excepciones indicadas, tanto entre las dilatorias como entre las perentorias, por no dar lugar a ellas la propia naturaleza del título ejecutivo.

9. SENTENCIA.

Pasado el plazo del encargado sin que opusiera excepciones, o evacuada la prueba de las partes, debe el actor pedir al Juez que pronuncie "sentencia de subasta y remate" (valga para estos términos la observación que hicimos al hablar de "citación de remate") y el juez la dictará, si estima que hay mérito para ello, ordenando entonces al demandante que afiance las resultas de la ejecución (artículo 433). El contenido de la sentencia de remate, cuando es estimativa, lo constituye la orden de subastar los bienes embargados y la condena del demandado al pago de las costas, daños e intereses que se hubieran causado (artículo 434); dicha orden de subastar no va dirigida a ninguna de las partes, sino que, al parecer, se la da el juez a sí mismo (puesto que es él quien preside los remates) y a sus colaboradores administrativos y judiciales (escribano, pregoneros, alguaciles). Constituyendo la tal resolución, esencialmente, en una simple orden de rematar, podríamos concluir que no constituye una verdadera sentencia, ya que carece del elemento que caracteriza a esa clase de actos (a saber: la volición decisoria de la litis). Pero la verdad es que la parte decisoria de la sentencia de remate típica, que la caracterizaría como una sentencia de condena, queda implicada en la parte visible o aparente (orden de remate) la cual constituye una consecuencia de aquélla. En otras palabras, la sentencia de remate es algo así como un iceberg jurídico que deja ver sobre la superficie del mar sólo una porción saliente (la orden de rematar, que es lo que importa para efectos de ejecución)

y oculta una mole importantísima (que con frecuencia incluye el examen y decisión de la litis pendiente entre las partes, incluyendo la resolución sobre defensas y excepciones) que, caso de ser visible, la mostraría como una sentencia de condena (de efectos provisorios o definitivos, según la legislación de que se trate). Prueba de lo anterior es que en nada se alteraría la sustancia de la sentencia de remate si el juez decidiera incluir en su parte dispositiva un párrafo que dijera: "se condena a XX a pagar la suma tal a favor de YY; en consecuencia sáquese a remate sus bienes... etc.", con lo cual más bien quedaría más completo ese pronunciamiento y se revelaría la verdadera naturaleza de esa clase de procesos.

10. REMATE.

Una vez notificada a ambas partes la sentencia, y si el actor ha afianzado las resultas (caución en cuya virtud asegura la devolución de lo percibido, si es del caso, por ulterior revocatoria, de parte del tribunal de alzada, de la sentencia de remate), el Juez ordena, a petición del actor, que se pregone los bienes y que sean valorados por peritos (artículos 435 y 436), hecho lo cual se fija, también a solicitud de parte interesada, hora y fecha para la venta judicial (artículo 437).

Los pregones constituían, en el sistema procesal de entonces, la garantía de publicidad de la subasta judicial y por cierto que, dentro del ámbito limitado de la localidad en que aquélla debía celebrarse, cumplían con dicha garantía en forma bastante más satisfactoria que nuestros modernos "edictos", los cuales descansan en la ficción insostenible y perjudicial de que el público lee nuestro Diario Oficial; en cambio los pregones, además de ser un espectáculo pintoresco, que llamaba de por sí la atención de mucha gente, eran oídos por un amplio sector de la población, los cuales, aunque no quedaran bien enterados por el solo efecto del pregón, podían venir al Tribunal y leer

caído en los bienes objeto de la controversia sino hasta que fueran acogidas, por resolución firme, las pretensiones del tercero. El Código no disponía ningún trámite expreso relativo a la ejecución, pendiente la tercería. Qué ocurría en tal caso?, se suspendía, opelegis, el procedimiento ejecutivo, o proseguía hasta el final sin ningún tropiezo? O acaso, se continuaba el procedimiento hasta la etapa inmediata anterior al remate, deteniéndose ahí? Ignoramos la forma en que esto se solucionó, ya que hemos carecido de noticias al respecto, pero creemos que, de acuerdo con la orientación que resulta de confrontar las reglas que forman el instituto en estudio, la medida adoptada debió ser la suspensión de los procedimientos relativos a la subasta, únicamente, en cuanto a los bienes objeto de la oposición, puesto que si en la ley no se previó nada acerca de las cauciones o cláusulas condicionales a que debía sujetarse la venta de los bienes controvertidos, a fin de cubrir los posibles perjuicios del tercero —eventual vencedor de la oposición—, es de pensar que el Legislador no era del criterio de que dicha venta se llevara a cabo: en todo caso nos parece ésa la solución más prudente.

13. EMBARGO.

El embargo era decretado por el Juez y llevado a cabo por un alguacil, llamado también ejecutor; el referido decreto judicial debía constar en un documento que recibía el nombre de "mandamiento" que el Juez mismo expendía, el cual iba dirigido en forma nominal y directa a determinado ejecutor; se trataba de un documento formal, pues requería una serie de requisitos que la ley enumeraba separadamente. Dicho documento era entregado al actor, quien se encargaba de ponerlo en manos del alguacil a cuyo nombre iba dirigido; éste, recibido el mandamiento, debía ejecutarlo a la mayor brevedad posible, bajo su propia responsabilidad. La diligencia no ofrecía, en sí, ninguna diferencia con el embargo que la ley prescribe ac-

tualmente, pero en algunos aspectos tiene un desarrollo más completo; por ejemplo, enumera expresamente, en el capítulo dedicado a "embargo", qué bienes no eran susceptibles del mismo y las excepciones a dichos casos (artículos 449 y 450), y también describe en forma independiente de las disposiciones sustantivas la institución del depositario judicial (artículo 447). No desconocemos, al decir lo anterior, que nuestros ordenamientos cuentan con normas equivalentes a las mencionadas, pero el Código de Carrillo las tenía colocadas en el lugar que corresponde. Para buscar la lista de bienes embargables nosotros tenemos que acudir al título dedicado a la Insolvencia civil, y en cuanto al depositario judicial, lo encontramos en la parte dedicada a contratos, también dentro del Código civil. También difería el embargo de entonces al nuestro en cuanto al monto porque se decretaba, ya que lo era, no por la suma de capital "más el cincuenta por ciento de ley", sino por el duplo de lo adeudado, incluyendo costas e intereses calculados, creemos, en forma prudencial (artículo 443).

14. PRISION.

Para terminar con esta breve reseña del proceso ejecutivo en el Código de 1841, nos detendremos a examinar rápidamente el instituto de "la prisión civil", anejo a aquél; veamos cómo funcionaba: una vez apercibido de pago el deudor, bajo apercibimiento de prisión, sólo podría librarse de ésta satisfaciendo la deuda, o comprobando "satisfactoriamente" su anterior cancelación, o bien presentando fiadores aceptables a juicio de su acreedor, o, por último, si éste, condoliéndose, suspendía la orden de encarcelamiento (artículo 452). Se comprenderá entonces que no era tarea fácil librarse de la prisión en tales circunstancias: la verdad es que el deudor se encontraba así a merced de su acreedor, y aunque su permanencia en la cárcel constituía, de momento, algo dispendioso para el último (que debía pagar un derecho de carcelaje y además "un real

diario" para la manutención de su deudor mientras estuviera allí), conservaba el derecho de cobrar dichos gastos, pidiendo que le fuera entregado el accionado, en persona, para que los fuera descontando con su trabajo; y en caso de que esa solución no gustara al señor acreedor, permitíales la ley que cediera a su deudor " ...con el mismo fin a los trabajos públicos..." (artículo 454). No parece necesario comentar la ignominia que tal cosa representaba en un país republicano y liberal como era y es el nuestro; sin embargo sabemos que no solamente aquí podía ello ocurrir, sino que, por el contrario, era corriente en Europa y en otros países de América. Incluso nos ha parecido un buen síntoma el que, con tales instituciones en manos de hombres como don Braulio, no registre nuestra Historia un elevado número de casos de opresión política agazapados bajo la máscara de los procesos judiciales.

Desde el punto de vista jurídico procesal el Código de 1841 contiene un tipo de ejecución que a la luz de las instituciones legales de entonces puede merecer, como antes apuntamos, el calificativo de ortodoxo. Aunque consideramos que dicho ordenamiento no tuvo una influencia directa sobre el tipo legislativo que en 1887 lo sustituyó, hay que observar (y deplorar) que la terminología pseudo doctrinaria que hoy se aplica a nuestro "juicio ejecutivo" se conforma mejor con las figuras del Código de Carrillo; y eso tiene una explicación lógica, ya que dicha terminología, mal aplicada aquí y ahora, posiblemente debido a la influencia de Caravantes, Lastres, Escriche, Manresa y otros antediluvianos que todavía, según parece, tienen mucho que decirnos, proviene de una legislación que conserva una estructura parecida, en muchos aspectos, a la del Código General. Tal es el caso de expresiones como "auto de precepto solvendo", "citación para sentencia", "sentencia de remate", etc., que en el país dicho se corresponden mejor con la realidad jurídico normativa, mientras que entre nosotros no encuentran sino muy forzada y aparatosa aplicación, no obstante lo cual circulan ufanamente. Con todo

—y ya para terminar— el juicio ejecutivo de 1841 merece tal calificativo solamente en un sentido impropio, a saber, en cuanto es expedito y algo bastante draconiano; quitándole las medidas cautelares de que se acompaña, podemos ver que no es otra cosa que un proceso de cognición sumaria. Pero sobre este aspecto, que es común a todos los procesos ejecutivos de tipo español, volveremos más adelante.

II. LEGISLACION Y DOCTRINAS EXTRANJERAS MODERNAS.

Entre las legislaciones extranjeras hemos escogido tres correspondientes a México, Argentina (Código de la Capital Federal) e Italia, para intentar una muy rápida exposición del instituto que nos interesa, tal y como existe en esos lugares.

Dichas legislaciones no representan, para nosotros, el tipo "ideal" en cuanto al proceso ejecutivo se refiere, y no es con ese propósito que vamos a presentarlas; lejos de ello, algunas de ellas tienen defectos apreciables y son, en todo caso, muy diferentes unas de otras. Pero tienen la ventaja de que, precisamente gracias a sus radicales diferencias, presentan al estudioso una apreciable gama de variaciones sobre el tema, cuyo examen será de positivo provecho para nuestro propósito.

Confirmando lo dicho, vemos que las legislaciones correspondientes a los dos países hispanoamericanos acusan la influencia innegable de las instituciones españolas, pero al lado de la semejanza que de ahí deriva para ellas, pueden apreciarse muy notables distinciones, provenientes de las diferentes condiciones de tradición y ambiente de ambos países. La legislación procesal mexicana nace y es resultado del impulso revolucionario que conmovió al país hace algunas décadas, y que produjo, en el campo jurídico positivo, un desplazamiento total (o casi) de las leyes antiguas por otras nuevas. En la República Argentina, en cambio,

se vino madurando a través de muchos años una doctrina procesal que cristalizó en determinado momento de la vida institucional del país, en una gran cantidad de proyectos de reforma a la legislación vigente, tanto en el ámbito federal como provincial. Pero tales proyectos, de indiscutible calidad científica en su mayoría, no fueron acogidos más que en uno u otro caso, y en forma parcial en los más. Tal es la situación del Código de Procedimientos civiles de la Capital, que, manteniendo la misma estructura que ostenta desde el siglo pasado, ha sufrido los embates sucesivos de la magnífica doctrina florecida en el país en los últimos tiempos, la que ha terminado por cristalizar en modificaciones legislativas muy importantes.

En cuanto a la legislación italiana, que reseñaremos, corresponde a uno de los países que, en lo que va del siglo, han tenido indiscutible primacía en la ciencia jurídica mundial, lo que no es un secreto para nadie pues el impacto de la doctrina italiana se ha sentido incluso en países como el nuestro, a donde tardan mucho en llegar las nuevas corrientes de la ciencia.

Italia, en efecto, después de mantener por más de setenta años una legislación de tipo "Napoleónico", logró remozarse totalmente en un plazo no mayor de diez, contando ahora con los ordenamientos jurídicos más modernos dentro del área de los países de derecho escrito.

Y para terminar estas consideraciones diremos que hemos estimado, respecto de las tres legislaciones dichas, que puede formarse dos grupos representativos de sendos tipos procesales. a) el tipo ejecutivo puro, del que participa en gran medida el Código italiano; y b) el tipo atenuado (que podríamos llamar "romano-hispánico", siguiendo al doctor Ramiro J. Podetti, en su obra "Tratado de las ejecuciones". Ediar, Argentina, 1952; Nº 42 y sigtes.) que históricamente deriva de la legislación española medieval, y que acusan, pese a todo, los Códigos mexicano y argentino. No se nos escapa que esta clasificación es bastante simplista y, como

tal, no se sustrae a ciertas inexactitudes. No puede ignorarse, por ejemplo, la tremenda influencia que en Argentina han ejercido y ejercen aún las doctrinas italiana y alemana, influencia que se revela tanto en las nuevas leyes como en la misma jurisprudencia de los tribunales. Y qué decir, por otro lado, de la influencia romanística pura en la doctrina europea moderna, la cual ha provocado una fuerte reacción contra los Códigos de tipo francés y, concretándonos al campo que nos interesa, contra las instituciones ejecutivas inspiradas en el Code Napoleon? No se puede, por tales, razones, confiar en la eficacia científica de una clasificación de ese tipo, sino en el entendido de que la misma se limita a señalar ciertos rasgos dominantes, conformadores del "genus proximum" de las especies comparadas. Ello quiere decir que, a pesar de las reacciones más o menos notorias, la influencia germano-francesa mantiene a las instituciones alemana e italiana cerca de la ejecución "pura"; así como la influencia romano-hispana se acusa bajos los signos cambiantes de las legislaciones hispanoamericanas.

15. MEXICO.

El Código Federal de Procedimientos Civiles de México fue promulgado en 1943. Se trata, entonces, de un ordenamiento bastante reciente. No obstante ello, y a pesar del corte moderno que se observa en la estructura del Código, principalmente en cuanto a su parte general, conserva no pocos rasgos del espíritu procesal tradicional en nuestros países.

El Título correspondiente a la Ejecución es el Quinto y último del Libro Segundo del Código. Este Libro se ordena bajo el epígrafe "Contención", y como su Título Primero se refiere al "Juicio", cualquiera se imagina que en el mismo se describen, principalmente, las fases del proceso contencioso, de manera que el Título relativo a ejecución

formara la última etapa de dicho proceso; pero no es así, ya que también se desarrolla en ese Título, y con preferencia, lo que entre nosotros se llama "juicio ejecutivo" que no constituye realmente la etapa final de un proceso de conocimiento sino que es, por sí, un negocio procesal autónomo.

El referido Título Quinto (Ejecución) está dividido, a su vez, en siete capítulos, así: I. Reglas Generales. II. Documentos ejecutivos; III. Formas de ejecución; IV. Oposición de terceros a la ejecución; V. Responsabilidad de las partes en la ejecución; VI. Embargos; y VII. Remate.

16. CAPITULO I. REGLAS GENERALES.

Se establece aquí las formalidades del escrito de demanda ejecutiva, que son las mismas de la ordinaria, salvo que se trate de ejecución de sentencia. Dichas formalidades son, resumiendo, la designación del Tribunal competente, designación de las partes, y exposición de los hechos, el derecho y la parte petitoria (artículos 322 y 400 ibídem). Admitida la demanda, se requiere de cumplimiento al deudor, procediendo al embargo o aseguramiento de sus bienes si no verifica de inmediato dicho cumplimiento (artículos 401 y 402). Simultáneamente se emplaza a esa misma parte para que conteste la demanda en un término mínimo de nueve días, ampliable según la distancia, y si lo hiciere entonces el negocio se tramitará según los procedimientos ordinarios, sin perjuicio de las limitaciones que legítimamente quepan, inherentes al título materia de la ejecución.

Si el demandado no contestare la acción en el plazo concedido, pese a haber sido notificado personalmente o en la persona de su apoderado, se pronuncia por el tribunal, sin otro trámite, sentencia "de condena" (artículo 403), hecho lo cual no puede aquél oponer otras excepciones que las que provengan de hechos posteriores al término de emplazamiento, o de anteriores desconocidos, lo cual significa que, en rebeldía del ejecutado precluye la facul-

tad de ejercer defensa basada en hechos anteriores al emplazamiento. Si el demandado opusiere excepciones procedentes, se tramitarán por la vía incidental (ver artículos 253 y 404).

En el caso de que, por el contrario, la demanda fuere rechazada por el tribunal, el actor tiene la facultad de recurrir mediante apelación, la cual se admitirá entonces en ambos efectos (artículo 406).

17. CAPITULO II. DOCUMENTOS EJECUTIVOS.

El artículo 407 ibídem enumera los títulos ejecutivos en una forma bastante general, formando así cuatro grupos: a) Sentencias ejecutoriadas; b) documentos públicos que, conforme a "este Código" hacen plena prueba; c) documentos privados reconocidos judicialmente o ante notario; y d) los demás documentos que, según la ley, aparejen ejecución. No menciona el artículo los requisitos intrínsecos del título ejecutivo, pareciendo entonces que confunde (desde luego erróneamente) la autenticidad con la ejecutividad. Porque, en efecto, cómo una sentencia meramente declarativa, por muy "ejecutoriada" que sea, puede nunca aparejar ejecución? Parece entonces que debemos pensar que la presunta omisión que indicamos fue voluntariamente dispuesta, por tratarse de algo que se calla por sabido, pero en tal caso opinamos que no es afortunado ese silencio, pues no es conveniente dejar a cargo de las decisiones judiciales la decisión, más o menos libre, acerca de la ejecutividad del título: parece mejor solución establecer en forma precisa ciertos requisitos mínimos en la ley, a fin de cerrar la puerta en lo posible a discusiones doctrinarias en una materia en la que se requiere celeridad.

Los artículos 408 a 414, inclusive, del Código citado, se ocupan del reconocimiento judicial de documentos privados, materia que a nuestro entender no corresponde a la que estamos examinando, por lo que debió ser colocada,

con mejor fortuna, dentro de la parte destinada a los actos prejudiciales, de los que es un caso típico el reconocimiento de documento privado.

La ejecución se despachará parcialmente si sólo es cierta y determinada en parte la obligación consignada en el documento (artículo 416). Si a la misma debe preceder liquidación, ésta se llevará a cabo por la vía incidental (artículo 417); y no se ejecutará al deudor sino cuando conste que la obligación es de plazo vencido y no está sujeta a condiciones (artículo 415). Cuando se trate de obligaciones alternativas, a elección del deudor, debe preceder a la ejecución un requerimiento prejudicial para que dicha parte efectúe dicha elección, y si ésta no se produce, la llevará a cabo la persona a quien corresponda, según lo estipulado en el contrato, o el Tribunal en defecto de estipulación (artículo 419). Aún en el caso de documentos no ejecutivos es posible lograr que el Tribunal despache la ejecución, si se garantiza debidamente las resultas de la misma (artículo 418), lo que está demostrando la poca importancia que en el Código Federal se da ciertos formalismos consagrados muy solemnemente entre nosotros, ya que permiten hacer mudar la naturaleza y efectos del título por virtud de la fianza de resultas; e incluso se da el caso de que no se exija dicha fianza, y es cuando el ejecutante es el Estado Federal, lo que en nuestro criterio no es conveniente, ya que [illegible] esto el Estado (y no mediante un proceso legislativo [illegible] en cada caso prácticamente, cuando desea servirse de la vía ejecutiva, sin ostentar el título idóneo para ello.

Como se ve, las disposiciones de este capítulo siguen teniendo cierto parecido con algunas de las correspondientes de nuestro Código procesal Civil, pero son distintos el plan de los artículos y ciertas disposiciones aisladas. Como hemos hecho notar en algunos casos, existen ciertas disposiciones nuevas que no son del todo afortunadas, por acarrear ciertos peligros o por consistir en el orden y colo-

cación de los temas. Pero asimismo pueden hacerse notar los aciertos, que no son pocos.

18. CAPITULO III. FORMAS DE EJECUCION.

Se establece en el Código tres formas generales, según que la obligación sea de hacer, no hacer o dar, y se fija un procedimiento para cada uno de esos tipos, procedimiento éste que no tiene, en esencia, nada nuevo respecto al nuestro, salvo en la parte relativa a obligaciones de dar, en que destaca acertadamente dos casos: a) cuando tratándose de entrega de cosa determinada, ésta no aparece, caso en el cual se despacha ejecución contra el deudor por la suma que el ejecutante indique, correspondiendo al primero, haciendo uso de la vía incidental, impugnar el monto fijado (artículo 426); y b) cuando se trata de entrega de cosas que se encuentran en poder de terceros, caso en que puede despacharse ejecución aún contra éstos, siempre que se esté ejecutando una acción real, o aun siendo personal la acción, exista nulidad —declarada judicialmente— del traspaso de la cosa a favor del tercero (artículo 427). Los demás casos de obligaciones de dar se tramitan requiriendo al deudor en la forma indicada en el artículo 401 ya examinado, y en defecto de una satisfacción inmediata de la deuda, trabando embargo sobre bienes del obligado en cantidad suficiente, si es que no se había hecho esto con anterioridad (artículo 424).

En cuanto a las obligaciones de hacer, nos parece que podemos ser someros, pues las disposiciones relativas a ellas no tienen mayores diferencias con las nuestras. Sin embargo debemos mencionar el hecho de que, incluida dentro del género de estas obligaciones se encuentra la entrega material de bienes inmuebles, la cual se previene al obligado bajo pena de apremio corporal, otorgándole para el cumplimiento un plazo hasta de sesenta días (artículos 421 y 422). Las obligaciones de no hacer no reciben,

por su parte, ningún tratamiento diferente del ya conocido en nuestros países.

Tampoco contiene el Código ninguna regla original acerca de ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, por lo cual no dedicaremos ningún comentario en particular al aspecto mencionado (artículo 428).

19. CAPITULO IV. OPOSICION DE TERCEROS A LA EJECUCION.

Se establece en primer lugar (artículo 429) la obligación solidaria de las partes, para efecto de responder de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ejecución en los bienes de terceras personas que no tengan con aquéllos (las partes) ninguna controversia relacionada con el proceso de ejecución; pero tanto el actor como el demandado pueden hacer cesar en su favor la solidaridad demostrando que no es responsable de los actos ejecutados en bienes del tercero.

Esta regla es bastante oportuna, según nos perece, ya que el problema que trata de resolver es de frecuente acaecimiento, y produce molestias y perjuicios a muchas personas que se encuentran completamente al margen de los respectivos procesos. En nuestro medio, por ejemplo, la tercería excluyente de dominio tiene como finalidad principal el recobro de los bienes, y el tercerista suele conformarse con ello, amén de las costas, si es que logra obtenerlas, no obstante que, en la mayoría de los casos, ha experimentado daños y perjuicios en sus bienes, a veces por un monto apreciable; pero no los cobra, creemos que por carecer de una vía específica, como la que arriba comentamos. Y no se diga, por otra parte, que respalda al tercero perjudicado la regla del artículo 1045 del Código civil, pues nos parece difícil demostrar la ocurrencia de culpa aquiliana cuando, como ocurre en la mayoría de los casos, el actor es quien señala al ejecutor, en el caso del embargo, los bienes que debe secuestrar.

En cuanto a los terceros afectados que sí tengan controversia con alguna de las partes de la ejecución (controversia que debe estar conectada con dicha ejecución, o que surja a raíz de ésta), gozarán de la vía ordinaria para deducir el reclamo que les interese en el caso de que ya hubiere recaído sentencia en la ejecución. Antes de ésta, el opositor podrá entablar tercería propiamente dicha. Si la ejecución se encuentra consumada no cabrá demanda de oposición, así como tampoco prosperará dicha demanda si fuera promovida después de pasados los nueve días siguientes a aquel en que el tercero tuvo conocimiento de la ejecución. Cuando la demanda del tercero se plantea en tiempo, produce la suspensión de los actos hasta que sea resuelta en definitiva; planteada fuera del plazo indicado la ejecución no se suspende, pero sus actos se llevarán a cabo sin perjuicio de los derechos del tercer opositor (artículo 430).

20. CAPITULO V. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES EN LA EJECUCION.

Este capítulo, que consta de un sólo artículo, se concreta a remitir, acerca de responsabilidad de las partes, al capítulo de la Parte General correspondiente a costas. Siendo de interés para nosotros esta institución de las costas que contiene el Código Federal, la glosaremos brevemente, limitándonos a aquellas partes que contienen aspectos novedosos en relación con nuestra propia legislación.

Por ejemplo dispone el artículo 7, in fine, del Código citado, que todo gasto inútil que se produzca en el proceso corre a cuenta de quien lo suplió, haya o no resultado, en definitiva, victorioso. Pese a que, indirectamente, podemos llegar a los mismos resultados en nuestro Código procesal civil, aplicando los artículos 1031 y 1032, nos parece siempre que sería ventajoso tener una regla expresa en tal sentido, para advertencia de los directores judiciales, tan amigos de gestiones innecesarias y tan olvidados de impugnar

las que sin fundamento hubiere llevado a cabo la contraria que pretende cobrárselas.

También es interesante la regla del artículo 8 del Código Federal, el cual dispone que cuando no pueda imputarse al vencido la falta de composición voluntaria del litigio ventilado, siempre que, además, sus actos en el proceso hubieran tendido a "hacer posible la definitiva resolución del negocio", no procede condenarlo en costas. No se trata, claro está, de nada radicalmente nuevo, pero creemos que es bastante acertada la manera de tratar el problema del "probus litigator" en este Código, apoyándose en el concepto, bastante feliz, de la "composición voluntaria de la controversia", que es muy superior a nuestra "evidente buena fe".

Establece también el mismo artículo 8 tres situaciones que, ocurriendo, libran al vencido de la imputación de "falta de composición voluntaria de la controversia", y son: a) cuando el litigio, por mandato legal, deba decidirse judicialmente; b) cuando se trate de declarar el derecho dudoso, o se acuda al juez más bien en interés de obtener un fallo de tipo arbitral; y c) tratándose del demandado, cuando ha sido llamado a juicio sin necesidad, por disponer el actor de otros medios más efectivos para ejercitar sus derechos.

Resulta asimismo oportuna, en cualquier legislación, una regla como la del artículo 10 ibídem, que ordena, en casa de litisconsortes, distribuir proporcionalmente las cargas y beneficios provenientes de las costas según los respectivos intereses en litigio. En nuestro Código, por ejemplo, faltando una disposición expresa sobre el particular, se hace lugar a las discusiones, y los jueces, al tratar los casos prácticos, suelen inclinarse a condenar en bloque a las litisconsortes vencidos, de modo que se establece solidaridad entre ellos y, a falta de un reparto proporcional de las cargas, terminan por distribuírselas en partes iguales, lo cual no es siempre de justicia, pues en

muchos casos hay demandados a quienes la sentencia desfavorable apenas perjudica, por una particular posición que ostentan en la relación jurídica sustancial.

21. CAPITULO VI. EMBARGO.

El embargo es una medida precautoria independiente de cualquier tipo de proceso que sea distinto del cautelar, aunque es cierto que con mayor frecuencia aparece acompañando a los actos ejecutivos y a los procesos sumarios. Por esa razón creemos que hay un error en la ubicación cuando se coloca al embargo dentro de la parte dedicada a la ejecución, como si tuviera con esta tan sario e indisoluble, siendo la verdad que, de medio podría suceder que se manifestase, en cierto momento, la necesidad de embargar como precursora de un proceso plenario.

El embargo se realiza, por regla general, a presencia del demandado, pues el primero de los actos que lo acompañan es el requerimiento de pago, y éste debe hacerse, de primera intención, personalmente al deudor. Empero, para obviar dificultades elementales, como el ocultamiento del deudor, que puedan entorpecer la diligencia, cuando no se lo encuentre se procede dejándole un aviso de que al día siguiente habrá de llevarse a cabo el secuestro, esté o no presente en ese acto (artículo 432). En cualquier caso, no verificado el pago en ese mismo acto, se procede a trabar embargo, teniendo para ello el ejecutor la facultad de requerir el auxilio de la policía, forzar cerrojos y penetrar en el sitio donde se encuentren los bienes a embargar (artículo 433), a fin de cumplir cabalmente la diligencia que le ha sido enconmendada. Quizás suene mal a nuestros oídos, acostumbrados a los miramientos y consideraciones, las facultades amplísimas de que goza el ejecutor al practicar el secuestro, pero esas facultades son comunes a muchas legislaciones avanzadas, y representan en nuestro criterio un juicio más claro acerca de los derechos

y obligaciones de los ciudadanos que los formulados en nuestro medio, en el cual un deudor puede impunemente cerrar la puerta de su casa y burlar así a sus acreedores, no permitiendo al ejecutor entrar y embargar, como si éste fuera un fantoche y no un funcionario público.

La lista de bienes que no son pasibles de esta medida, así como la porción embargable de los suedos, salarios, comisiones, etc., son detalles de innecesaria reseña, pues se conforman en lo esencial con los que contiene nuestro ordenamiento (artículos 434 y 435). En cambio es interesante para nosotros saber el orden que, según el Código Federal, debe seguirse en la práctica de la traba, y que es así: a) aquellos bienes que garantizan especialmente la obligación que se cobra por medio del proceso en que el embargo se realiza; b) dinero efectivo; c) créditos realizables fácilmente o, para emplear las mismas palabras del Código, "en el acto"; d) alhajas; e) frutos y rentas; f) otros bienes muebles; g) inmuebles en general; h) sueldos o pensiones; i) derechos; y j) otros tipos de créditos. Como puede verse, este orden ha sido establecido con el propósito evidente de que se logre una rápida realización de lo embargado, en el momento oportuno, para satisfacer el crédito del actor en una forma segura y expedita; pero dentro de ese orden corresponde al demandado señalar en particular qué bienes se embargarán, pasando tal derecho al ejecutante cuando aquél no esté presente, o si estando se niega a hacer la designación, o bien, cuando ambas partes así lo hubieran convenido de antemano. En el caso de que los bienes a embargar se encuentren en distintos lugares, no puede el demandado indicar los más lejanos, ya que, por el contrario, tiene el actor el derecho de embargar los que se encuentren más cerca (artículo 436 a 439). Esta última regla, que en nuestro medio no tendría una precisa significación, por lo exiguo de nuestro territorio, cobra en México una importancia especial.

El embargo puede ampliarse cuando, realizados los bienes sujetos al mismo, no alcanzare la suma obtenida

para satisfacer el crédito; o bien, antes del remate —sin que por ello se suspenda el curso de la ejecución—, cuando no basten para cubrir el crédito cobrado, cuando se embargaron evidentemente pocos, por no tener más el deudor, y después aparecen otros, y cuando se plantea tercería excluyente de dominio (artículo 440 a 443).

En las siguientes disposiciones —hasta el artículo 468 inclusive— desarrolla el Código Federal de manera prolija otros aspectos de la institución del embargo referentes sobre todo al depositario judicial, auxiliar de gran importancia en la organización moderna de la justicia y que no merece la parquedad con que lo tratan nuestras leyes. Para destacar ese nuestro "pecado por defecto" nos remos hacer una comparación: mientras el procesal mexicano consagra veinticinco largos y detallados artículos al desarrollo de esa institución, en nuestra legislación solamente tenemos siete (del 1360 al 1366) en el Código civil, y uno (el 452) en el Código de procedimientos civiles; y de ahí que, en muchas cricunstancias (como por ejemplo cuando se trata de embargo sobre negocios comerciales) nuestros jueces tienen ante sí la poco satisfactoria alternativa de permitir al depositario que administre, violentando la ley, que solamente admite la administración para el caso de inmuebles, o cerrar el negocio, causando así un gravísimo daño a su propietario.

Para no extendernos mucho sobre este tema diremos, a manera de resumen, que el Código Federal contiene regulaciones expresas según sean los bienes secuestrados, así como sobre las medidas administrativas que debe tomar el depositario en los diversos casos, sus relaciones con terceros y deberes de éstos en relación con el depósito, pluralidad de embargos sobre los mismos bienes, modos de acabar el depósito, rendición de cuentas, tarifa de honorarios, etcétera, todo lo cual resulta de ineludible necesidad en un código de procedimientos civiles. Es claro que existen países en que este asunto de los depósitos se ha resuelto en una forma distinta, y quizás más satisfactoria, mediante la

creación de oficinas encargadas de resguardar lo embargado, pero sin duda alguna el Código Federal, siguiendo el camino tradicional del depositario particular, camino que también es el de nuestro país, ha delineado satisfactoriamente la institución.

22. CAPITULO VII. REMATE.

La institución del remate en el Código Federal mexicano es una curiosa mescolanza de tendencias modernas con usos antiguos, con un ligero prodominio de estos últimos, como podremos observarlo.

El remate es público si los bienes a vender son inmuebles, semovientes o créditos (ya que el remate de muebles corporales mereció una regulación especial). Se efectúa en el propio tribunal y bajo la dirección del juez o del colegio, en su caso (es decir, según se trate de un tribunal unipersonal o colegiado). El avalúo de los bienes solo es necesario cuando no preexista convenio de las partes o un avalúo anterior, pero en caso de que se necesite dicho avalúo, el demandado tiene derecho a designar el perito, y solo que se niegue a hacerlo puede el tribunal proceder a la designación (artículos 469 a 471). Cuando se trata de inmuebles, la subasta no se verifica antes de que se compruebe fehacientemente la existencia de otros acreedores y se les cite debidamente. Estos tendrán derecho a intervenir en el acto del remate, y hasta pueden apelar del auto que lo aprueba (lo "finique", dice el Código), pero no tienen poder para lograr que se suspenda la almoneda (artículos 472 y 473). La venta se anuncia de dos maneras: mediante edictos que se publican en el Diario Oficial de la Federación, y en la tabla de avisos del tribunal, en dos oportunidades con un intervalo de cinco días entre una y otra publicación. Caso de que no hubiera posturas en el primer remate, puede pedirse se celebre otro, con rebajo del diez por ciento de la base, y así sucesivamente, pero también

puede el acreedor adjudicarse los bienes por las dos terceras partes de la base de la última subasta (artículos 475 y 477).

La manera de establecer la "postura legal", o suma idónea para efecto de obtener los bienes subastados, puede variar, según se dé una de las siguientes dos situaciones. a) si el importe de lo sentenciado es inferior al avalúo, será postura legal las dos terceras partes de éste, siempre que la parte ofrecida de contado alcance para pagar el crédito del actor y las costas; y b) si, por el contrario, el crédito es superior al avalúo, será postura legal toda aquella en que se ofrezca de contado por lo menos las dos terceras partes del avalúo (artículos 479 y 480). Dos sencillas reglas, un poco revolucionarias si se las mira a la luz de un sistema rígido de "base", como el nuestro, permiten siempre que la postura sea resultado de la relación entre lo debido y lo subastado, protegiendo siempre un precio funcional y tratando de garantizar tanto al deudor como al acreedor. En todo caso, tal sistema debe ser juzgado dentro del conjunto de las disposiciones del Código Federal sobre la materia, las cuales se separan bastante de lo corriente y conocido.

El concepto de "postura legal" tiene una gran importancia dentro del proceso ejecutivo mexicano, puesto que existe ahí el sistema de que las posturas se formulan anticipadamente a la subasta, por escrito, con expresión del nombre y calidades del postor, la suma total ofrecida como precio, la parte ofrecida de contado, los términos y garantías para pagar el saldo, el tipo de interés que el mismo devenga y, por último, debe estipular el postor que se somete al tribunal del negocio para todo lo relativo a la ejecución del "contrato", vale decir, de la almoneda. Este sistema de postura formal tiene la ventaja de que el tribunal puede examinar y aún investigar con antelación las ofertas producidas, y eliminar de la lista de postores a quienes previamente advertidos por el juez, no subsanen las omi-

siones que se les ha indicado antes de la hora señalada para el remate.

El postor depositará el diez por ciento de su postura en efectivo en el caso de que hubiera ofrecido pagar todo el precio de contado; y el diez por ciento de la parte ofrecida de contado cuando propuso pagar el precio en tractos; en este último caso deberá ofrecer también primera hipoteca o prenda en garantía de saldo, indicando los bienes sobre los que impondrá tal gravamen. Pese a todas estas precauciones, si celebrado el remate y adjudicados los bienes el rematario se niega a otorgar las agarantías que ofreció, o a firmar la escritura correspondiente, el acto quedará, de oficio, insubsistente, y el rematario perderá solamente su depósito en efectivo, el cual se abonará a la obligación (artículos 481 a 484): nos parece que la sanción es demasiado leve, y forma un decepcionante contraste con todo el aparato de cautelas y garantías que el Código exige para hacer postura.

Puede el ejecutante entrar en la subasta haciendo postura como cualquier interesado, pero solamente garantiza el exceso del precio ofrecido sobre el importe de lo sentenciado. En lo demás está sujeto a las mismas estipulaciones que un postor ajeno al proceso.

Se permite naturalmente pujar por mandato, pero es obligatorio revelar el nombre del mandante, de modo que no se permite que se haga postura "en calidad de ceder", como se estila todavía entre nosotros, según uso antiguo. Aunque no hay disposición expresa sobre el particular en el Código Federal, creemos que es razonable concluir que no se permite al deudor hacer postura, en igual forma que lo prohiben casi todas las legislaciones. En ese ordenamiento (así como en el nuestro, pero aquí es menos evidente) una autorización para que el deudor puje no podría conciliarse con reglas como las de los artículos 481 y siguientes y 493. Este último dispone que el deudor puede librar sus bienes antes de "fincado" el remate, si paga en el acto la

suma que se le cobra y presta garantía suficiente sobre las costas que no estuvieren liquidadas en ese momento. Ante esa disposición se comprende que ningún juez permitiría que el deudor hiciera postura, aparte de que esto es un absurdo jurídico cuando el deudor es el dueño de los bienes (lo cual constituye el caso más corriente), porque en tal posición no puede adquirirlos.

El remate se celebra guardando el siguiente orden: a la hora señalada el Secretario del Tribunal controla la asistencia de los postores admitidos, hecho lo cual el Tribunal declara que va a llevar a cabo la subasta, produciéndose, a partir de esa declaración, la consecuencia de que no se admite ningún otro postor fuera de los presentes. En ese mismo acto se examinan las posturas formuladas, desecha que no llenan los requisitos legales, y se lee las que el Tribunal acepta, haciendo seguidamente declaración acerca de la que se estima preferente, que será la que ofrezca mayores ventajas, ya sea por el precio o por la garantía ofrecida (si hubiere empate respecto al precio); en último caso, si las condiciones de las posturas son equivalentes, la preferencia se establece por sorteo (artículos 490 y 491). De ahí en adelante se oirá a quienes mejoren la postura última, y se declarará fincado el remate a favor del postor que hubiere hecho la más alta. Como puede verse, el remate viene a ser, en el Código Federal, un acto privado, pues la postura debe hacerse siempre de antemano. Este sistema tiene ciertas ventajas sobre el nuestro, pues permite al juez un examen de las ofertas y sus garantías, y elimina cualquier elemento de sorpresa o de confusión que pudiera surgir en el acto de la almoneda.

Efectuada la venta, el juez previene al rematante el reintegro de la suma de contado que éste ofreció, y enterada esa cantidad, ordena al deudor que otorgue la escritura respectiva a favor de aquél; si éste se negara, el Tribunal lo hará en su lugar. En cualquiera de ambos casos, el deudor responde de evicción al adquirente (artículos 494 y 495).

Otorgada la escritura, el rematario tomará posesión de los bienes con la ayuda del Tribunal, si la solicitare, acto que se verifica previa citación de quienes pudieran tener interés.

El precio obtenido con la subasta responde al principal, intereses y costas, pero éstas deberán ser liquidadas por el actor dentro de los siete días posteriores al depósito, bajo pena de perderlas, lo cual parece muy puesto en razón, pues obliga a aquél a finiquitar rápidamente el asunto y garantiza al ejecutado que podrá recoger en breve plazo el saldo que le pertenece, si no hay necesidad de retenerlo a favor de otro acreedor (artículos 498 y 499).

La facultad de pedir se rematen los bienes del deudor corresponde por igual a todos los embargantes, pero naturalmente que, una vez realizada la venta, el precio debe ser distribuido según el orden de prelación de los respectivos créditos (artículo 500).

Se permite en la legislación mexicana que el ejecutado renuncie a que se realice subasta de sus bienes, y fije, de acuerdo con su acreedor, el precio por el cual éste puede adjudicárselos, lo que podrá hacer una vez que alcance firmeza la sentencia, salvo si hay otros embargos sobre los mismos bienes. También pueden ambas partes convenir un precio base sin que por ello renuncie el deudor a que se verifique el remate, y en este caso la postura legal será la que exceda el precio convenido y cubra, con la parte ofrecida de contado, el importe de la condenatoria y las costas. Si no hay postores en dicha almoneda, entonces se hará efectiva la adjudicación pactada entre las partes (artículo 501).

En la venta de muebles el Tribunal no interviene directamente, pues aquélla se realiza por medio de un corredor jurado o una empresa comercial que venda el mismo género de cosas. El precio de los mismos será en este caso los dos tercios del fijado pericialmente o por acuerdo de partes, pero se irá reduciendo cada diez días en un diez por ciento hasta lograr la venta. El corredor o casa comercial comisionados expedirán entonces factura de venta al comprador,

firmada por el deudor o por el Tribunal en defecto de él. Del precio obtenido se deducirá el respectivo corretaje o comisión por la venta realizada. El actor puede, en cualquier momento después de ordenada la venta, adjudicarse los bienes que elija hasta cancelar su crédito, por el precio que en ese momento sirva como base para la subasta (artículo 503).

22. REPUBLICA ARGENTINA (CODIGO DE LA CAPITAL FEDERAL)

La República Argentina posee una considerable variedad de Códigos de procedimientos, pues, como es sabido de acuerdo con su estructura constitucional, los y Territorios tienen la potestad legislativa en ese campo, coexistiendo a la par de la legislación federal, las ordenanzas locales. Creemos que no es necesario intentar una descripción siquiera brevísima, de cada uno de los sistemas ejecutivos que contienen esas distintas legislaciones, pues nos parece que, en lo esencial, todos se aproximan a lo que podría establecerse como el proceso ejecutivo típico de ese país, cuyo especimen más calificado lo es el que consagra el Código de la Capital. Será éste, pues, el objeto de nuestro comentario.

23. TITULO EJECUTIVO.

Dispone en primer lugar el Código citado que cabrá ejercitar la vía ejecutiva cuando se reclame una suma de dinero con base en un título ejecutivo o, para usar las mismas palabras del texto, "en virtud de un título que traiga aparejada ejecución" (artículo 464). Consagra este artículo, como vemos, un principio muy importante a saber: que se procederá ejecutivamente cuando se reclame "dinero", en cuya virtud no son pasibles de esta vía los procesos en reclamo de cosas ni, por supuesto, para exigir coactivamente

el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, para todo lo cual existen otras vías.

Viene luego una enumeración, que aparenta ser limitativa, de los "títulos que traen aparejada ejecución" (artículo 465), los cuales son: 1º, Instrumentos públicos presentados en forma, es decir que llenan las formalidades necesarias para ser tales instrumentos públicos (requisitos internos); 2º, Documentos privados en los que la firma del obligado hubiere sido reconocida judicialmente por éste; 3º, Confesión, hecha ante juez competente, de adeudar suma líquida y exigible; 4º, Cuentas a cargo del demandado que éste hubiera reconocido en un proceso, o que hubieran sido objeto de aprobación por quien goza, en virtud de ley, de atribuciones para ello; 5º, El juramento decisorio (en cuya virtud, se entiende, resulta la existencia de una obligación a cargo del demandado); 6º, las letras de cambio, vales o pagarés debidamente protestados o reconocidos judicialmente (en defecto del protesto); y 7º, los créditos que resulten a favor del propietario por arrendamiento de inmuebles.

La anterior lista no se distingue, esencialmente, de la que contienen sobre esta materia la mayoría de los Códigos procesales latinoamericanos, como podemos constatarlo haciendo un repaso mental de los incidentes del artículo 425 de nuestro propio Código. Sin embargo existen algunas diferencias interesantes, se incluye entre los títulos ejecutivos, verbigracia, los créditos que provienen de la falta de pago del precio del arrendamiento de predios, urbanos o rústicos, sin que el cobro de las sumas correspondientes implique en forma alguna petición de desalojo, o aún de que se declare la resolución del contrato de arrendamiento; por el contrario, la acción ejercida por el propietario se limita al cobro de las sumas debidas, y el inquilino puede continuar ocupando el inmueble si aquél no lo demanda separadamente en proceso de desalojo. En este caso el título ejecutivo, si no constare en instrumento público, se prepara pidiendo al ejecutado, en primer lugar, que manifieste si es o no inquilino, y previniéndole, caso

afirmativo, que en ese mismo acto debe exhibir al Juez el último recibo que pagó a su demandante por concepto de alquileres (artículo 466, segundo apartado). En tal situación, si el demandado negare ser tal inquilino, "siéndolo en realidad", su declaración podría ser usada en su contra por el propietario para lograr un desahucio rápido; y si admitiere ser parte en el contrato de locación existirá en su contra presunción de que adeuda aquellas mensualidades cuyo pago no puede comprobar mediante documentos, que podrán ser los recibos emanados del casero, y que deberá exhibir, como dijimos, en ese mismo acto. Observamos que el título es, en este caso, de origen confesorio, pues se basa en una declaración de parte, y que la existencia de la obligación se presume de la existencia del contrato mientras el obligado no destruya dicha presunción mediante la exhibición de los correspondientes documentos.

Hay también otro título ejecutivo, que por cierto nunca ha existido en nuestra legislación: el juramento decisorio, cuya eficacia (y cuya importancia práctica, de consiguiente) ha sido cada vez menor, y cuyo prestigio ha ido perdiéndose en la medida en que ha disminuido el valor de la promesa de decir verdad. En efecto, habrá quien se atreva todavía hoy a pasar por lo que jurare su contrario, tratándose de algún asunto importante? No sabemos, a ciencia cierta, si la razón de que el instituto se conserve en algunos de los Códigos procesales argentinos (a saber, en los de las Provincias de Buenos Aires, San Luis, Salta y Corrientes) sea indicio de su funcionalidad, pero nos inclinamos a pensar que la causa sea más bien otra, ya que, como dice Podetti, " ...se trata evidentemente, de una institución destinada a desaparecer y carente de significación práctica..." (Ramiro J. Podetti: Tratado de las ejecuciones, página 124; Ediar, Argentina, 1952). La razón de su existencia debe ser, pues esa resistencia de la ley a ser derogada, que deriva en línea recta de la inercia conservadora del legislador, fenómeno que, por lo visto, tiene carácter universal.

Acerca de las cuentas aprobadas o reconocidas "en juicio", como expresa el Código, con seguridad que no se referirá a aquellas obligaciones que resultan de providencias judiciales, puesto que, como explica el propio doctor Podetti, dicha clase de cuentas se reclaman por la vía, más expedita, de la ejecución de sentencia; de modo que, siguiendo a dicho autor, resulta más lógico creer que se trata de títulos emanados de los Bancos en forma de constancia, y que se refieren a la existencia de saldos líquidos en cuenta corriente, la cual constancia suele tener carácter ejecutivo conforme lo han dispuesto leyes especiales de las distintas provincias.

24. TITULOS EJECUTIVOS INCOMPLETOS. MANDAMIENTO DE EMBARGO.

Entre los enumerados hay diversos títulos que deben sufrir una etapa de perfeccionamiento antes de ser ejecutivos. Así sucede, como vimos, con el crédito por alquileres, y eso mismo debe hacerse en caso de documentos privados, títulos valores no protestados y, en general, siempre que sea necesario el reconocimiento judicial. En tales supuestos la acción ejecutiva se prepara pidiendo al Juez que haga comparecer al demandado para que manifieste si reconoce el documento, produciéndose entonces una tramitación parecida a nuestra instancia prejudicial de reconocimiento, pero todo dentro del mismo proceso ejecutivo, más bien como acto previo al examen del título por el juez (artículos 466 y 470).

Una vez que se haya completado el título, el juez lo examina "cuidadosamente" (artículo 471) y libra mandamiento de embargo contra el demandado si estima que el instrumento aportado apareja ejecución. Dicho mandamiento es entregado al actor, quien lo lleva al funcionario encargado de diligenciarlo, que lo es el oficial designado para ello por la Oficina de Mandamientos y Notificaciones, que es el organismo en que se centralizó todo el ramo

de los ejecutores y los notificadores, distribuyéndolos por zonas. El oficial judicial es, pues, el funcionario encargado de presentar el mandamiento al deudor, requiriéndolo a fin de que pague la totalidad de la suma allí indicada. Si dicho pago no se produce en el acto, el oficial procede de inmediato a trabar embargo en bienes del ejecutado, en cantidad suficiente a cubrir la suma reclamada y las costas, según cálculo prudencial del propio ejecutor. En caso de que el demandado no se encuentre presente, el requerimiento se verifica con cualquier persona de su casa, o con algún vecino cercano, y en último caso, hasta se puede fijar una copia del mandamiento en la puerta de la casa del deudor —si fallaran los otros medios— y eso valdrá como requerimiento. En cuanto al embargo propiamente dicho, éste se llevará a cabo siempre, esté o no presente el deudor, a quien se notificará después la realización de la diligencia, o haciéndoselo saber al defensor que se nombre, en caso de no saber el paradero de aquél (artículo 471).

Pero puede ocurrir que el juez no dé curso a la ejecución, porque estime que falta alguna de las formalidades que el ejecutante debe llenar (y en este caso se despachará el mandamiento tan pronto el interesado satisfaga el reparo), o bien cuando considere el Juez que el título carece de un presupuesto de ejecutabilidad, en cuyo caso denegará la tutela demandada. Contra esta última resolución cabe al actor el derecho de apelar "en relación" dentro de tercero día (artículo 472), lo cual, traducido a nuestro lenguaje procesal, significa que la apelación será sustanciada rápida y sencillamente, con plazos más breves y sin mayores formalidades, puesto que, como indica Alsina, cuando el recurso se concede en relación "el tribunal se pronuncia teniendo en cuenta únicamente las actuaciones producidas ante el inferior", sin que se discuta nuevamente la cuestión ni se produzca prueba (Hugo Alsina: Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar, Argentina, 1961; Tomo IV, pág. 226).

La facultad de embargar incluye otras que solamente forzando el sentido de esa palabra podrían considerarse como "embargo" pese a que tienen una finalidad cautelar: nos referimos a la llamada "inhibición", que consiste en la orden impartida por el Tribunal o los Registros de la Propiedad Inmueble a fin de que no inscriban documentos en que el deudor aparezca vendiendo a gravando bienes. Tal medida procede solamente en el caso de que el ejecutante no conozca bienes como de propiedad de su deudor, o éste no los presente o señale en el acto del requerimiento-embargo. Los efectos de la inhibición cesarán cuando el deudor afianzare satisfactoriamente la deuda, o presentare bienes sobre los cuales se pueda hacer recaer el embargo (artículo 474).

El artículo 476 establece un orden para efecto de practicar la traba en bienes del ejecutado, en la misma forma que hemos visto en la legislación mexicana, con pequeñas diferencias; pero la facultad de señalar los bienes sobre los que recaerá el secuestro corresponde aquí al ejecutante (artículo 478), salvo que se muestre conforme con los que el ejecutado le ofrezca en el acto de la diligencia.

En cuanto a inmuebles, el embargo debe comunicarse de oficio por el Secretario del Tribunal al Registrador de Hipotecas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la fecha de practicarse la traba, y el Registrador, a su vez, deberá anotarlo en sus libros dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de la nota, bajo pena de incurrir en severos castigos (artículo 482). El embargo sobre sueldos, salarios y pensiones está limitado a la cuarta parte del importe de los mismos (artículo 481); y en cuanto a bienes muebles, pueden embargarse de toda clase y valor, salvo el lecho "cotidiano" del deudor, su mujer y sus hijos, sus ropas y muebles de uso indispensable, los instrumentos de trabajo y los sepulcros, excepto que, en este último caso, el embargo se origine en un reclamo de su vendedor o constructor (art. 479).

25. PERIODO CONTENCIOSO.

La sola intimación de pago hecha por el oficial de justicia al deudor importa el emplazamiento para oponer las excepciones, iniciándose, a partir de tal acto, el término de cinco días que aquél dispone para defenderse (ver el artículo 58 de la Ley Nº 14.237 de 1953). En esa forma se reúnen en un solo momento procesal varios actos jurídicos: requerimiento, embargo, emplazamiento y notificación de éste, con gran economía de tiempo y de trabajo para las partes y el tribunal.

Si el demandado no hiciere oposición dentro del término dicho, el juez pronuncia de una vez la llamada tencia de remate" (artículo 486). Si, en cambio, se opusiera en tiempo, tendrá que deducir por única vez las excepciones que tuviere, que no podrán ser otras que las relativas a: 1º Incompetencia; 2º falta de personería en el actor, en el demandado o sus representantes; 3º litispendencia en otro juzgado o tribunal competente; 4: falsedad del título o inhabilidad del mismo, limitada a las formas extrínsecas; 5º prescripción; 6º pago debidamente documentado; 7º compensación; y 8º quita, espera, remisión, novación, transacción o compromiso, debidamente documentados (artículo 488).

De dichas excepciones, si fueren consideradas admisibles, se dará traslado al actor por tres días, y luego se abrirá a pruebas el proceso por diez días comunes. Cualquier tipo de prueba es admisible al efecto, sin perjuicio, claro está, de las limitaciones que, en ciertos casos, establece la ley.

Haremos notar que en la Argentina, como en nuestro país, no se puede alegar la ilegitimidad de la causa de obligación que se cobra dentro del proceso ejecutivo, de modo que en el inciso 4º del artículo 488 citado se hace expresamente excepción de la carencia o ilicitud de la causa como medio de defensa del demandado, evitando así una

vieja polémica que al respecto se ha venido produciendo en la doctrina.

El juez puede declarar en puertas la inadmisibilidad de las excepciones que opone el demandado, debiendo entonces dictar de inmediato la sentencia de remate (artículo 491). Contra ella no goza el ejecutado de ningún recurso, teniendo que esperar hasta que se dicte la sentencia para hacerlo. Esto puede parecer peligroso, pero no lo es si se considera que la sentencia será pronunciada poco después del rechazo de las excepciones, y que contra aquella sí podrá el ejecutado, de una vez por todas, plantear apelación y alegar ante el Superior los agravios que se le han inferido durante el proceso. De otro lado, el sistema tiene la ventaja de que concentra en un solo momento todas las medidas de impugnación de que goza el deudor, evitando así las duplicidades dispensadas que ocurren, por ejemplo, en nuestro sistema, en que el demandado puede apelar del auto que despacha la ejecución, del que le rechaza excepciones y después, de la propia sentencia, aunque el motivo de su inconformidad sea el mismo en todos los casos.

Recibida la prueba o transcurrido el término a ella destinada, por dos días se pondrá de manifiesto la que hubiere sido producida en autos, y pasado ese plazo el juez llamará "autos para sentencia" (que es equivalente a nuestra citación de partes para sentencia). También, para mejor proveer, puede en ese mismo momento correr un nuevo traslado probatorio con las partes por seis días (artículos 495 y 496). Al vencimiento de este nuevo plazo o a partir del llamamiento de "autos", en su caso, goza el juez de seis días para dictar el fallo, el cual solamente podrá expresar que no hace lugar a la ejecución o que la lleva adelante (artículos 497 y 498). "La sentencia, dice Podetti, debe ser fundada, aunque brevemente..." (op. cit. pág. 263) cuando esté en el primero de los casos previstos, es decir, cuando se rechaza la ejecución; en el otro caso, sea cuando resuelve llevar adelante la ejecución, puede

reducirse la sentencia a la parte dispositiva. De cualquier modo que sea, la sentencia dictada en esta clase de procesos no causa estado, por lo que las partes gozan siempre de la posibilidad de ocurrir a la vía ordinaria en defensa de sus derechos (artículo 500).

26. REGIMEN DE APELACION.

En el proceso ejecutivo no cabe apelación ni siquiera de la sentencia de remate, aparte de los casos en que la ley, en forma taxativa, conceda a las partes este remedio (artículo 505). Descontando el caso ya examinado en el párrafo anterior, la sentencia es apelable cuando las excepciones opuestas a la demanda hubiera sido das "de puro derecho" por el tribunal (lo que equivale a una negativa a recibir prueba sobre las mismas) o cuando, fundándose aquéllas en elementos de hecho, se hubiera producido efectivamente prueba sobre los mismos (artículo 501). Vemos entonces que al tenor de esas disposiciones la alzada no cabe cuando se trata de impugnar por su medio una sentencia recaída en un proceso donde el deudor no ha hecho oposición, o cuando formulada oposición, hubiera sido abandonada por su promotor, o propuesta sin el designio serio de fundarla. En tales casos no se permite al ejecutado que estorbe con apelaciones la rápida marcha del proceso: para que se conceda a su favor el recurso de apelación el demandado debe trabajar desde el principio del proceso para ganárselo, mediante una actividad defensiva seria y responsable. En cuanto a las resoluciones interlocutorias recaídas en el proceso ejecutivo, no se concede apelación contra ninguna, cualquiera que sea la parte de que se trate, salvado el caso de que, como dijimos, se deniegue en puertas la ejecución, en el cual el actor sí goza de dicho recurso, concedido "en relación" (artículo 472).

A quienes se preocupan por lograr una mayor rapidez en la tramitación de los asuntos, las reglas arriba descri-

tas les tiene que parecer de perlas, pues ellas constituyen un buen ejemplo de la forma en que puede administrarse con sencillez e inteligencia el régimen de contralores del proceso judicial, concentrando, como antes dijimos, en un momento único (la impugnación de la sentencia de remate) la posibilidad de que los tribunales superiores revisen los actos que se estima ilegales, pero reservando tal facultad a quienes han desplegado una defensa acuciosa. De esta manera se cumple uno de los principios del proceso sumario, sin perjuicio de que en la vía declarativa puedan las partes discutir con amplitud lo que a sus derechos corresponda.

Pendiente el recurso, puede ejecutarse la sentencia condenatoria si el ejecutante rinde fianza bastante dentro de los seis días siguientes a la fecha del auto que admite la apelación de la contraria (artículos 501 a 503). El ejecutado, por su parte, puede obtener del tribunal que mantenga vigente la fianza dicha, para que ésta garantice sus derechos cuando entable demanda ordinaria contra el actor. En tal caso deberá pedirlo así dentro del mismo plazo señalado, y en esa forma la fianza que el actor rinde para ejecutar la sentencia impugnada por el demandado, servirá para garantizar a éste la efectividad de sus derechos, caso de que resulte victorioso en el proceso ordinario que entable (artículo 504). Si el deudor deja transcurrir el plazo indicado sin hacer dicha petición, la fianza se cancela una vez que el Superior confirme la sentencia apelada, y aquél se priva de dicha garantía para efecto de su reclamo en vía declarativa.

Estando los autos ante el Superior, no se admite otra prueba que la de documentos públicos, con el objeto de reducir la defensa a los casos en que proceda de modo evidente, y no demorar en alzada la tramitación del proceso, después que se ha llevado con rapidez en primera instancia, pues de ese modo sería inútil la ventaja obtenida. Porque ese es otro de los vicios del proceso en los países

de cultura española: la tendencia a convertir la instancia de apelación en un nuevo proceso duplicando así las demoras naturales que sufre la administración de la justicia.

27. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE REMATE.

Cuando fuera el caso de ejecutar la sentencia y lo embargado consistiese en dinero efectivo se pagará de inmediato al ejecutante (artículo 508), en la misma forma que se hace en nuestro procedimiento. En el caso de que lo secuestrado fuere bienes muebles la venta se lleva a efecto por un martillero público, sin que medie avalúo amplio anuncio del remate en la forma y plazos que el juez determine, según sea la importancia de los bienes (artículo 509). Cuando se trata de objetos de oro y plata, deben ser expuestos al público mientras transcurre el plazo que va de la publicación del anuncio a la venta, en un lugar apropiado que el juez elige y que el propio anuncio indicará.

Tratándose de bienes inmuebles se procederá en la siguiente forma: como base para la almoneda servirá una suma igual a los dos tercios del avalúo que los bienes ostenten para efecto del pago del impuesto territorial, y si dicho avalúo no existiera, se determinará por peritos cuyo dictamen podrá acoger o desechar el juez, después de oir a las partes (artículos 510 y 511). Una vez practicado el avalúo de los bienes, se ordenará llevar a cabo la subasta, que ejecutara el martillero público que las partes, o el juez en su defecto, designen. Es necesario publicar un edicto con un plazo de quince a treinta días de antelación a la fecha del remate, fijándolo en la puerta de la "escribanía" y en otros sitios públicos, y mandando insertarlo en los diarios del lugar "por diez veces a lo menos" (artículo 513). Si se trata de bienes situados fuera del centro urbano donde está el asiento del tribunal, también deberá exhibirse el edicto en el Juzgado de Paz del lugar donde se encuentran dichos bienes. Además, la parte interesada puede ha-

cer toda la propaganda que desee para tratar de obtener buenas ofertas de compra, y el tribunal, a su solicitud, expedirá las copias del edicto que para ese efecto se requieran.

En el acto de la subasta se formularán las posturas, las cuales deberán ser por lo menos de los dos tercios de la base, como nosotros (artículo 515). No habiendo postores se dará por terminado el acto y se dispondrá su próxima celebración con la base rebajada en un veinticinco por ciento, y si tampoco entonces hay postores el remate se celebrará sin fijación de base (artículo 62 de la Ley Nº 14.237 citada). El martillero encargado del acto responderá, en todo caso, de cualquier irregularidad que se produzca, e informará de su gestión dentro del término de diez días a partir de la celebración de la almoneda. Cuando el juez estime que el martillero ha incurrido en retraso para informar o en algún acto ilícito puede imponerle una suspensión, y hasta puede cancelarle su matrícula de martillero, si el caso lo amerita.

Practicado el avalúo de los bienes, si la suma indicada en el mismo no alcanzare para cubrir con ella el crédito reclamado, podrá el actor pedir que se amplíe el embargo con otros bienes del demandado (artículo 518). Este sistema, que parece excluir la posibilidad de revisar el punto de antemano, como se indica en nuestro artículo 541, segundo apartado, por la vía incidental, nos parece inferior al nuestro, pues obliga al ejecutante a esperar el avalúo para poder solicitar la ampliación.

Cuando el remate se malogra por culpa de un postor-adjudicatario, la parte perjudicada puede accionar ejecutivamente contra él en cobro de la diferencia de precio producida en virtud del remate reiterado, intereses y costas de las gestiones que resultaron infructuosas (artículo 519). No establece el Código de la Capital nada relativo a las seguridades que deben dar los postores antes de la puja, como es el caso del depósito previo de la legislación mexicana y en la nuestra, pero es posible que exista alguna regla al respecto en las leyes y reglamentos que organizan

el estatuto de los martilleros públicos y a los detalles de la celebración de los remates. Es solamente una hipótesis, pero nos resistimos a creer que en un código como el de comentario se haya omitido por inadvertencia establecer una caución mínima para el evento de que el postor incumpla la promesa de oblar el precio del bien subastado.

Una vez llevado a cabo el remate se procede a entregar los bienes o las escrituras, en su caso, en manos del rematante, pero tratándose de las escrituras, aquél tiene derecho a eximanarlas antes de consignar el precio ofrecido, conservando la facultad de desistir de la compra sin ninguna responsabilidad de su parte si los títulos relativos al inmueble que se adjudicó adolecieran de algún vicio importante (artículos 520 a 522).

Consignado el precio, el tribunal, de oficio, liquida el capital, intereses y costas causados, y lo comunica seguidamente a los interesados, quienes podrán discrepar de dicha fijación, manifestando sus objeciones ante el juez. En todo caso éste resuelve el diferendo sin más trámite ni recurso (artículo 523 y 524), hecho lo cual procederá el actor a hacerse pago de su crédito. Si el demandado manifestare que tiene el propósito de plantear juicio ordinario contra su ejecutante, contará para ello con treinta días de plazo, dentro de los cuales no podrá el actor pagarse su crédito sin afianzar debidamente. Por consiguiente la fianza rendida por él para ese efecto quedará cancelada de pleno derecho si el ejecutado no plantea su demanda dentro del plazo dicho (artículos 525 y 526).

Si no hay acreedor con derecho preferente el ejecutante se paga primero, hasta donde alcance el dinero obtenido en la subasta (artículo 527). No obstante ello, su derecho cederá ante el crédito que por honorarios tenga el defensor del ejecutado, cuando hubiera sido nombrado tal por el tribunal, procediendo éste de oficio (artículo 528), lo cual es muy justo, ya que la colaboración del defensor hace posible la marcha del proceso y, por ende, lo

satisfacción del crédito debido. En cambio no tiene ningún privilegio la cuenta de gastos causados por el deudor en procura de su defensa.

28. OTRAS CUESTIONES.

Hemos dejado para el final el examen de ciertas disposiciones que, según creemos, ameritan un comentario expreso, por parecernos afortunadas o, simplemente, curiosas. Está en ese caso el artículo 484 del Código, que dice. "Si durante el juicio ejecutivo y antes de pronunciarse sentencia venciere algún nuevo plazo de la obligación en cuya virtud se proceda, puede, si lo pidiere el actor, ampliarse la ejecución por su importe, sin necesidad de retroceder, y considerándose comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido". Como se ve, estamos ante una situación en la que se adopta un procedimiento que nos parece desacostumbrado, y que podría llamarse "acumulación sucesiva de acciones", en cuya virtud el actor cobra en un solo proceso un crédito pagadero en tractos sucesivos, sin necesidad de tramitar para ello, cada vez, una ejecución separada, con sus apercibimientos, oposiciones, etc. De esta forma el demandado solo puede hacer una oposición y el asunto se resuelve de una sola vez por todas, evitando así la obstrucción sistemática, abuso ante el cual se desesperan impotentes jueces y abogados, puesto que es difícil suprimirlo sin afectar, a la vez, el derecho legítimo a la defensa que constituye, para todo ciudadano, una garantía constitucional.

El artículo 507 dispone: "Las costas del juicio ejecutivo serán todas a cargo de la parte que sea vencida en último grado, con excepción de las correspondientes a cualquiera pretensión de la otra parte que haya sido desestimada". Creemos que es esta una regla saludable, y que valdría la pena introducir expresamente en nuestra legislación el principio que la consagra (en cuanto a la segunda

parte se refiere), y decimos "expresamente" porque de manera implícita sí podría deducirse entre nosotros de lo que dispone el artículo 1028, segundo apartado, del Código de procedimientos civiles, estimando que la facultad que al juez se le otorga ahí debe ser necesariamente ejercida por él cuando se está ante gestiones "ociosas o innecesarias" que hubieren sido desestimadas formalmente. Pero nuestro texto no basta, y prueba de ello es que prácticamente ha sido olvidado, en cuanto esa parte, por jueces y abogados, en forma tal que no se establece, gestión por gestión, a quien corresponde el pago de los gastos referidos, independientemente de la condena general en costas.

29. ITALIA.

Como ya lo habíamos dicho en páginas anteriores, el proceso italiano se encuentra emparentado con el tipo francés de ejecución judicial, pero con la ventaja sobre éste de que quien dirige en Italia la ejecución lo es el llamado "juez de la ejecución", y no un oficial público, como en la ejecución "pura". Pero ese detalle no logra borrar las muchas semejanzas que existen entre ellas, de las cuales es un ejemplo la terminología del Código italiano, que no es la propia de los juicios de conocimiento sino la de las ejecuciones. En efecto, no se habla aquí de "juicio", sino de "ejecución forzada" poniendo el énfasis en la parte predominante administrativa de la ejecución: la expropiación, y no en la predominantemente judicial: el contradictorio, aunque sea éste sumario.

No se entienda lo anterior como una crítica al proceso italiano; incluso podría ser más bien un elogio, según se verá en las páginas que siguen, en virtud de que nos parecece innegable que la elaboración italiana responde a un criterio más técnico para resolver los problemas de ese tipo de proceso. Pero no se trata de ninguna de las dos cosas, sino de señalar la diferencia de orientación que al respecto marca la legislación italiana, y poder valorar, en

su oportunidad, los logros que se pueden alcanzar en una y otra dirección.

Dicho lo anterior pasaremos a hacer un examen del Código de procedimiento civil italiano promulgado el veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y que entró en vigor el veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y tres, en la parte que nos interesa, pero omitiendo el estudio detallado de algunas instituciones, no porque sean intrascendentes, sino porque rebasan el carácter sumario y elemenal de este trabajo, dada la enorme extensión de la parte del Código relativa a nuestro tema. Nos referimos, en particular, a los sistemas especiales de expropiación forzosa que tal Ordenamiento reglamenta in extenso (102 artículos), mediante un desarrollo detalladísimo de los procedimientos a seguir en cada caso.

El proceso de ejecución ocupa el Libro Tercero del Código y es, a juzgar por la gran cantidad de disposiciones que se le dedican, y por la forma en que fue concebido, una de las partes fundamentales del orden procesal civil italiano. En efecto, constituye aproximadamente la quinta parte del Código y fue diseñado, hablando en términos generales, como una de las etapas del proceso civil, visto éste en su unidad, más bien que como un proceso autónomo. Esto último se debe a que, como claramente lo expresa Redenti, conforme a la concepción italiana la "acción ejecutiva" tiene como objeto, no obtener un pronunciamiento declarativo, constitutivo o de condena, sino un resultado puramente material (Derecho procesal civil; Ejea, Argentina, 1957; Tomo II, Nº 203); y es lógico que, si tal es el fin del proceso ejecutivo, éste debe apoyarse, por regla general, en el antecedente de un proceso de conocimiento, cuyo acto culminante (la sentencia) le sirve de presupuesto. No obstante lo dicho existen en el sistema italiano otros títulos ejecutivos distintos de los emanados de pronunciamientos judiciales, y son los de origen negocial, pero ello es así en virtud de una muy conveniente integración proce-

sal que, aún cuando puede suscitar objeciones en el campo procesal teórico, llena fines de utilidad en el práctico.

El Libro Tercero del Código procesal civil italiano se divide en seis Títulos que llevan los siguientes epígrafes: I. Del Título Ejecutivo y del Precepto; II. De la expropiación forzada; III. De la ejecución por entrega o libramiento; IV. De la ejecución forzada de obligaciones de hacer y no hacer; V. De las oposiciones; y VI. De la suspensión y de la extinción del proceso. Los examinaremos en ese orden.

30. DEL TITULO EJECUTIVO Y DEL PRECEPTO.

El artículo 474 abre la marcha indicando cuáles son los presupuestos de la ejecución forzada, a saber: un título ejecutivo y un derecho cierto, líquido y exigible que se ejercita por medio de aquél. El título ejecutivo es, pues, un presupuesto procesal de la ejecutabilidad, mientras que el derecho lo es de fondo, es decir, constituye una condición de admisibilidad del título. El quid está en que al hablarse aquí de "título ejecutivo" se alude al documento, mientras que cuando se menciona el derecho "cierto" (es decir, cuya existencia no aparece controvertida), "líquido" (expresado mediante un quantum concreto) y "exigible" (cuyo cumplimiento no está sujeto a plazo o a condición) se alude a los enunciados que el documento contiene, vale decir, a la materia del mismo. Entre nosotros se disputa acerca de si la liquidez y la exigibilidad de la obligación forman parte de la ejecutividad del título, de modo que al faltar aquéllas, éste no es ya "ejecutivo". En la doctrina española parece ser tal el criterio que se acepta, pero debe advertirse que no lo es para los autores del Código italiano. Para éstos la ejecutividad es una "forma" que asumen ciertos documentos, y que consiste en una "fórmula" que en ellos estampan ciertos funcionarios públicos, ordenando ejecutar el documento, y otros extremos (artículo 475). Así, pues, podría atacarse la "ejecutividad" del título por defecto de la fórmula, sin aludir a su contenido, y viceversa.

Los títulos ejecutivos son de tres clases: (artículo 474):

a) Sentencias y providencias a las cuales la ley expresamente atribuye eficacia ejecutiva;

b) Letras de cambio y demás títulos de crédito, y actos que estén en las mismas condiciones dichas; y

c) Actos autorizados por funcionarios facultados por la ley para recibirlos, respecto de obligaciones en metálico que contengan.

La fórmula ejecutiva sólo es necesaria, naturalmente, en los títulos aludidos en los grupos a) y c) ya que los títulos de crédito en general no la requieren, por su propia naturaleza. Debemos hacer observar que, en general, los dos grupos dichos sirven para contener en la práctica, multitud de actos jurídicos de origen judicial o contractual, mientras que los títulos de crédito están expresamente determinados en la ley.

Aunque el acto jurídico conste en documento del cual existen varias copias, solamente una podrá ser expedida en forma ejecutiva, es decir, sólo una contendrá la fórmula ejecutiva, con el objeto, nos parece, de evitar que se entable contra el deudor una pluralidad de ejecuciones con base en una sola obligación. Para lograr otras copias el interesado debe solicitarlo al juez que dictó la resolución, o al presidente del Tribunal en cuya circunscripción se extendió el documento, en su caso, a fin de que éstos examinen la oportunidad del pedido (artículo 476).

31. NOTIFICACION.

Dispone la ley que la ejecución va precedida, por regla general, de la notificación del título ejecutivo y del precepto, hecha al deudor. Esa especial redacción ha provocado la crítica de Carnelutti, quien ha observado al respecto que la misma parece indicar una separación entre

esa diligencia de notificación, que es una diligencia introductoria, y el verdadero comienzo de la ejecución forzada (ver Instituciones del Proceso civil; Ejea, Argentina, 1960; Tomo III, Nº 668), de manera que la primera no sea otra cosa que un acto preparatorio ajeno a los trámites propios de la segunda. Empero, todo parece reducirse a un simple error en la redacción, queriéndose indicar en el fondo que la ejecución forzada se inicia con la notificación del precepto y el título, si la ley no dispone otra cosa. No puede haber otra explicación, ya que es evidente que la notificación, en los casos en que se requiere, forma parte de los actos procesales introductorios de la ejecución forzada, pues comunica al deudor la existencia de la misma y el contenido del precepto.

El precepto, que es la intimación hecha al deudor por el acreedor para que cumpla la obligación que resulta del título ejecutivo, dentro de un término no menor de diez días, "con la advertencia de que en su defecto, se procederá a la ejecución forzada" (artículo 480), puede ser redactado al pie del título y ser notificado al mismo tiempo, personalmente, al deudor, salvo si el título dimana de una sentencia, pues en ese caso puede notificarse a quien hubiese figurado como apoderado del deudor, siempre que entre la sentencia y la notificación no hubiere mediado menos de un año, pues en caso contrario la notificación debe hacerse personalmente al deudor (artículo 479). Todas estas precauciones pueden parecernos complicadas y poco funcionales, pero debemos pensar que se trata de una legislación aplicada a un país grande y superpoblado, en el que resultarían insuficientes nuestras regulaciones vagas y poco comprensivas. Si el título emana de sentencia, quiere ello decir que la ejecución es una fase ulterior de un proceso en que dicha sentencia fue pronunciada, y de ahí que pueda entonces, dentro del año, notificarse legalmente a quien figuró allí como defensor del deudor. Pasado el término dicho se presume que los vínculos entre el abogado

y su cliente se han disuelto, y por ello ya no se concede eficacia sino a la notificación hecha personalmente al deudor.

Además de los requisitos dichos, el precepto debe contener, bajo pena de nulidad: "indicación de las partes, fecha de notificación del título ejecutivo, cuando ésta se haya hecho por separado, o la transcripción íntegra del propio título cuando sea requerida por la ley. En este último caso el oficial judicial habrá de certificar, antes de la diligencia de notificación, haber compulsado que la trascripción se corresponde exactamente con el título original. El precepto habrá de contener, además, la declaración de residencia o la elección de domicilio de la parte solicitante en el municipio en que radica el juzgador competente para la ejecución. En su defecto, las oposiciones al precepto se propondrán ante el juzgador del lugar en que haya sido notificado, y las notificaciones a la parte solicitante se harán en la cancillería del propio juzgador..." (artículo 480).

El precepto cesa de ser eficaz si transcurren noventa días o más entre su notificación y el inicio de los procedimientos subsiguientes de la ejecución, pero éstos no pueden comenzar antes de que transcurra el término mínimo de diez días, si no se ha indicado otro plazo mayor en el acta del precepto. Sin embargo, la ejecución puede llevarse a cabo en forma inmediata si, a juicio del tribunal, hubiere peligro en el retardo (artículos 481 y 482). El transcurso del término de eficacia del precepto queda suspendido en caso de que se proponga oposición contra el mismo, y mientras dicha oposición no sea resuelta en definitiva (artículos 481 y 627). Ya veremos como se produce y tramita la oposición al precepto y al título.

El precepto, que como vimos es una intimación de pago que una parte hace a otra por medio del oficial judicial, no existe en Costa Rica como institución procesal, no obstante que entre nosotros se oye hablar de "auto de precepto solvendo", lo cual pareciera significar que sí tenemos nuestro precepto, pero no como acto de parte, sino del

órgano jurisdiccional. Pero la verdad es que, pese al nombre un poco impresionante de "auto de precepto solvendo", no hay entre nosotros otro precepto que el de una clase, casi extinguida dentro del proceso ejecutivo, que se llama "requerimiento de pago", pues en el auto que lleva el nombre arriba citado no aparece el precepto por ninguna parte.

Si echamos una ojeada a las legislaciones que en este trabajo hemos reseñado podemos comprobar que, incluso nuestro "Código General" de 1841, contienen y desarrollan con diversas modalidades la institución del precepto como acto introductorio al proceso ejecutivo. Y ello no es por casualidad, ni porque se trata de una venerable que infunde respeto, sino porque lo normal y razonable dentro de un orden procesal ordenado (valga la repetición) es que se intime al ejecutado para que cumpla la prestación que se le cobra por lo menos en el mismo acto en que se van a tomar en su perjucio una serie de medidas asegurativas y compulsivas. Así, por ejemplo, vemos como en Italia el acreedor puede incluso darse el lujo de no embargar a su deudor en el momento de notificarle el precepto, lo cual sólo es posible en un país bien organizado, en donde las tretas y las ocultaciones maliciosas de bienes pueden fácilmente ser descubiertas y castigadas.

32. DE LA EXPROPIACION FORZADA.

Como habíamos anticipado, de la expropiación forzada solamente vamos a examinar los procedimientos generales, dejando apenas mencionados algunos aspectos de los que se dedican especialmente a las diversas modalidades de expropiación, a saber: las relativas a muebles (artículos 513 a 554, inclusive) y a inmuebles (artículos 555 a 604, inclusive), que a su vez incluyen modalidades de expropiación para cuando se trata de bienes indivisos o en poder de terceros propietarios. Esta obligada limitación,

que lamentamos, se ha impuesto por la necesidad de dar al comentario sobre la ejecución en el proceso italiano una extensión proporcionada a las dimensiones en que fue concebida la "Segunda Parte" de este trabajo.

Para iniciar nuestro tema diremos que, en primer lugar, pese a esa división entre expropiación mobiliaria, inmobiliaria, etc., el acreedor tiene la facultad de acumular las distintas clases de expropiaciones dentro de un solo proceso, para su mejor garantía, pero naturalmente que el Juez puede limitar ese derecho, si el deudor se lo solicita expresamente, al tipo de expropiación que el acreedor, puesto a escoger, prefiera, o al que en su defecto señale el propio juez (artículo 483). Esta medida pone en manos de este último (el juez) un instrumento eficaz para regular prudentemente los intereses del caso que tiene entre manos, disponiendo que el acreedor practique simultáneamente ambos expedientes cuando así cuadre a sus intereses, y que el deudor, por su parte, no esté obligado a sufrir impotente el menoscabo que ello le ocasione.

Este aspecto revelador del uso acumulativo de expedientes en manos del juez nos proporciona un ejemplo de lo que constituye, en el aspecto procesal, el espíritu de la expropiación forzada: atributos de dirección casi ilimitados en manos del "juez de la ejecución". En efecto, como regla general dispone el artículo 484 que "la ejecución la dirige el juez", lo que significa, tratándose de un tipo de proceso predominantemente oral, que el juez tiene el poder de modelar la secuencia de los trámites en virtud de disposiciones muy amplias, que le permiten ejercer una considerable dosis de iniciativa libre.

El Presidente del Tribunal es quien nombra, en cada caso, al juez de la ejecución, y para ello debe el Secretario pasarle el expediente de la ejecución a más tardar dos días después de formado. Dicho expediente (mejor llamado "fascículo") se forma con las piezas que encabezan el proceso (título, precepto), y en él se van agregando, en

mo entre nosotros, las actas comprobatorias de la actividad judicial, así como los escritos presentados por las partes, y que en el Código italiano se llaman "recursos". Este "fascículo" está al cuidado del Secretario (artículo 488).

Siendo enminentemente oral el proceso, corresponde al juez de la ejecución disponer la celebración de audiencias para dar intervención a las partes y llevar a cabo los distintos actos procesales, y esa facultad la ejerce, como dijimos, prudencialmente, salvo en aquellos casos en que el trámite de "audiencia" haya sido prescrito en forma expresa por la ley (artículo 485). En tales condiciones, las partes tienen derecho a gestionar oralmente, siempre que lo hagan dentro de una audiencia, y por medio de escrito (recurso) cuando lo hacen fuera (artículo 486). El juez, por su parte, provee mediante ordenanza, revocable a voluntad mientras no haya sido ejecutada, la cual puede dictar oralmente dentro de la audiencia, sobre la petición de las partes, o bien por escrito dentro de los cinco días siguientes. En el primer caso se presume que la providencia queda notificada a las partes inmeditamente (artículo 487); cuando la providencia se toma fuera de audiencia, la notificación se realiza en la residencia declarada por el interesado, o bien en el domicilio que para ello eligió expresamente (artículo 489). Cuando no existiera declaración de residencia o elección de domicilio, las notificaciones se hacen en la Secretaría, es decir, teniendo el expediente a disposición de los interesados.

En todo caso, cualquier aviso que sea necesario efectuar durante la ejecución se lleva a cabo fijando el texto correspondiente en el tablón de anuncios del Tribunal durante tres días seguidos. Sin embargo en casos especiales, como por ejemplo cuando se trata de anunciar la expropiación inmobiliaria, debe hacerse una publicación en la Hoja de los Anuncios Legales, y las partes pueden dar al acto toda clase de publicidad (artículo 490).

33. EMBARGO.

Salvo el caso de prenda o hipoteca, en que la medida no hace falta, el trámite inicial de la expropiación lo constituye el embargo. Este consistirá, por regla general, en la advertencia que el ejecutor hace al deudor de abstenerse de llevar a cabo aquellos actos en cuya virtud se sustraigan los bienes señalados (en ese mismo acto) y sus frutos, a la garantía del crédito reclamado (artículos 491 y 492).

Siendo la expropiación, potencialmente (vamos a verlo en seguida) un pequeño concurso de acreedores, varios de éstos pueden afectar un mismo bien en un solo embargo, así como embargar por aparte bienes que ya lo habían sido. En todo caso, cada uno de esos secuestros surte efectos jurídicos independientes, de modo que se rige por sus propias condiciones (artículo 493).

El deudor que en el acto de embargo entrega al ejecutor la suma adeudada, con el encargo de que la lleve al acreedor, evita así el embargo, aunque en ese mismo acto haga reserva de repetir lo pagado. Puede también evitar el embargo de cosas pidiendo que recaiga sobre una cantidad de dinero igual al importe del crédito y las costas, aumentado en un quinto, que en ese mismo acto debe ofrecer (artículo 494). Las hipótesis son distintas porque, como dice Redenti (op. cit. Tomo II, Nº 215, III), en el primer caso se produce un pago con reserva (solve et repete) y el embargo no se practica, mientras que en el segundo el dinero depositado sustituye a los bienes y es, así, secuestrado en lugar de ellos.

El embargo, como es medida cautelar, está sujeto a conversión, reducción o extinción, según proceda alguno de dichos fenómenos; porque en el primer caso, el deudor puede depositar una suma a satisfacción del juez para rescatar los bienes embargados; en el segundo, tiene derecho a que se libere parte de esos bienes, por bastar el resto

a la garantía del crédito cobrado; y por el último la ley establece a su favor (y de terceros interesados) una cesación automática de los efectos del embargo si el actor no gestiona, en los noventa días siguientes a su traba, la asignación o la venta de los bienes (artículos 495 a 497). En los capítulos correspondientes al embargo en las expropiaciones particulares existen disposiciones específicas que regulan el procedimiento según sean muebles o inmuebles los bienes embargados. Esta amplitud permite resolver muchos problemas relativos a la materia que en nuestro sistema no pueden ser resueltos satisfactoriamente por la parquedad de las disposiciones con que contamos al respecto. No obstante todas las ventajas que concedemos al Código italiano, incurre éste en el error de tratar la materia del embargo dentro del Libro relativo a la Ejecución, y tal cosa es inapropiada, si nos atenemos a la naturaleza cautelar del embargo: éste debe estar, nos parece, en un Libro aparte, junto con los otros actos cautelares.

34. INTERVENCION DE LOS ACREEDORES.

La ejecución está abierta a la intervención de los otros acreedores del demandado. Para ese efecto se notifica, en primer lugar, a los acreedores privilegiados, mediante un aviso que les entrega el ejecutante, y el cual debe contener los datos necesarios para identificar el proceso. Mientras no conste dicha notificación, el negocio no sigue adelante (artículo 498).

Pero la intervención, como dijimos, no se reduce a los acreedores privilegiados, sino que es también facultad de los comunes, quienes podrán solicitar por escrito al juez, en términos parecidos a los de nuestra gestión de "legalización" en el concurso de acreedores (artículo 499). Dicha intervención da derecho a participar en la suma que se obtenga en el proceso expropiatorio, y en el campo procesal confiere al interviniente la facultad de gestionar direc-

amente los actos relativos a la tramitación en la misma forma que al acreedor original (artículo 500). La importancia de esta institución es enorme, y creemos que está llamada a ejercer un papel importantísimo en la evolución del Derecho procesal futuro, pues mediante ella se permite una liquidación acumulada de obligaciones a cargo de un solo deudor, a través de una muy apropiada regulación de los intereses de todos los acreedores apersonados. Con ello se obtiene una apreciable economía de tiempo y de dinero para todos, así como un mayor control de los actos de cada uno. Veremos adelante ciertos beneficios que trae dicho sistema en cuanto a la subasta o asignación de bienes. Por ahora vale la pena echar para nuestro saco lo relativo a esas ventajas, pues si en Costa Rica existiera un régimen eficaz de intervención activa y concurso particular, no se daría el absurdo caso de los remates simultáneos del mismo bien, con su secuela de incertidumbre, y no hubiera existido la tentación de tratar de remediar el mal mediante soluciones jurisprudenciales que, a su vez, han dado ocasión a otros tantos problemas.

35. DE LA VENTA Y DE LA ASIGNACION.

Pasados diez días desde el embargo, tiene derecho el acreedor a pedir la venta o la asignación de los bienes secuestrados, salvo en el caso de que los mismos fueran deteriorables, pues entonces puede disponerse inmeditamente cualquiera de ambas medidas (artículo 501). La asignación es una institución desconocida entre nosotros, y se basa en principios que han sido repudiados tradicionalmente en los códigos procesales de tipo español. Consiste en la adjudicación directa de los bienes del deudor a favor de uno o varios acreedores, que a veces surte los efectos de una dación en pago, pero en otras asume caracteres muy especiales, como lo veremos.

La venta que regula el Código italiano puede hacerse en subasta o sin ella, conforme a una serie de regulacio-

nes especiales según la naturaleza de los bienes a realizar. También puede sonarnos a herejía esta amplitud en lo que se refiere a la supresión del "debido remate público". Pero no conlleva mayores riesgos, pues la venta sin subasta está reglamentada en tal forma que se puede evitar el peligro de abusos o colusiones (artículo 503). En caso de inmuebles la venta sin subasta se realiza en una forma parecida al "remate" del sistema procesal mexicano, pues oídas las ofertas, se señala un día para que los oferentes suban sus posturas, adjudicándose el bien a quien ofrezca más alto precio (artículos 570 y siguientes). Cuando se trata de muebles, la venta se lleva a cabo por medio de un comisionista que responde ante el pretor (artículos 532 y 533) En ambos casos la venta se hace por un valor no inferior al avalúo pericial de los bienes y, tratándose de muebles, el comisionista deberá venderlos estrictamente al contado.

Cuando los bienes se vendan, no simultáneamente, sino en lotes sucesivos, la venta cesará una vez que el precio que se ha obtenido en un momento dado sea igual al monto de las costas, los intereses y el principal cobrado por el ejecutante y los otros acreedores intervinientes (artículo 504). Con esta disposición se trata de evitar perjuicios y gastos inútiles, puesto que se ha alcanzado ya el objeto de la expropiación, que es la satisfacción de los acreedores. En cambio, la falta de una disposición semejante entre nosotros puede perjudicar mucho al deudor, pues impide que se suspenda el remate que vaya cubriendo el crédito cobrado.

La asignación no puede llevarse a cabo sino por una suma que cubra las costas causadas y todos los créditos con prelación al del que la solicita, y en este caso, como bien observa Redenti (op. cit. Tomo II, Nº 217, III), la asignación no se hace "pro solunto", sino como una especie de negocio aleatorio, ya que mediante ella el asignatario no satisface su crédito sino que paga en efectivo el precio de los bienes y se hace dueño de éstos. Si pagados los créditos preferentes sobrare algo del precio de la asignación, el propio asignatario, así como los otros acreedores

intervinientes, se lo repartirán conforme a los privilegios que tuvieren (artículo 506).

La ordenanza que aprueba la asignación está sujeta a algunas formalidades, que son las siguientes: nombre del asignatario, del acreedor embargante, de los acreedores intervinientes, del deudor y, si lo hubiere, del tercero propietario; indicación del bien asignado y del precio de la asignación (artículo 507), y produce la transferencia de la titularidad del derecho (nada menos) por lo que se explica la presencia de las indicadas formalidades.

Tanto el adjudicatario en la venta como el adjudicatario de bienes gravados, pueden asumir la deuda garantizada con el gravamen, siempre que el acreedor esté de acuerdo, y que el Juez lo autorice. En tal caso el deudor queda libre de la obligación, y el auto que apruebe el traspaso debe contener mención de la obligación asumida por el nuevo dueño de los bienes (artículo 508).

36. DE LA DISTRIBUCION DE LA SUMA OBTENIDA.

Según el artículo 509 ibídem, en la suma objeto de distribución se incluye no solamente las partidas producidas por venta o asignación de bienes, sino también por rentas o productos de lo embargado, y por multas e indemnizaciones provenientes de adjudicatarios fallidos.

Dichas sumas se distribuyen entre el acreedor embargante y los intervinientes, según la prelación de sus créditos, pero también pueden apersonarse al efecto los acreedores de aquéllos, quienes sustituirán a sus deudores en la distribución. Lo que sobrare pasará al deudor o al tercero propietario, en su caso (artículos 510 y 511). Cuando por motivo de la distribución surgiere controversia entre los acreedores, o entre éstos y el deudor o un tercero, el juez tramita la oposición por aparte o, si no es competente, pasa el fascículo de oposición al juez que lo sea. En cualquiera de

los dos casos, el juez suspende la ejecución, total o parcialmente, según sea que la controversia la afecte en todos o parte de los bienes o derechos realizados, procediendo, en el segundo caso, a la distribución de la suma no objetada (artículo 512).

37. MODALIDADES DE LA EXPROPIACION.

Examina el Código, en capítulos separados, cinco modos de expropiación, según se trate de muebles o inmuebles, bienes indivisos, en poder de terceros, o bien, si se trata de expropiación dirigida directamente contra un tercero propietario. Ya advertimos que no vamos a hacer comentario minucioso acerca de cada uno de estos modos de expropiación, pero sí trataremos de exponer, al vuelo, algunas disposiciones que nos parecen acertadas.

Por ejemplo, en la intervención de otros acreedores en la expropiación forzada de muebles, puede el ejecutante indicarles otros bienes a embargar. Si no lo hicieren dentro de diez días, pierden el derecho a pagarse a la par del ejecutante, quien tendría entonces prelación sobre ellos (artículo 527). En cuanto a la asignación de ciertos bienes, como los objetos de oro y plata, pueden asignarse a los acreedores por su valor intrínseco si ya ha fracasado la venta de los mismos, produciéndose así un caso de dación en pago (artículo 539).

Hemos mencionado fenómenos procesales extraños a nuestras leyes, como son la venta sin subasta y la asignación de bienes; pues nos falta hablar ahora de otro expediente, exclusivo de la expropiación de inmuebles, que es la administración judicial. Se trata de lo siguiente: confiar los bienes en administración a uno o varios acreedores, a un instituto autorizado para ello, o bien al propio deudor, si los acreedores lo aceptan, a fin de que satisfaga la obligación con las rentas de los bienes. La administración no puede prolongarse por más de tres años, y quien

la asume es responsable de su gestión ante los otros interesados, debiendo rendir cuentas por lo menos cada tres meses, si el juez no señala un plazo más corto. También al final rendirá cuentas, que glosarán los interesados y examinará el Tribunal (artículos 592 y 593). Las rentas obtenidas serán depositadas periódicamente en la cuenta del Tribunal, y distribuidas entre los acreedores conforme a sus derechos (artículo 594). La administración no obsta en ningún caso para que los acreedores puedan gestionar en cualquier momento la venta o la asignación del bien. Cumplido el plazo señalado para la administración, ésta cesa, y el proceso continúa con el señalamiento de fecha para la subasta (artículo 595). Como puede verse, este tipo de pronunciamiento tiene grandes ventajas, ya que permite adaptar la conducta de las partes a la modalidad del caso concreto. Así puede suceder que para pagar acreedores, no sea necesario vender bienes, talvez de un valor desproporcionado con la pequeñez de los créditos de aquéllos, y entonces es útil el procedimiento de administración, que permite amortizar rápidamente y no perjudica al deudor. Nos parece que esta idea de dar en administración, que tiene un parentesco cercano con la anticresis romana, pero que se distingue de ésta en que se realiza bajo la dirección y control del juez, tiende a aproximar un paso más la ejecución singular al concurso de acreedores, pues estimamos que constituye un caso particular de desapoderamiento sin expropiación, que es una de las características del estado legal de insolvencia.

38. OTRAS FORMAS DE EJECUCION.

Además de la ejecución que tiene por objeto obligaciones en metálico, también existe un procedimiento para cuando se trata de obligar al deudor a que entregue otros muebles o libere inmuebles a favor de sus dueños (ejecución por entrega o libramiento), así como cuando se trata de que cumpla obligaciones de hacer o no hacer. Ambos

tipos de ejecución tienen un procedimiento muy sencillo, asimilable en lo esencial a las disposiciones que al respecto tiene nuestro Código, aunque bastante mejor orientadas, y supletoriamente rige para ellos el conjunto de normas relativas a la ejecución forzada en general. No creemos haber encontrado ahí ninguna disposición que valga la pena mencionar, pero sí nos parece que es importante destacar el hecho de que estos tipos de ejecución merecen desarrollarse por aparte, en la forma en que lo hace el Código italiano, que consagra a ellos los títulos Tercero y Cuarto del Libro Tercero. Este modo de deslindar minuciosamente las materias tratadas tiene, entre otras, la ventaja de facilitar la interpretación de las normas, que tanta importancia tiene en la práctica judicial.

39. DE LAS OPOSICIONES.

La oposición está bosquejada, en términos generales, según sea el momento de hacerla, la persona que la proponga, o bien según se refiera a la ejecución misma (fondo) o a los actos procesales que la componen (forma). En cuanto al momento, puede proponerse una vez notificados el título ejecutivo y el precepto, pero antes de iniciarse los actos singulares de la ejecución ante el juez del lugar de la misma, o el que en situaciones especiales determine la ley; y también puede incoarse después de los actos singulares, ante el juez que los ha llevado a cabo. Esta distinción es útil para efecto de la competencia del juez que deba conocer de la oposición. En cuanto a las personas que proponen la oposición, éstas pueden ser el deudor o un tercero.

Si se niega el derecho del ejecutante o se objeta la embargabilidad de los bienes que fueron secuestrados, el juez fija una audiencia para dar intervención a las partes e instruye la causa, hecho lo cual la pasa al colegio, el cual dicta su sentencia, que es impugnable por la vía de la apelación (artículos 615 y 616, en relación con el 175 y concordantes).

Si por el contrario, se ataca la forma del título o del precepto, o de los actos ejecutivos singulares, el juez de la ejecución instruye a causa y la remite al Colegio, el cual la decide por sentencia, pero en este caso la misma no es impugnable, así como tampoco lo son las ordenanzas y decretos que dicte el juez de la ejecución durante la instrucción (artículos 617 y 618).

En cuanto a la oposición del tercero, éste puede intentarla si llega a tener la propiedad u otro derecho real sobre los bienes embargados. Presentada la oposición al juez, éste convoca a las partes a una comparecencia y, si en ésta no se ponen de acuerdo, instruye la causa siempre en fascículo separado, y la remite al colegio para su fallo (artículo 619).

Mientras se decide la oposición puede el juez suspender la ejecución o no, según su buen criterio. En este último caso, así como cuando la oposición del tercero es tardía, por haberse ya realizado los bienes, éste se paga de la suma obtenida, si su gestión prospera (artículo 620).

El tercero no puede probar con testigos su derecho sobre los bienes salvo en el caso de muebles que, aunque embargados en casa del deudor, estuvieran allí por razón de la profesión de aquél o del opositor (artículo 621). La mujer del deudor puede reivindicar los bienes dotales o los que compruebe documentalmente y mediante fecha cierta haber adquirido antes del matrimonio o en virtud de donación o sucesión (artículo 622).

No existen plazos preestablecidos legalmente para oponerse a la ejecución, sino que puede hacerse mientras el proceso se tramita, sin perjuicio de los actos ya cumplidos. La oposición no se tramita, en realidad dentro de la ejecución sino que forma, ella sola, un proceso contencioso colateral de aquélla, y, en la mayoría de los cosas, de carácter relativamente sumario. Con esto vemos, quizás, el punto medular de la ejecución italiana: un proceso ejecutivo puro y, a su lado, un proceso de cognición sumaria.

40. DE LA SUSPENSION Y DE LA EXTINCION DEL PROCEDIMIENTO.

La oposición no apareja, en todo caso, la suspensión de los procedimientos, pues aparte de algunos no frecuentes en que la ley imperativamente la impone, en la mayoría esa decisión queda en manos del juez, quien sólo la aplicará "si concurren graves motivos" (artículo 623 y 624).

No puede el juez decretar la suspensión de oficio, sino solamente a instancia de parte interesada, y a ello provee por ordenanza (resolución que equivale aproximadamente a nuestro "auto"), oídas las partes (artículo 625). Los efectos de esa medida consisten, salvo lo dispuesto especialmente para el caso, en el impedimento que tienen los interesados y el Tribunal para llevar a cabo algún acto ejecutivo (artículo 626).

Suspendido el proceso, debe reanudarse en el término fijado para ello por el juez, o bien dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que quedó firme la sentencia definitiva que rechaza la oposición (artículo 627).

En cuanto al embargo trabado en bienes del deudor, el término de noventa días en que tiene eficacia se suspende en caso de oposición, como ya lo habíamos indicado en el párrafo dedicado al embargo.

La extinción del proceso produce la ineficacia de los actos procesales cumplidos, siempre que no se haya realizado adjudicación o asignación de bienes. Cuando tales actos se han llevado ya a cabo y el proceso se extingue, el deudor solamente puede pretender que se le entregue el dinero producido (artículo 632).

Puede declararse la extinción del proceso por tres motivos a) porque los acreedores interesados renuncien expresamente a los actos ejecutivos; b) porque las partes a quienes corresponde dejen de activar el proceso en los plazos legales, o cuando omiten hacerlo después de apercibi-

dos sobre ello por el juez; y c) porque las partes dejen de concurrir a dos audiencias habiéndoles sido comunicado por el Secretario el señalamiento dispuesto para la segunda (artículos 629 a 631).

41. CONCLUSIONES.

Son muchas las diferencias que existen entre nuestro proceso civil y el italiano. Por cualquier lado que se los mire resultan notorias distinciones entre ellos, tanto de estructura como de detalle.

El proceso ejecutivo del Código italiano es aparentemente alambicado y moroso, si se le compara con el nuestro, que es (también aparentemente) sencillo y rápido. Pero eso es sólo apariencia. Avocado a organizar los institutos procesales destinados a resolver los conflictos civiles en un país grande y económicamente sobredesarrollado, el legislador italiano tuvo que idear una estructura muy compleja, que abarcara el mayor número posible de situaciones procesales, y de ahí que resultaran una serie de ideas heterodoxas acerca de lo que debe ser la ejecución forzada: se creó un órgano ad hoc. (juez de la ejecución) con las facultades del instructor del proceso de conocimiento y algunas más; se ideó el sistema de dos procesos paralelos para resolver el problema de las oposiciones a la ejecución; se delineó, por fin, adoptándolo de otras legislaciones, la intervención de los acreedores en el proceso, convirtiendo a éste en un cómodo expediente en que se conjugan los diversos intereses de aquéllos con los del propio ejecutado, y se resuelven simultáneamente multitud de conflictos.

Pero es evidente que tales innovaciones no surgieron aisladamente dentro de un código remendado y achacoso. Por el contrario, son partes armónicas de un ordenamiento cohesionado por la unidad de criterio de un legislador que conocía lo que estaba haciendo (no en vano colaboraron

en su redacción los más grandes procesalistas italianos de entonces: Carnelutti, Calamandrei y Redenti). Por ese motivo la ejecución forzada italiana no puede comprenderse totalmente sin entender, a su vez, la parte general y el proceso de cognición (Libros Primero y Segundo del Código), los cuales no pudimos exponer aquí por razones evidentes, y cuya falta tratamos de suplir con breves explicaciones. Si no lo logramos, sirvan las anteriores palabras siquiera como una floja disculpa.

Duda Razonada Sobre el Derecho Natural (*)

LIC. CARLOS JOSE GUTIERREZ

Es corriente afirmar que la creencia en el Derecho Natural, un derecho perfecto, justo, universal y conforme a la verdadera naturaleza del hombre, constituye una de las más firmes y persistentes convicciones de la Cultura Occidental. Aparece en los albores de Grecia, goza de una aceptación indiscutida durante veintiséis siglos y aunque pareciera apagarse en el siglo XX, renace a principios de este siglo, adquiere gran fuerza a partir de la Segunda Guerra Mundial y goza hoy día de un vigor que hubiera sido imposible predecir hace cien años. Tiene la corriente iusnaturalista el doble carácter de idea venerable, de larga historia y tradición, y de movimiento de gran importancia e impacto en la actual Filosofía del Derecho.

Sin embargo, la persistencia del Derecho Natural está muy lejos de indicar unanimidad sobre sus características. El único aspecto constante en el pensamiento de los autores que se acostumbra agrupar dentro de la denominación genérica de iusnaturalistas es la afirmación de que existe un Derecho Natural, de que el orden jurídico debe considerarse dividido en dos órdenes coexistentes e igualmente válidos; el Natural y el Positivo. Fuera de ese planteamiento inicial, cualquier profundización que se ha-

(*) Comunicación presentada al XIII Congreso Internacional de Filosofía, celebrado en México del 7 al 14 de Setiembre de 1963.

ga sobre las doctrinas que se enuncian bajo la capa iusnaturalista, presentará una abigarrada divergencia, una multitud de concepciones, una gama tan variada, amplia y hasta contradictoria, que hace difícil reconocer en los autores que sostienen esas teorías a los componentes de una misma escuela y aún de una misma tendencia. Alfred Verdross, cuya importancia no solo dentro del iusnaturalismo sino de la Filosofía del Derecho en general no puede ser discutida, reconoce las siguientes divisiones entre los sostenedores de la idea del Derecho Natural: Derecho Natural como un orden objetivo o cósmico (Hesíodo, Anaximandro, Heráclito); Derecho Natural como predominio de la ley del más fuerte (Trasímaco, Georgias, Caliclés); doctrina cosmopolita del Derecho Natural (los sofistas jóvenes, Antifón, Licrofón, Alcidamos); doctrina ontológica teleológica del Derecho Natural (Sócrates, Platón, Aristóteles); Derecho Natural como orden justificador del orden positivo (Aristóteles, Santo Tomás); Derecho Natural cristiano (San Agustín, Santo Tomás, Francisco Suárez); Derecho Natural revolucionario (Rousseau); Derecho Natural nominalista (Duns Scoto, Guillermo de Occam); doctrina individualista del Derecho Natural (Escuela Clásica) con una triple división, en una de las cuales se mantiene la influencia cristiana (Fernando Vásquez de Menchaca, Althusius y Grocio); en otra se confunde con el psicologismo (Spinoza, Hobbes, Locke, Thomasius, Bentham y Rousseau) y en una tercera, se da una doctrina racionalista para el Derecho Natural (Leibniz, Puffendorf y Wolff). En los siglos XIX y XX, pese a perder el monopolio del pensamiento filosófico sobre el Derecho, el iusnaturalismo tiene una nueva serie de manifestaciones: hay un iusnaturalismo que se presenta envuelto bajo un ropaje biológico, sociológico o económico (Spencer, Comte y Marx), un neoescolasticismo jurídico (Cathrein, Dabin, Maritain y Messner) y un iusnaturalismo mezclado con la teoría de los

valores (Gustavo Radbruch en su segunda etapa, y Helmut Coing). [1]

Esa cantidad de denominaciones encierra no sólo diferencias de detalle sino que implica una separación sustancial entre los conceptos básicos de la doctrina iusnaturalista.

No hay acuerdo alguno sobre cómo debe entenderse el término "naturaleza" y mucho menos sobre cual sea la naturaleza humana, conforme a la cual se da el Derecho Natural. Se dan a ese respecto posiciones tan contradictorias como la que ve en ésta una realidad puramente biológica (como cuando se la considera expresada en un predominio del fuerte sobre el débil, cual es el caso del famoso discurso de Caliclés que aparece en el "Gorgias" platónico) y, la que le da un carácter psicológico (como en Hobbes o Loccke, donde el fundamento principal es el instinto de egoísmo o el "apetitus societatis") y la que le atribuye un carácter puramente racional (como en la concepción estoica, que adquiere luego predominio especial en los autores de la Escuela Cristiana).

La divergencia se da igualmente sobre el concepto de "Derecho Natural". En la célebre definición que, tomada de Ulpiano, se incluye en las Institutas de Justiniano [2] y en ciertos aspectos de la definición de la ley eterna dentre del pensamiento escolástico [3] se convierte en un sinónimo de "causalidad". Para otros, Derecho Natural es sinónimo de Etica, tal como ocurre en Cicerón [4] y en los

---

(1) Verdross, Alfred: LA FILOSOFIA DEL DERECHO DEL MUNDO OCCIDENTAL. Visión Panorámica de sus Fundamentos y Principales Problemas. Traducción de Mario de la Cueva. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad de México, 1962.

(2) "El Derecho Natural es el que la naturaleza enseñó a los animales. Este Derecho no es exclusivo de la especie humana sino común a todos los animales que nacen en el aire, en la tierra y en el mar". INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Título 2. Versión española de F. Hernández Terejo. Universidad de Madrid, Madrid, 1961.

(3) Parte Primera de la Segunda Parte, questio 91 de la Summa Theológica. Santo Tomás de Aquino.

(4) La República, III 3; Las Leyes, II, 10.

pensadores de la escuela Cristiana [5]. Para los autores posteriores a la separación entre Derecho y Moral que se efectúa en el pensamiento de Cristián Thomasio y Emanuel Kant, coexisten el criterio que ve en el Derecho Natural la unidad de todo lo normativo y la afirmación de ser éste la parte de la Etica que se refiere únicamente a los aspectos jurídicos. [6].

Hay también polémica y aguda, entre los iusnaturalistas, sobre la extensión que tiene el Derecho Natural. La divergencia se plantea entre aquéllos que estiman que el Derecho Natural apenas se compone de los primeros principios o finalidades éticas que pretende realizar el orden jurídico (cual es la posición de Santo Tomás de Aquino) [7] y aquellos que lo ven como un orden detallado y pleno, que provee una solución posible para todas las situaciones humanas (Mendizábal, Verdross, Perticone), sea que colocan a la par del llamado "Derecho Natural primario", un orden jurídico detallado que conocen con el nombre de "Derecho Natural secundario". [8]

Una de las divergencias principales es la que se da sobre cual sea el fundamento del Derecho Natural, materia en la cual los iusnaturalistas se separan entre aquellos que tienen una doctrina teocéntrica atribuyendo su fundamento a Dios (la Escuela Cristiana, en todas sus manifestaciones, medioevales o contemporáneas) y los que fundamentan el orden jurídico natural en la naturaleza humana, dándole

---

(5) Particularmente en Santo Tomás y Francisco Suárez.

(6) Verdross, op. cit., p. 371, nos habla de "Ley jurídica natural" distinguiéndola de "orden ético universal".

(7) Summa Theologica. II, I, questio 93.

(8) Mendizázal y Martin, Luis: TRATADO DE DERECHO NATURAL. Séptima edición con la colaboración de Alfredo Mendizábal Villalba, Madrid, Imprenta Clásica Española, 1929-1930.
Perticone, Giacomo: ORIENTACIONES ACTUALES DEL PENSAMIENTO JURIDICO. Traducción Susana Lozada, Editorial Troquel, Buenos Aires, 1960.
Verdross, op. cit., p. 370.

un carácter antropocéntrico (los sofistas y los autores de la Escuela Clásica).

Por último, hay también gran variedad de criterio sobre la relación que existe entre el Derecho Natural y el Positivo. Para unos hay plena oposición entre ellos (la "Antígona" de Sófocles); para otros el derecho positivo es copia o aproximación del Natural (Francisco Suárez) y finalmente los hay quienes sostienen que uno y otro se complementan (Verdross). [9]

Tal cantidad de diferencias es la que induce a muchos autores del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, a negar la existencia del Derecho Natural, a afirmar que no hay más derecho que el positivo, a [illegible] imposible un conocimiento científico sobre el orden jurídico natural y abandonar el viejo nombre de Ciencia del Derecho Natural y sustituirlo por el contemporáneo de Filosofía del Derecho, cuyo objeto es el conocimiento de la experiencia jurídica, la formulación normativa creada por los hombres para regular su vida social. Durante los ciento sesenta años que van transcurridos desde la aparición de la Escuela Histórica Alemana hasta nuestros días, se han acumulado argumentos, razones y doctrinas, y ha adquirido la nueva disciplina solidez, extensión y temática suficiente para que pueda tenerse el iusnaturalismo por sepultado en forma tan definitiva como la concepción tolemaica sobre el universo, la teoría hipocrática sobre los humores y la convicción de ser el átomo una partícula indivisible de materia.

Lo sorprendente es que ello no es así. El Derecho Natural ha resistido los impactos; no puede en forma alguna considerársele cadáver y todas las proclamaciones hechas por sus enemigos que lo han declarado sepulto, han resultado erróneas. Hoy, hay más iusnaturalistas que hace cincuenta años y muchos de ellos (como Radbruch y Verdross)

(9) Verdross, op. cit, p. 391-394.

iniciaron sus investigaciones dentro de la avanzada positivista.

Ese fenómeno, si se contempla en el ámbito del pensamiento europeo, hay que relacionarlo con la crisis sufrida por causa de la amenaza nacional socialista. El derecho nazi, desde un punto de vista positivo, fue derecho y como tal, puede ser aceptado dentro de una explicación puramente empírica de la realidad jurídica. Ha existido, sin embargo, tal interés en condenarlo, se le tiene en tan completa contradicción con la filosofía del hombre occidental, que para combatirlo se ha encontrado útil recurrir a la antigua concepción del Derecho Natural. ([10])

En el momento presente, sirve igualmente para explicarlo la tensión política que se da entre las principales naciones de Occidente y la Unión Soviética. Al pretendido materialismo extremo marxista —que bueno es notar que afirma el principio dialéctico como ley primigenia del Universo, con carácter de presunta ley natural— se opone el iusnaturalismo, como afirmación de principios eternos y espirituales, y en consecuencia, base firme para la lucha ideológica del momento. ([11])

Sucede también que vive nuestro tiempo una reconciliación entre cristianismo y ciencia. Separados desde el Renacimiento, los movimientos científico y religioso parecieran encontrarse hoy día más cerca. La ciencia no ha podido eliminar a la religión. No ha podido tampoco satisfacer plenamente la inquietud de conocimiento sobre el universo que posee el hombre, y hoy parece tener un menor optimismo

---

(10) Tal es la opinión entre otros de Alf Ross en EL DERECHO Y LA JUSTICIA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, Traducción de Genaro Carrió, p. 248. En igual sentido Luis Recaséns Siches. TRATADO GENERAL DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Porrúa, México, 1960, p. 377.

(11) Hans Kelsen: "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science" en WHAT IS JUSTICE. Justice, Law and Politics in the Mirror Science. Collected Essays, University of California Press, 1960, p. 133.

que hace un siglo sobre la posibilidad de alcanzar una explicación plenaria, una verdad plena, por el camino puramente científico. Ha purgado la mente del hombre de muchas supersticiones pero ha creado medios de destrucción tan poderosos que ha hecho sentir la necesidad de afirmaciones más profundas sobre la naturaleza humana. Al eliminar elementos puramente accesorios ha puesto en evidencia la autenticidad del problema religioso y la esencialidad de la relación del hombre para con Dios, esencialidad por lo menos igual a aquélla que lo une con las cosas y los demás hombres. No es pues de extrañar que se busque el orden dado por Dios a la colectividad humana con mayor empeño.

Esas explicaciones, de orden puramente circunstancial, pueden muy bien contribuir a explicar el renacimiento del iusnaturalismo "como moda", dentro de la Filosofía del Derecho actual. Limitarse a señalarlas, darlas por válidas y cerrar con ellas la consideración del tema, es observar el problema desde un punto de vista superficial, tomar las hojas que afloran a la superficie y dejar escondido el rábano que puede servir de alimento. Ello, por cuanto muy poco nos dicen sobre la realidad de la cual esa moda no es más que un mero episodio. la persistencia secular del Derecho Natural.

Para explicar ésta, me parece que es necesario encontrar los elementos comunes que existen entre las distintas corrientes iusnaturalistas. A mi juicio ellos son tres:

I. *Las constantes del hombre y el universo*: Todo conocimiento de carácter afirmativo —científico o filosófico— parte de una premisa básica: la de que existen en el Universo y en el hombre una serie de constantes que es posible descubrir por medio de la investigación. Si bien cada fenómeno natural y, sobre todo, cada situación humana tiene características particulares, poseen al mismo tiempo detalles comunes que hacen posible su análisis, comparación y

clasificación, para formular sobre ellos algunas conclusiones, a las cuales se les da el nombre de principios causales o formulaciones sobre el sentido del hacer humano. La diferencia entre ciencias naturales y ciencias culturales que ve a aquellas como ciencias generalizadoras y a éstas como ciencias de la individualidad, es apenas una diferencia de grado. Es indudable que si la característica situacional de la existencia humana fuere absoluta, no podría hacerse sobre ella más afirmación que la de indicar esa unicidad.

La aceptación de esas constantes es la base de las ciencias naturales y del principio de casualidad en que todas ellas se fundan. Es igualmente la base de todo conocimiento sobre los haceres culturales del hombre, y, entre ellos, del que sobre el Derecho realizan las ciencias jurídicas particulares y la Filosofía del Derecho, ya se haga ésta dentro de un criterio iusnaturalista o positivista.

La existencia de esas constantes en el caso específico del Derecho aparece bien clara en la afirmación hecha por Aristóteles, con base en su observación de las legislaciones griegas, de que en todo sistema jurídico hay dos partes: una propia y particular suya y otra que tiene de común con todos los demás ([12]). Dicha afirmación mantiene hoy día su plena validez; la Ciencia del Derecho Comparado nos presenta innumerables casos en los cuales los sistemas jurídicos más diversos en cuanto a su origen, tiempo o espacio de vigencia, coinciden, sin embargo, en la solución de los problemas concretos y presentan indudables analogías que sorprenden al investigador. Por otra parte, dicha afirmación, ha sido usada por los iusnaturalistas como una demostración de la existencia de un Derecho Natural y por los positivistas, que proclamaron en el siglo XIX la necesidad de formular una Teoría General del Derecho que estudiara esos elementos comunes a las distintas manifestaciones de lo jurídico.

---

(12) ETICA A NICOMACO, Libro V, Capítulo VII.

II. *La esencialidad del deber ser*: Dentro de las constantes que se dan en la vida humana nos encontramos con la esencialidad de la regulación ética. Se pone siempre especial énfasis en afirmar la libertad, el libre albedrío, la capacidad de escogencia de las distintas alternativas que se presentan a la conducta humana, como una constante esencial. Debiera ponerse igual acento en señalar que esta libertad presupone, de manera necesaria, la vinculación con un deber ser, que si bien admite la posibilidad de escogencia, señala principios éticos fundamentales que el hombre tiene obligación de cumplir, y marca un camino entre los posibles que no sólo puede ser sino también debe ser.

En el campo jurídico, la esencialidad del deber ser ha sido reconocida, consciente o implícitamente, por todos aquellos que apuntan que el Derecho constituye una de las actividades esenciales de la vida humana, dado que no es posible la convivencia humana no sujeta a regulación y no se conoce sociedad alguna, en la cual falte la regulación jurídica.

Si se afirma la esencialidad del Derecho, no veo como no debe hacerse igual afirmación sobre las otras regulaciones normativas: Moral y convencionalismos sociales. Negarla con respecto a ellos sería concederle al Derecho una primacía dentro de lo normativo que está muy lejos de poseer y que desvirtuaría la base común que existe en todas las vinculaciones éticas que pesan sobre la conducta.

III. *El trasfondo político*: A la par de las constantes ya citadas encontramos un tercer elemento en las distintas corrientes iusnaturalistas que, si bien no hace referencia al fundamento mismo de su existencia, sí posee una capital importancia sobre las normas concretas que señala cada tendencia como componentes del Derecho Natural. Me refiero al hecho de que las formulaciones iusnaturalistas son, en su mayor parte, transposiciones o aplicaciones al campo ético de uno de los problemas esenciales de toda doc-

trina filosófica; la reflexión sobre el hombre, su existencia y la finalidad y propósito de ésta. Si se tiene ese problema como válido, y difícilmente podremos encontrar un filósofo que no se lo haya planteado y no pretenda resolverlo, nos daremos cuenta que las tesis que sobre esta materia pueden sostenerse, se formulan de dos maneras: como exposición en forma enunciativa y tendremos entonces la antropología filosófica; o como formulación normativa, en que los principios se transforman en normas, en imperativos obligatorios sobre la conducta humana, y estaremos entonces frente al Derecho Natural. Son indudables las ventajas que presenta este último sistema no sólo a los juristas que han de ver en él la forma de razonar a la cual los tiene acostumbrados su formación profesional, sino a los filósofos que por este medio pueden rodear de mayor autoridad sus pronunciamientos y concepciones. La forma normativa no indica sólo lo que el hombre es sino que pretende señalarle al individuo la manera de comportarse, transforma el postulado en regla de acción, la teoría deviene en obligatoria, la doctrina se presenta en carácter de mandato. [13]

Ese carácter es el que tiene uno de los aspectos en los cuales la doctrina iusnaturalista ha jugado un mayor papel en el desarrollo legislativo de Occidente y en el cual mantiene todavía el mayor número de adherentes; el de la existencia de derechos naturales o inherentes a la personalidad. Me parece correcta la afirmación hecha por Hans Kelsen de que el criterio de que existen ciertos derechos subjetivos intrínsecos es una tesis política que permite sostener su obligatorio reconocimiento por la legislación positiva

---

(13) "El noble manto del derecho natural ha sido usado en el curso del tiempo para defender todo tipo concebible de exigencias, que surgen obviamente de una situación legal específica o que se encuentran determinadas por intereses de clase económico-políticos, por la tradición cultural de la época, por sus prejuicios y aspiraciones. En resumen, para defender todo aquello que constituye lo que se llama generalmente una ideología" (Alf Ross, op. cit., p. 252).

(14). Es la concepción cristiana sobre el hombre, despojada luego de su fundamentación divina por los iusnaturalistas de la Escuela Clásica, la que lleva a la formulación de una serie de derechos humanos, inalienables e inherentes a la dignidad humana. El carácter político, histórico y circunstancial de esa formulación podemos verlo muy claramente con una simple comparación entre la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. El tiempo transcurrido entre una y otra, la diferencia de los criterios políticos en el siglo XVIII y el siglo XX, hacen que ambos documentos difieran sustancialmente, pese a pretender ambos ser la formulación de los derechos de que no puede ser despojado el individuo.

Creo necesario advertir que el considerar la existencia de los derechos humanos como una tesis política no quiero en forma alguna desmentirla. Veo en ella una de las ideas de mayor rango de la cultura occidental y una de las mayores contribuciones de ésta a una mejor convivencia humana. Mi única divergencia con sus defensores iusnaturalistas es que no creo que la formulación o lista de esos derechos que hacen, pueda tenerse como una declaración ahistórica, absoluta y definitiva, sino que la tengo como un desarrollo histórico de la idea central de ser el hombre una criatura divina o un ser supremo dotado de razón.

Del reconocimiento de esos elementos básicos estimo que se deriva una serie de consecuencias de importancia para las doctrinas iusnaturalistas. Son ellas:

1) *Al reconocer las constantes en la vida humana y particularmente, en la regulación jurídica, los iusnaturalistas tuvieron una certera intuición.*

(14) En TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Traducción de Eduardo García Maynez. Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 81.

La persistencia secular del Derecho Natural hace imposible aceptar el criterio positivista de que se trata de una formulación radicalmente equivocada. Considerar que la serie de distinguidos pensadores que constituye la lista de los autores iusnaturalistas se encontrara totalmente equivocados y se empeñara en persistir en el error, por supercheria, deficiente conocimiento o adhesión a formulaciones convencionales, lo creo absurdo. Un elemento de verdad, una base cierta, ha de existir para que la concepción del Derecho Natural haya podido mantenerse a través de tantas diferencias culturales como las que se han producido desde la Grecia de los tiempos de Hesíodo al Occidente del siglo XX.

Esa base de verdad se encuentra en el hecho de que los iusnaturalistas, al apuntar a las constantes que se dan en el Derecho, como en las demás formas de la vida humana, abrieron el camino a la Filosofía del Derecho. Esta no puede concebirse como divorciada u opuesta a las teorías iusnaturalistas si no que, por el contrario, encuentra en ellas fundamento, antecedentes y base sobre las cuales debe llevar a cabo sus investigaciones.

2) *La concepción iusnaturalista debe aceptar la distinción kantiana entre "ser" y "deber ser", y el postulado axiológico de independencia entre ser y valor, de la cual se deriva.*

Los planteamientos originales del iusnaturalismo se llevaron a cabo en una época en la cual, la distinción entre el mundo de lo normativo y el mundo de lo de fenoménico y la diferencia entre ser y valer no habían sido claramente comprendidas. Pero, mantener hoy día la formulación de un derecho conforme a la naturaleza humana, es hacer posible la confusión entre "ley natural", entendida como principio causal, y "derecho natural", como sinónimo de regulación normativa de la conducta. Ello me parece in-

concebible en la etapa actual del conocimiento sobre lo normativo y su fundamento en la Axiología.

Claro está, una vez que se acepta dicha distinción, debe eliminarse la conformidad con la naturaleza que se atribuye a la regulación jurídica. Esto, dado que con dichos principios queda bien claro que el verdadero carácter de la regulación ética no es el ser acorde con la propia naturaleza del hombre —cualesquiera que sea ésta o la forma en que ella se entienda— sino que es, por lo contrario, su conformación con una idea de valor.

3) *Con base en esa distinción, la impropiedad del término "Derecho Natural" queda en plena evidencia.* (15)

Hay varias razones que señalan la impropiedad del término y que indican que la única razón para seguirlo usando es la costumbre, el hecho de que se hubiera usado en el pasado para cubrir toda clase de formulaciones jurídicas y políticas.

En primer lugar, el término "Derecho" viene a significar en esta expresión, la base, los principios fundamenta-

---

(15) "En ese sentido, es objetivamente inadecuada, la denominación "Derecho Natural" Helmut Coing, FUNDAMENTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, traducción castellana de Juan Manuel Mauri, ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 180). "Llamar "Derecho" al Derecho Natural, es decir a unas normas puramente ideales o racionales, dotadas de intrínseca y necesaria validez, es usar la palabra Derecho en sentido figurado y traslaticio. Con esto no se niega justificación al problema de la estimativa o axiología jurídica, ni se niega tampoco que este problema pueda y aun deba, resolverse reconociendo que hay tales principios ideales con validez intrínseca y necesaria. Lo que se dice es sencillamente que esos principios ideales, ellos por sí solos, no son Derecho en sentido auténtico de esta palabra. Estos principios son, consiguientemente además los criterios bajo cuya luz podemos y debemos enjuiciar críticamente la realidad de un determinado derecho histórico. Bien está que se mantenga una de las tesis llamada más o menos adecuadamente. "Derecho Natural". Lo que no es admisible es que se piense en serio que estas normas ideales son auténtico Derecho. Son el norte y guía que los hombres deben adoptar en la elaboración de sus normas jurídicas". Recaséns, op. cit., p. 158-159.

les de la vinculación ética y es al mismo tiempo, una de sus extensiones, la realidad jurídica positiva que construye el hombre con base en esos principios. Esa confusión, que puede explicarse por el hecho de que quienes comenzaron a hablar de Derecho Natural vivían en una sociedad jurídicamente organizada, es la base de todas las analogías que hacen los iusnaturalistas entre las reglas del Derecho Natural y de Derecho Postivo, así como de los argumentos positivistas sobre la imposibilidad de coexistencia de los dos órdenes.

Por otra parte, solo mediante la eliminación del concepto de "natural" y el uso correcto del término "Derecho", el verdadero carácter axiológico de la fundamentación ética de lo jurídico, queda en plena evidencia.

4) *La aceptación de los principios fundamentales o de la esencialidad de la ética, permite resaltar el aspecto valioso que se da en el Derecho y eliminar el llamado Derecho Natural secundario.*

Los autores que consideran que el Derecho Natural constituye un sistema jurídico completo, nos hablan de que, como consecuencia directa e inescapable de los principios éticos fundamentales se da un Derecho Natural secundario, una serie de regulaciones de mayor concreción que presentan soluciones únicas o alternativas para los problemas de la convivencia humana.

Es en ese Derecho Natural secundario donde se pone en evidencia el trasfondo político de las doctrinas iusnaturalistas, donde se comete el vicio de utilizar la autoridad de corresponder a la propia naturaleza humana como argumento de justificación del absolutismo (Hobbes) y de la democracia (Rousseau); de la propiedad privada (Locke) y del comunismo (Marx).

Al suprimir la denominación de "Derecho Natural" y apuntar el carácter axiológico que poseen los fines que se

propone realizar el Derecho, desaparece de los ideales jurídicos esa formulación como un sistema normativo completo y se reduce la tentación de ver en las instituciones vigentes en una sociedad dada, la encarnación de ese ideal jurídico; desaparece, por tanto el llamado Derecho Natural secundario.

5) *Se mantiene, sin embargo, el problema metafísico de la creación de los valores.*

En el fondo del iusnaturalismo como en el de toda filosofía, se encuentra el problema metafísico. En última instancia, ya se hable de valores, pricipios éticos fundamentales o Derecho Natural, no puede ignorarse la pregunta sobre quien los ha creado: Dios, la sociedad o el hombre individual.

Ante ese problema, resultan insuficientes las expresiones racionalistas, las construcciones lógicas y las formulaciones detaliadas. Se trata de un problema al que no puede acercarse el hombre sino por medio de una intuición fundamental, una capración directa aunque imperfecta y rudimentaria.

En mi concepto, la explicación antropocéntrica —ya sea en su aspecto individual o social— es insatisfactoria. De acuerdo con ella, en el campo axiológico debe caerse necesariamente en la tesis subjetiva, y en el campo jurídico, en la afirmación de que no existe otro derecho que el positivo y que éste carece de toda referencia ética o axiológica.

Se levanta entonces, en toda su angustia e inmediatez, el problema último de la vida del hombre: el problema de Dios.

BIBLIOGRAFIA

Aristóteles: ETICA A NICOMACO, Libro V.

Aquino, Santo Tomás: SUMMA THEOLOGICA. Segunda Parte, Parte Primera, Cuestiones.

Cicerón: LA REPUBLICA. 9193.

Cicerón: LAS LEYES.

Coing, Helmut: FUNDAMENTOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO, traducción Castellana de Juan Manuel Mauri, ediciones Ariel, Barcelona, 1961.

Cathrein, Víctor: FILOSOFIA DEL DERECHO. El Derecho Natural y el Positivo. Traducción directa de la segunda edición alemana por Alberto Jardón y César Borja. Séptima edición. Instituto Editorial Reuss, Madrid, 1958.

Del Vecchio, Giorgio: SUPUESTOS, CONCEPTO y PRINCIPIO DEL DERECHO (Trilogía). Versión española de Cristóbal Masso Escofet; Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962.

Kelsen, Hans: WHAT IS JUSTICE. Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays, University of California Press, 1960.

.....: TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. Traducción de Eduardo García Meynez, Imprenta Universitaria, México, 1949.

Justiniano: INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Título 2. Versión Española de F. Hernández Terejo. Universidad de Madrid, Madrid, 1961.

Recaséns Siches, Luis: TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Editorial Porrua, México, 1959.

Ross, Alf: EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Traducción de Genaro Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

Verdross, Alfred: LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN EL MUNDO OCCIDENTAL. Visión Panorámica de sus Fundamentos y Principales Problemas. Traducción de Mario de La Cueva. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad de México, 1962.

SECCION DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Nuestra Revista inicia con este número una Sección de Legislación y Jurisprudencia comentadas. Estará destinada a informar doctrinariamente sobre las reformas e innovaciones legislativas más importantes, así como sobre las orientaciones más significativas —viejas o nuevas, aceptables o criticables— de nuestros tribunales, principalmente de la Sala de Casación.

Creemos llenar con ello un vacío muy sentido entre jueces, profesores y litigantes, que hasta ahora hemos tenido que resignarnos a la lectura seca de La Gaceta y del Boletín Informativo de la Corte Suprema, y hasta ahora nido que llenar el hueco ideal de una Sección como ésta con las conversaciones de corrillo, tan apresuradas como nuestra profesión.

Para garantizar la excelencia de los comentarios que aquí habrán de ver luz, y la puntualidad en su aparición, hemos logrado formar un grupo de muy altos exponentes de nuestro Foro, que estará encargado de mantener viva esta Sección en el pleno sentido de la palabra. Sus nombres son la mejor recomendación de esta nueva iniciativa:

Lic. Pablo Casafont Romero;
Lic. José Francisco Chaverri Rodríguez;
Lic. Enrique Guier Sáenz;
Lic. Antonio Picado Guerrero;
Lic. Rogelio Sotela Montagne.

La Dirección de la Revista se reserva el derecho de incursionar por los campos de esta nueva Sección e invita a los abogados a hacer lo mismo, y a tratar de mantener para ella el alto nivel que habrán de imprimirle aquéllos tan autorizados colaboradores.

La Reforma a la Ley del Impuesto de la Renta y una Jurisprudencia Alarmante

LIC. JOSE FRANCISCO CHAVERRI

Si se dictara una nueva ley en la cual se estipulara que los pagarés no prescriben en cuatro sino en seis años, o bien, si se dijera que los pagarés prescribirán en tres años a partir de la fecha de vigencia de la nueva ley, me atrevo a suponer que sin excepción los abogados colocarían al margen de dichas disposiciones los pagarés *ya prescritos*, es decir, los que contaran con cuatro años de vencimiento. Nos encontramos ante uno de los aspectos más elementales y también más simples de la compleja teoría de la irretroactividad de la ley.

Con fecha 14 de noviembre de 1962 entró a regir la ley Nº 3063 cuyo Artículo 28 Transitorio contempla una situación similar a la de los ejemplos anteriores. Se trata, concretamente, de un Transitorio que paró en seco las prescripciones (o caducidades) no cumplidas, las prescripciones en curso o decurso consideradas en la doctrina como "expectativas", al señalar una nueva fecha desde la cual debía *empezar* a correr el plazo de prescripción (extintiva) de los impuestos de la renta "que no hayan sido pagados".

Pero nadie podía suponer, excepto el fallo que nos proponemos examinar, que la citada norma comprendiera también las prescripciones o caducidades *ya cumplidas*, o sea, que reviviera la acción cobratoria de los impuestos que a la fecha del Transitorio, 14 de noviembre de 1962, estaban di-

puntos, sin vida jurídica, inhumados por la caducidad establecida en la ley anterior.

Empecemos por transcribir el Art. 28 Transitorio, el cual dice literalmente así:

> "Los impuestos atrasados, que no hayan sido pagados, no prescribirán en un término menor de tres años a partir de la vigencia de esta ley, excepto que se operara la prescripción decenal de la deuda dentro de ese plazo.

Advirtamos que la norma copiada no contiene concepto ni elemento gramatical de los cuales pueda inferirse con facilidad, sin violentar el texto, que tiene carácter retroactivo en el sentido de desenterrar las prescripciones o caducidades que se hubieren cumplido en un todo conforme con las disposiciones de la ley anterior. Objetivamente se refiere a los impuestos del pasado que no hubieren sido pagados, pero no se refiere a los que ya prescritos o caducos quedaron al margen de toda posibilidad cobratoria porque no extendió hasta ellos, en forma clara y expresa, el ámbito de su aplicación.

Admite la doctrina que el Poder Legislativo, soberano como es en la formación de las leyes, puede darle efecto retroactivo a una o varias normas legales (sin perjuicio de las reparaciones que, en su caso, fueren procedentes por lesiones patrimoniales) pero exige que la intención de ampliar la esfera de aplicación al pasado sea clara, supuesto que la retroactividad es la excepción a la regla.

El Art. 28 Transitorio tiene, sin duda, un efecto retroactivo que podría considerarse normal, en cuanto comprende en su diámetro los impuestos del pasado cuya caducidad, conforme a la ley anterior, no estuviere cumplida sino en camino, en proceso; porque en esa situación —en la cual, ciertamente, no puede hablarse de prescripción ni de caducidad que son indivisibles: existen o no existen— no hay, para decirlo con los términos de la Constitución Política "derechos patrimoniales adquiridos" o "situaciones jurídicas consolidadas".

La interpretación del sobredicho Transitorio que le confiera el poder de resucitar las acciones caducas, es decir, que las hiciera renacer el citado 14 de noviembre de 1962, arrastra tras sí muy graves errores. Como, por ejemplo, el de suponer que la Asamblea Legislativa dictó la norma a ciencia y conciencia de que violaba el Art. 34 de la Carta Magna, o bien con la mas indisculpable ignorancia de ese canon fundamental. Pero además de eso implica que el legislador no pudo ser ni siquiera claro en la redacción de su pensamiento, pues con decir que *no prescribirán* en el futuro impuestos no pagados en el pasado, no queda dicho que también resucitan todas las acciones caducas. Hay demasiado trecho, demasiadas palabras omitidas y muy necesarias para extender el texto legal a tan remotas consecuencias antijurídicas.

Dice Coviello (Doctrina Gral. del D. Civil, Uteha, pag. 127), que "en caso de duda... no puede presumirse (la retroactividad) por ser contraria a las exigencias de la justicia y a los principios generales del derecho". De modo que un juez competente, colocado ante el Transitorio de marras, se encontrará con las siguientes cuestiones básicas de la ciencia jurídica:

1. La norma no es clara ni expresa en el sentido de resucitar las acciones prescritas o caducas.
2. La doctrina aconseja que en caso de duda no debe presumirse la retroactividad de la ley, que es la excepción a la regla por ser contraria a justicia y a derecho.
3. Como en la Constitución Política existe una regla (dentro de la moda actual habría que advertir que tal regla es de orden público) según la cual "a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas", el juez no podría presumir que el legislador ignoró dicha disposición o quiso burlarla si de modo expreso no está dicho lo que es apenas mera suposición.

Sin duda que a la vista de esas tres cuestiones básicas el juez terminará por darle al Transitorio el alcance restringido que le corresponde. Pero si no fuere de ese mo-

do tropezaríamos entonces con una situación muy curiosa que se da algunas veces: el texto legal no choca con la Constitución Política, pero su equivocada interpretación lo coloca contra ella para dar origen a un aparente vicio de inconstitucionalidad. En estos casos es el intérprete, el juzgador, quien le da a la ley un alcance inconstitucional que ella no tiene.

Si, por un lado, un tribunal erróneamente interpreta una ley considerándola violatoria de la Constitución pero sin facultades para declarar el vicio, y, por otro lado, el recurso legal de inconstitucionalidad está llamado al fracaso porque no es la ley la que peca sino la interpretación del tribunal la que no da en el blanco, obvio es que el ciudadano litigante se encontrará en la más indefensa y extraña situación jurídica.

Dice Coviello, en la obra citada, que al legislador siempre le es lícito querer lo que se le antoje, incluso declarar retroactivas las leyes, pero que el principio de la no retroactividad es una regla doctrinaria que mira a la aplicación de la ley, que concierne al juez cuando la intención del legislador no es clara y manifiesta. Empero, si es el juez quien viola el principio doctrinario al interpretar que la ley se extiende más allá de lo que es su voluntad objetiva, el problema resulta muy grave porque, como ocurre con las resoluciones de la Sala 2a. Civil, no existe recurso de alzada para impugnar la equivocada interpretación retroactiva de la ley.

Sin apartarnos de Coviello podemos resumir en dos principios indiscutidos, de aceptación uniforme en la doctrina, la teoría de la irretroactividad, con la advertencia de que no son únicos, a saber: (ob. cit. pág. 109):

"1. La nueva ley no toca las controversias definitivamente resueltas con anterioridad.

2. La nueva ley no es aplicable a las controversias relativas a hechos anteriormente realizados, aun cuando estén pendientes en el momento en que la ley entra en vigor o surjan después."

Sólo la sentencia que se transcribirá ha podido ignorar la segunda de esas dos reglas de universal acogida, no obstante que al decir del mismo tratadista la eficacia de la ley "se despliega no sólo respecto de los ciudadanos que deben respetarlas en las relaciones de la vida, sino también respecto al magistrado que debe aplicarlas a las controversias sometidas a su decisión", con lo cual se quiere decir que si en el pasado, durante la vigencia de leyes derogadas, los ciudadanos ajustaron su conducta a ellas, en el presente, el juez que tal conducta debe juzgar no puede hacerlo con una nueva ley que tales ciudadanos ignoraban porque no existía para entonces.

Dice en lo que interesa la sentencia Nº 16[illegible] 10 y 10 del 11 de marzo de 1963, de la Sala 2a. Civil:

> "... el artículo 28 transitorio... constituye... el eje jurídico que gobierna la materia debatida en autos. Ese texto... no admite interpretaciones que destruyan su esencia y razón de ser. Propósito incuestionable del Legislador fue el de prolongar, en el tiempo, la validez y efectos de la acción cobratoria de impuestos derivados de la Renta, por parte del Estado acreedor de ellos, en lo que concierne, concreta y específicamente, como reza categóricamente el texto de comentario, a "los impuestos atrasados, que no hayan sido pagados...". Qué no *hayan sido pagados* (o sea que se deban) hasta qué momento?, cabe preguntarse; y la contestación la suministra indudablemente el artículo 3º ya citado: hasta el día 27 de noviembre de 1962, fecha de publicación de la legislación de referencia... Así las cosas, quien esté adeudando sumas provenientes del Impuesto sobre la Renta... al referido 16 de noviembre, no puede acogerse en punto a prescripción de la obligación respectiva, a otras reglas o disposiciones que las establecidas en el artículo 28 transitorio de repetida cita... Cualquier discusión que pudiera surgir sobre punto de inconstitucionalidad de ese artículo 28 transitorio, no podría, desde luego, ser admitida por los jueces llamados a resolver meros litigios y a aplicar llanamente, cualesquiera que sean sus efectos en las personas o en los bienes, las leyes que se emitan las cuales deben tenerse obligadamente por constitucionales en tanto no se resuelva lo contrario por el Cuerpo a que se refiere el artículo 10 de la Constitución Política."

Termina el fallo revocando la sentencia "en cuanto se re-
uelve acoger parcialmente la excepción de caducidad opues-
a a la demanda, defensa que procede rechazar con funda-
ento en las disposiciones del Art. 28 transitorio de la Ley
Nº 3063..., ya que se trata en ese particular de impuestos adeu-
dados por el opositor con anterioridad a la vigencia de dicha
egislación (16 de noviembre de 1962) y no haberse ope-
rado la prescripción, de tres o de diez años, a que ese ar-
tículo se refiere".

Trascribiremos también, al final, conceptos irrebatibles
de las sentencias dictadas por los Jueces Primero y Segun-
do Civiles de esta capital que se apartan del criterio de la
Sala y por ahora advirtamos que si ésta se empeñara en
sostener que conforme al Art. 28 Transitorio desaparecen
las caducidades ya cumplidas, por ser dicho artículo una
ley de ORDEN PUBLICO, esto significaría que la Sala en-
tiende revocadas las normas jurídicas (también de orden
público) conforme a las cuales quedaron prescritas o cadu-
cas las acciones cobratorias de los mismos impuestos. En
otras palabras, que el Transitorio del Art. 28 revocó las le-
yes conforme a las cuales quedaron caducas las acciones,
y a este respecto anotemos lo que dice Messineo (Manual
de D. Civil y Comercial, T. I, pág. 88).

> "Figura diversa de la abrogación es *la revocación de normas jurídicas*. Es fenómeno absolutamente anómalo, ya que una norma jurídica, una vez dictada, no puede ser revocada (del modo como puede ser revocado un negocio jurídico); puede ser solamente abrogada, con la consecuencia de que los derechos objetivos, nacidos independientemente y durante el tiempo en que la norma estaba en vigor, no sufren perjuicio por el hecho de la posterior abrogación."

Sin entrar en el fondo de un aspecto que merece un
estudio completo, señalaremos que en doctrina está muy
desacreditada la anticuada diferenciación de leyes de or-
den público y de orden privado, no sólo porque en la prác-
tica resulta casi siempre imposible de aplicar. La superior

jerarquía de una ley frente a otra o frente a derechos objetivos o subjetivos debe resultar de la esencia misma de la norma, de su trascendencia social, independientemente de que lleve o no lleve la coletilla tan usada últimamente de que "esta ley es de orden público". Cualquier ley que no tenga tal declaratoria puede ser, aunque no se diga, de evidente orden superior y la verdad es que resulta difícil señalar cuál no es efectivamente de interés colectivo. El examen de una cuestión tan delicada como ésta que se refiere a la jerarquía jurídica de una ley frente a las restantes disposiciones vigentes debe ser siempre del resorte de la ciencia jurídica o de los tribunales competentes, mas no dejarse como recurso del Poder Legislativo que es cuerpo eminentemente lego en la materia. Con el correr de los años el abuso de la coletilla ha dado origen a tantas leyes que se autocalifican de "orden público" que a la corta o a la larga, si el concepto no llegara a sonar a hueco, perderá la importancia que se le quiso dar. De modo que, en resumen, este es un punto que requiere del intérprete una actitud menos palaciega y más científica. No está de más decirlo así, sin ánimo de ser irrespetuoso, porque muchas veces debe preguntarse hoy día si es acaso el Estado un FIN, un ente SUPERIOR al Derecho, y no el medio, el instrumento para garantizarlo. Lo decimos porque la estatolatría es el más generalizado mal del mundo contemporáneo y lo que más daño le ha ocasionado al Derecho y al hombre.

Pero veamos las razones que con su acostumbrado acierto nos da el fallo del Sr. Juez 2º Civil en la sentencia de las 9 horas del 3 de Abril de 1963:

> "...no puede aplicarse a esos dos períodos el Transitorio de la Ley número 3063 en cuanto se refiere a la reforma del precitado Art. 28, porque al entrar ésta en vigencia, se había producido, con *anterioridad*, la extinción de esos impuestos, puesto que la caducidad opera de pleno derecho, por no ejercitarse la acción dentro del término correspondiente. Distinto es el caso de la prescripción, porque la obligación se mantiene inalterable hasta que la declaren prescrita los tribuna-

les. De suerte que como el Transitorio sólo comprende los impuestos que, a partir de su vigencia, *aún se deben*, no podría abarcar los que habían desaparecido como consecuencia de la caducidad, pues no establece que renacen a la vida jurídica *los que ya se habían extinguido*, porque una disposición de tales alcances que, según se advierte, no contiene la nueva ley, sería, por lo demás, violatoria de la Constitución Política, porque ese efecto no podría siquiera producirlo el principio de la retroactividad en materia de orden público..."

Y para terminar, las que adujo en la sentencia de las horas del 18 de enero de 1963 el titular del Juzgado Primero Civil que hoy integra muy digna y merecidamente la Sala 1ª Civil como magistrado, en fallo que nos vemos obligados a resumir considerablemente:

"... si se entendiera que ese transitorio contiene una norma de efecto retroactivo sin limitación alguna, los tribunales no tendrán otra alternativa que la de rechazar las defensas que el contribuyente opusiere con base en las leyes reformadas, sin entrar a hacer ninguna apreciación sobre si esta retroactividad contraviene la regla del art. 34 de la Constitución Política, toda vez que los jueces no pueden negarse a aplicar una ley por considerar que es inconstitucional, puesto que al hacerlo estarían asumiendo de hecho atribuciones que la propia Constitución deja a cargo exclusivo de la Corte Plena. Por lo contrario, cuando la nueva ley guarda silencio sobre su aplicación retroactiva, entonces sí corresponde a los jueces determinar cuáles son las situaciones que caen bajo su imperio, pudiendo inclusive negarse a aplicarla en un caso determinado, no propiamente porque la ley sea inconstitucional en sí misma, sino porque lo inconstitucional sería su aplicación, es decir, porque al aplicarla en sentido retroactivo estaría violando el Art. 34 de la Constitución Política, en esta última hipótesis el Juez no se enfrenta o sobrepone a la voluntad dél legislador, pues si la ley no ordena que ella deba aplicarse retroactivamente, en ningún exceso de poder incurre el juez cuando resuelve que no rige para un caso concreto, porque no tiene efectos retroactivos, y al resolverlo así más bien está actuando dentro de la órbita de sus funciones jurisdiccionales.. Ahora bien, como no existe ninguna disposición que le otorgue a ese Art. 28 mayores efectos retroactivos de los que le corresponden con arreglo al Art. 34

de la Constitución Política, de allí se concluye que dicha norma principal solo tiene aplicación a los casos siguientes: a) Para los impuestos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la misma; y b) Para aquellos que se refieren a períodos anteriores, siempre y cuando el plazo de la prescripción o caducidad se encuentre en curso, pues de lo contrario, si este último hubiera expirado, entonces la ley no podría aplicarse retroactivamente y violar el Art. 34, ya que en tal caso se trata de situaciones jurídicas que quedaron consolidadas al amparo de las leyes anteriores..."

No está de más incluir una jurisprudencia de la Sala de Casación que viene como anillo al dedo para demostrar la gravísima equivocación de la Sala 2ª Civil. Dice así, en lo pertinente, el Considerando 2º del fallo de las 15 y 25 del 30 de abril de 1953:

"II. La demanda fue establecida el 30 de agosto de 1950 y contestada negativamente al 30 de setiembre siguiente, oportunidad en que fueron opuestas las excepciones de falta de personería ad-causam y caducidad o prescripción del pretendido derecho del accionante, quedando así establecida la correspondiente relación jurídica, todo ello antes de la reforma introducida al artículo 126 del C. Civil por ley Nº 1443 de 21 de mayo de 1952, que entró en vigencia el 30 del citado mes y año. No es dable, entonces, tener por aplicado indebidamente el artículo 126 del C. Civil, anterior a su reforma, porque bajo el imperio de aquel texto fue que el actor perdió el derecho a investigar su paternidad, en virtud de haberse operado la caducidad de la acción respectiva, ya que ésta se produce de pleno derecho si no se ejercita dentro del término fijado al efecto, siendo ésta la diferencia fundamental que existe con la prescripción negativa, a la que solo se asemeja en sus efectos liberatorios (sentencia de casación de las 11.45 hs. del 11 de julio de 1947). Resolver lo contrario equivaldría a contravenir el Art. 34 de la Constitución Política, que prohibe dar efecto retroactivo a la ley en perjuicio de situaciones jurídicas consolidadas."

Interes Legitimo, Derecho Subjetivo y Reforma al Contencioso Administrativo

(Art. 49 C. Política)

EDUARDO ORTIZ ORTIZ
Encargado de Derecho Administrativo

Ha sido reformado el artículo 49 de nuestra Constitución.

Decía el viejo texto:

"Establécese la jurisdicción contenciosa administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas".

Dice el texto reformado:

"Establécese la jurisdicción contenciosa administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La Ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

La exposición de motivos de la reforma, que se publica en este mismo número, se encarga de analizar el contenido y sentido de este nuevo texto.

La innovación verdaderamente profunda que introduce en el régimen de nuestra justicia administrativa está en el párrafo final, que extiende su objeto —al menos— a los intereses y no sólo a los derechos subjetivos de los administrados.

Queda dicho, con ello, que de hoy en adelante habrá en Costa Rica la posibilidad de hacer valer ante una jurisdicción única, llamada contencioso-administrativa y dependiente del Poder Judicial, no solo los derechos de los administrados sino también esta nueva figura jurídica llamada interés legítimo; y que, eventualmente, la ley podrá extender igual protección a otros intereses de hecho, que por carecer de toda defensa jurisdiccional en la mayoría de las legislaciones podrían llamarse —aunque impropiamente—, no legítimos.

I. LA DESVIACION DE PODER.

Importante y decisiva como es, la reforma en comentario puede ser analizada desde muy diversos ángulos. Queda para futuras líneas el análisis de la desviación de poder, expresamente calificada —nada menos que en la Constitución—, como motivo de impugnación del acto administrativo. Ello sin perjuicio de advertir anticipadamente que tal vicio, como la misma exposición de motivos lo expresa, es de legalidad y no de oportunidad del acto, y es capaz, por eso mismo, de producir la invalidez de éste y de fundar una acción contencioso administrativa en su contra.

Esta expresa y solemne inclusión de la desviación de poder dentro del texto constitucional nos parece superflua y motivada en la atención desmedida a un defecto marginal del acto administrativo, cuya revelación empieza a hacerse a través de otros vicios más gruesos y evidenciables del mismo, y que está confinado, en todo caso, al ámbito de los actos con motivo discrecional.

El acto administrativo no es un acto de voluntad, sino una conducta voluntaria de un funcionario, externamente adecuada a la satisfacción de una necesidad pública. Los vicios de la voluntad contenida en aquella únicamente tienen importancia cuando impiden que el acto se adapte a dicha necesidad, desde un punto de vista enteramente objetiva. Razón por la cual, si hay motivo reglado y definido por la ley, que haga necesario el acto, importa poco el fin perseguido por el funcionario, para juzgar de la validez o invalidez de aquél. Dado el motivo reglado el acto es válido, aunque el móvil del funcionario sea ilegal y egoísta, porque el acto es de todos modos necesario en el caso y existente a plenitud su fin objetivo, que es la necesidad creada por aquel motivo, y no el móvil adoptado por el funcionario.

Acto adm válido en la voluntad.

La desviación de poder —como los vicios de la voluntad en general—, tiene influencia únicamente sobre los elementos discrecionales del acto administrativo, porque entonces es presumible que si la definición y determinación de éstos depende de la voluntad y del juicio del funcionario, estarán mal definidos y determinados, si el móvil de éste es ilícito o ilegal. No obstante, el acto es válido aunque esta desviación se presente, si es obligatorio en el caso concreto, por haberse realizado ya el motivo reglado que lo hace debido según la ley.

Desviación de poder: influencia.

La desviación de poder queda relegada, entonces, a los casos de desviación subjetiva de fin en los actos cuyo motivo y emisión son de apreciación discrecional, cuando la mis-

ma ha sido bien hecha y es insostenible la tesis de que el motivo no existe o ha sido infundadamente considerado como existente. De este estrecho horizonte, la desviación de poder viene siendo sistemáticamente excluída por la jurisprudencia italiana y francesa, sobre todo por el control de otros vicios conexos y por la imposición de nuevos límites a la discrecionalidad, que conducen cada vez más frecuentemente a tener por insubsistente el motivo y por innecesario el acto.

Fuera de la proyección de la desviación hacia este último elemento —motivo— que representa ahora el fulcro de toda teoría nueva sobre el acto administrativo, han operado esa labor compresora y expelente las doctrinas de los principios generales del derecho y de los conceptos jurídicos indeterminados, que autorizan una intervención del juez sobre campos antes reservados a la libre y soberana apreciación discrecional de la Administración. Estos principios y dichos conceptos (escándalo público, urgencia, tierra inculta, propaganda subversiva, actividad de beneficencia, servicio público, etc.) se reputan hoy como reglas precisas y determinadas, o determinables, que la autoridad debe aceptar y obedecer, enmarcando su sentido según reglas estrictas de lógica y de justicia. En términos tales que lo que antes podía reputarse una actividad libre, sin importar que limitara derechos contemplados por la Constitución (como las garantías individuales) se reputa ahora (en Francia, al menos) como sujeto a toda clase de chequeos jurisdiccionales sobre la lógica o la justicia de la actuación administrativa, precisa y exclusivamente en razón de un principio general de derecho, que impone la menor discrecionalidad posible en la limitación de los derechos humanos por la actividad de policía. Y, parejamente, lo que antes podía considerarse una interpretación administrativa de la ley no fiscalizable por la justicia, como la decisión sobre lo que es una entidad de beneficencia a los efectos del otorgamiento de una subvención, o la de lo que es propaganda subversiva o pe-

lícula inmoral a los afectos de su prohibición y decomiso, se reputa hoy como la aplicación de la ley a un caso concreto, mediante el acotamiento de los conceptos indeterminados de beneficencia, subversión o inmoralidad por su adecuación a los datos reales y variables de dicho caso. Los tribunales franceses entran hoy a juzgar de la apreciación de los hechos de éste, para determinar si el mismo merece la calificación legal que le ha atribuido la autoridad, como si ésta hubiera sido definida clara y precisamente por la ley, y no como si hubiera sido abandonada al criterio personal del agente administrativo.

Margen y reducto último de la discrecionalidad es la potestad de la Administración para elegir entre varias posibilidades, todas igualmente legales y totalmente indeterminadas por completo silencio de la norma al respecto, para satisfacer el bien público. De este modo, resulta poco frecuente en la Francia de hoy el entrar a juzgar de la desviación de poder en un acto, porque antes que ésta y como vicio anterior y principal, se ha analizado la existencia y apreciación del motivo, y se ha logrado constatar la invalidez del acto por inexistencia o por mala apreciación de este último.

Para concluir: la desviación de poder es un vicio marginal, poco frecuente y, en todo caso, tan atinente a la legalidad del acto como la falta de motivo. Aunque la situación jurisdiccional en Costa Rica es totalmente distinta a la de Francia, son válidos enteramente —aquí como allá— los motivos de la evolución descrita, y predecible una muy rápida marcha de nuestros tribunales hacia líneas de decisión muy semejantes. Cuando esta evolución se haya concluido —y desde que esté en marcha— se evidenciará que la inclusión del vicio de desviación de poder en la reforma de nuestro artículo 49 citado es innecesaria, porque se trata de un vicio poco frecuente de legalidad, cuya mención expresa debió excluirse del texto por igual razón que la de todos los demás del acto administrativo (defecto de compe

tencia, forma, procedimiento, contenido, etc.) y que, sobre todo, debió acompañarse —si se incluía— de una mención a la inexistencia o mala apreciación del motivo, con la que tan a menudo se confunde y que es mucho más relevante.

La redacción que se critica está inspirada en el artículo 83, inciso 2, de la nueva ley española de lo contencioso administrativo, citada por la correspondiente exposición de motivos (Ley de 22 de diciembre de 1956). Pero es digno de notar que ilustres autores españoles (Eduardo García Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder, Revista de Administración Pública, Nº 39, página 174) han apuntado ya igual decadencia de la desviación de poder, como vicio del acto. No sabemos si sea o no recomendable la inclusión de tal defecto, en norma tan moderna y técnica como la apuntada, a modo de advertencia para litigantes desprevenidos; pero estamos seguros de que es un error precisamente técnico su inclusión en una Constitución, hecha para durar ante los vaivienes de la justicia, de la doctrina y de los tiempos.

II. DERECHO, DEBER E INTERES LEGITIMO.

Defecto fundamental de la reforma, el apuntado; fundamental virtud, la inclusión de los intereses legítimos dentro del objeto de la jurisdicción administrativa.

Estas líneas irán destinadas principalmente a aclarar lo que es la noción de interés frente a la de derecho subjetivo, sobre todo a la luz de la doctrina italiana, donde tal distinción adquiere su máximo relieve por ser el criterio discriminatorio entre la justicia administrativa ordinaria servida por el Poder Judicial, encargada exclusivamente de conocer y fallar sobre litigios en que el administrado hace valer un derecho subjetivo violado; y la justicia administrativa formal, servida por el Consejo de Estado italiano y tribunales menores, todos dependientes del Gobierno (Poder Ejecutivo) pero con absoluta autonomía funcional y con ca-

valor Der. subjetivo

Interés legítimo ≠ D. subjetivo

ráctèr de verdaderos jueces separados de la Administración activa, encargados exclusivamente de conocer y fallar sobre litigios en que el administrado se limita a hacer valer un mero interés violado, y no un derecho subjetivo.

En tales sistemas, la distinción neta y precisa entre derecho subjetivo e interés legítimo, así como entre éste y los intereses de hecho sin ninguna protección jurídica, que allá se llaman "simples", es importante porque hay doble jurisdicción administrativa —del Poder Judicial y del Ejecutivo—, y es necesario determinar a cuál de las dos debe dirigirse la demanda. En Costa Rica, donde todos los tribunales dependen del Poder Judicial por mandato constitucional, tal problema no existe. La utilidad de la distinción se mantiene, sin embargo, porque:

1) Sirve para conocer los casos nuevos que podrán llevarse a la vía contencioso administrativo, de conformidad con la reforma en comentario. Limitada al conocimiento de litigios sobre derechos y relaciones jurídicas, nuestra jurisdicción administrativa habrá de iniciar, con base en la reforma, una ardua labor de definición conceptual y causística de los intereses legítimos, para saber los que no son siquiera eso, por ser intereses simples, y los que —por su modo de protección—, son más que eso, porque son verdaderos derechos subjetivos. Con base en tal distinción, y es ésta la segunda utilidad fundamental que trae el conocimiento de lo que es un interés podrá declarar su competencia o incompetencia para conocer de la petición o pretensión de la demanda.

2) Sirve para saber cuándo el reclamante tiene derecho sólo a la anulación del acto y no a la reparación del agravio causado, y cuando tiene derecho, en cambio, a las dos cosas en lógica secuencia. No hay responsabilidad, en efecto, por el daño a un interés legítimo, como sí lo hay por el agravio a un verdadero derecho subjetivo, según casi unánime orientación doctrinal y jurisprudencial.

La afirmación no requiere casi de confirmación en el derecho italiano, donde la división de la jurisdicción administrativa en dos ramas está determinada —como se apuntó—, por la causa petendi de la demanda, según se alegue como violado un derecho subjetivo o un interés, a la vez que por el petitum o pretensión misma, que en armonía con aquella causa, puede ser de resarcimiento cuando ésta es un derecho y de anulación —sin resarcimiento—, cuando es un interés. Es posible que un mismo acto viole simultáneamente un derecho y un interés, (por ejemplo: cuando los vicios del acto son no sólo de tipo formal —en cuyo caso hay interés ante el mismo—, sino también material, en cuyo caso hay un derecho violado, por ausencia total del poder para realizar el acto) y es posible alegar en dos juicios distintos esa doble violación. Pero, en todo caso, la acción de condena a un resarcimiento habrá de fundarse en la lesión del derecho, nunca en la de un interés legítimo.

Puede afirmarse lo mismo del sistema francés de justicia administrativa, donde hay dos tipos de juicio contencioso netamente separados y distintos en cuanto a órgano y procedimiento, llamados de plena jurisdicción y de anulación, que se distinguen por los poderes del juez en la decisión del litigio, según que pueda condenar a la Administración a daños y perjuicios, y, además, anular el acto violatorio, en cuyo caso la jurisdicción es plena; o según que pueda únicamente anular y no condenar al Estado, en cuyo caso la jurisdicción es de mera anulación. Aquí, como en Italia, y pese a importantes diferencias de orientación general en el instituto de la justicia administrativa, el derecho subjetivo está a la base de la acción de plena jurisdicción y el interés es el fundamento de la acción de anulación.

El que tiene un derecho puede obtener resarcimiento y sentencia de condena contra la Administración, el que tiene un simple interés legítimo únicamente puede anular el acto administrativo ilegal.

La nueva ley de lo contencioso administrativo español (ya citada) regula estos dos tipos de pretensión sin darles

nombre específico, y en el artículo 42 expresamente advierte que para pretender, además de la anulación que prevé en el artículo 41, el "reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda", es preciso estar legitimado de conformidad con el inciso 2 del artículo 28 idem, que dispone:

"Si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados".

Este mismo artículo 28 inciso 1) contiene, por otro lado, una previsión que revela bien la diferencia que media entre la situación anterior y aquella en que el recurrente es titular únicamente de un interés:

"Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración. inciso 1): Los que tuvieren interés directo en ello".

Esta confirmación legislativa e institucional, de que la lesión del interés no funda responsabilidad civil del Estado, puede darse también en el campo doctrinal, donde son numerosísimas y muy autorizadas las opiniones en tal sentido.[1]

---

(1) Nos limitamos a un reducido número, como sigue: Enrico Guicciardi, La Giustizia Amministrativa, pág. 321 y ste.:

'En el caso, en vez, de responsabilidad por acto administrativo ilícito, la labor del juez debe ser más amplia, porque son varios y numerosos los requisitos necesarios para alcanzar una sentencia de condena. Deberán, en efecto, declararse: la existencia del acto o del hecho cuyas consecuencias se controvierten; la referibilidad del acto o del hecho a la Administración y no a la persona del funcionario que lo ha realizado; la ilicitud del acto o del hecho; la existencia de un

La razón es clara, como se deducirá fácilmente de las líneas posteriores: el interés legítimo es una situación jurídica no protegida directamente por el derecho, en beneficio de su titular, sino solo a través de la protección del interés público, que se halla en conexión con el de éste. El daño al interés legítimo, de conformidad con ello, es económico pero no jurídico y no puede originar una obligación jurídica de reparación, que es la esencia de la responsabilidad civil.

En razón de ello, el titular de un interés legítimo ofendido debe limitar su demanda a la petición de anulación del acto administrativo lesivo, sin invocar los daños y perjuicios causados ni pedir su reparación. Caso opuesto, el Juez deberá declarar sin lugar la demanda de reparación, indebida e infundadamente deducida. Donde hay interés legítimo hay derecho a anular el acto público e ilegal lesivo, pero no hay derecho a daños y perjuicios consecuen-

---

daño jurídico, consistente en la privación, disminución y alteración de un derecho subjetivo del administrado . . .".

Aldo Sandulli, Manuale di Diritto Amministrativo, pág. 496:

"De un daño jurídico se puede hablar únicamente en aquellos casos en los cuales se encuentra lesionado un interés que el ordenamiento protege y reconoce directamente; en los otros casos se tendrá a lo sumo un daño económico, pero no un daño jurídico. El daño jurídico (indemnizable) presupone necesariamente, en consecuencia, la lesión de un derecho subjetivo".

Landi-Potenza, Manuale di Diritto Amministrativo, pág. 298:

"El evento dañoso debe consistir en la violación de un derecho . . . nos parece, en consecuencia, que no debe reputarse reparable la lesión del interés legítimo ni —a fortiori— del interés simple . . ."

En contra y definiendo una posición netamente favorable a la indemnización por daño al interés legítimo, Zanobini, op. cit. pág. 343.

Debe advertirse que la tendencia actual del derecho francés es favorable al reconocimiento de la responsabilidad estatal por daño al interés legítimo, pero no por el agravio inferido al interés simple o de hecho (según la terminología que se explicará después).

Véase Geofge Vedel, Droit Administratif, pág. 271-272.

tes. Donde hay derecho subjetivo, hay derecho a la anulación del acto lesivo y a la reparación plena de la lesión.

Cabe advertir, finalmente, la íntima conexión lógica que hay entre derecho y obligación, por un lado, y deber e interés por otro. Pues, así como el derecho es el reverso lógico de la obligación, así el interés es el reverso lógico del deber, en el sentido técnico preciso que luego se explicará. Para establecer claramente la noción de interés, parece necesario, entonces, definir primero las de aquellas otras figuras jurídicas, que son el derecho subjetivo, la obligación y el deber.

III. LA RELACION JURIDICA, EL DERECHO SUBJETIVO Y LA OBLIGACION.

Una autorizada doctrina sostiene la bilateralidad como nota esencial del derecho. La bilateralidad de la norma jurídica significa que la misma regula la conducta humana mediante el empleo de dos juicios que se implican mutuamente: uno llamado atributivo que faculta a un sujeto para hacer algo, y otro llamado prescriptivo que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. Lo característico de la bilateralidad está en que, como se dijo, ambas normas se implican, aunque sólo una de ellas esté formulada, de modo que siempre que se atribuye expresamente un poder se impone implícitamente a otro un deber conexo, y viceversa. La regulación de una conducta sólo es jurídica, según ello, si obliga a un sujeto al mismo tiempo que faculta a otro, y lo hace coordinando la conducta de ambos, de modo que la del obligado sirva para hacer posible la del derecho habiente, o por lo menos para no hacerla imposible.

"La referencia (de la norma jurídica) a cada uno de los sujetos implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone el otorgar, al otro, el derecho de exigir el cumplimiento; del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro

u otros) el deber de observar la conducta exigida para la atisfacción de las facultades del pretensor"... "La fórmula ompleta de la regulación bilateral es la siguiente: dado el hecho jurídico, el pretensor tiene el derecho de observar ierta conducta y, correlativamente, el obligado debe asumir la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor" (Eduardo García Maynez, Lógica del Juicio Jurídico, Págs. 37 y 47).

De acuerdo con esta concepción, la regulación jurídica de la conducta humana se da siempre bajo la forma de relaciones entre sujetos, por virtud de las cuales cuando uno tiene un derecho siempre hay otro —frente a él— que tiene un deber cuya función es hacer posible que el primero pueda obtener una "cabal satisfacción de sus pretensiones". Un derecho sin un sujeto obligado, o un deber sin un derechohabiente, son jurídicamente inconcebibles.

"Relación jurídica es el vínculo que la disposición atributiva (del derecho) establece entre la persona a quien se permite tal o cual conducta y el (o los) obligados a observar las que hacen posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor (dueño del derecho)" (García Maynez, Lógica del Concepto Jurídico, Pág. 178).

O más breve: relación jurídica es el vínculo entre dos sujetos, establecido por una norma jurídica, que permite realizar una conducta y simultáneamente prohibe a otra toda conducta que pueda impedir la primera.

Dentro de la relación jurídica, así definida, los sujetos guardan dos clases de posiciones respecto de su conducta propia: o les está autorizada, o les está prohibida, siempre en relación con otro sujeto. La relación jurídica se da, entonces, entre dos posiciones de los sujetos relacionados: una favorable a la libertad, que se llama derecho y que consiste en una autorización de conducta, y otra desfavorable, que consiste en una prohibición, ambas coordinadas para hacer posible su simultáneo cumplimiento.

"Derecho subjetivo es la posibilidad, concedida a una persona por una norma, de hacer u omitir lícitamente algo... En el derecho subjetivo la forma consiste en la permisión de un comportamiento, y el contenido en lo que en cada caso el titular puede lícitamente hacer o no hacer" (García Maynes, Lógica del concepto jurídico, Pág. 147).

"El deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una acción o una omisión... El deber jurídico restringe la libertad de acción del obligado en cuanto le niega el derecho de omitir la conducta prescrita o el ejecutar la prohibida, y sólo le concede el de hacer lo que le manda omitir o el omitir lo que le veda" (García Maynez, ob. cit. Pág. 148).

Esta última definición de deber jurídico, centrada en la idea de restricción a la libertad, es criticable porque indica cuál es el efecto del deber sobre la libertad, pero no dice en qué consiste el deber (Oscar Marineau, El Estudio del Derecho, Pag. 159). Una definición más precisa puede darse diciendo que el deber es "la necesidad jurídica de observar una cierta conducta" y que esta necesidad significa "la eliminación de toda posibilidad de elección respecto de esa conducta" (Sebastiano Cassarino, Le Situazione Giuridiche, Pág. 15-16), lo que lleva directamente a la idea de prohibición, como esencia positiva del deber.

Si hay un deber cuando hay la posibilidad de realizar una conducta sin ninguna alternativa, de modo que la misma es la única autorizada en el caso concreto, puede decirse que hay un deber cuando una conducta está autorizada y está simultáneamente prohibida su omisión. Hay un derecho cuando está autorizada y permitida su omisión.

La doctrina mejicana—de extraordinario desarrollo en la materia— ha elaborado los conceptos de derecho de libertad y de derecho de ejercicio obligatorio para afinar más aun la distinción entre derecho y deber, y separarlos

de toda figura conexa. Así, el derecho es la posibilidad fundada en la norma jurídica de realizar una conducta, pero es de ejercicio facultativo cuando va acompañado de otra posibilidad distinta, que es la de optar entre esa realización o su omisión; a esta posibilidad adicional se ha llamado derecho de libertad o derecho de opción, y se da siempre que un sujeto puede no sólo hacer algo sino también dejar de hacerlo, a su gusto. Hay un derecho de ejercicio obligatorio, en cambio, cuando la posibilidad de realizar una conducta, que es la esencia del derecho subjetivo, va acompañada de la prohibición de omitirla, en términos que el individuo está en la necesidad de realizarla. Su derecho existe porque puede hacer algo; pero va acompañado de un deber, porque no puede, le está prohibido dejar de hacerlo.

Este afinamiento ha servido para enuclear el meollo irreductible del deber. El deber no corresponde a lo que está ordenado o impuesto, sino a lo que está prohibido. La restricción de la libertad apuntada como esencia del mismo, positivamente corresponde a la prohibición de hacer algo, a la imposibilidad jurídica de hacerlo. Hay una restricción de la libertad, porque hay algo que no se puede hacer, que es la omisión de una conducta autorizada.

Según este resultado, pueden darse las siguientes definiciones del derecho subjetivo y del deber:

'Es derecho subjetivo la autorización (de conducta) dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. Es deber la prohibición (de conducta) impuesta por la norma jurídica, que produce en el sujeto la necesidad jurídica de no hacer algo o la imposibilidad jurídica de hacerlo.'

Creemos que el descubrimiento de los derechos de libertad y de los de ejercicio obligatorio permite afinar conceptos lógicos, pero resulta prácticamente irrelevante. Para efectos de definir el derecho subjetivo y el deber, puede

fundirse aquél con la libertad, y el deber con el derecho de ejercicio obligatorio. Es decir, pueden bien definirse estos conceptos como sigue: derecho subjetivo es la posibilidad normativa de optar entre la realización o la omisión de una conducta; deber jurídico es la necesidad de realizar una conducta, sin alternativa jurídica alguna.

2) CLASES Y NOTAS DEL DERECHO SUBJETIVO.

2-1) Lo más característico del derecho y de la obligación es su carácter bilateral y correlativo. Este significa que hay una coordinación entre las conductas objeto del derecho y de la obligación de la que nace un bien para el titular del derecho. Como dice la definición de García Maynez ya citada, "el obligado debe asumir (la conducta) que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor".

Las facultades, entendidas como autorizaciones de conducta, no se satisfacen ni son susceptibles de serlo; la satisfacción siempre es de un interés y el único dueño posible del mismo es el sujeto y no la conducta autorizada. Esto no significa que la definición anterior incluya al interés como objeto del derecho o del deber, sino que lo acepta como el fin de uno y otro. El objeto es aquello a que se refiere la autorización o la prohibición de conducta, y está siempre constituído por la conducta autorizada o prohibida. Pero el fin es aquella modificación que la conducta puede introducir en la vida social, y está siempre constituído por un fin humano, que tiene que ser un interés. El motivo que lleva a la ley a conferir un derecho es la suposición de que el sujeto titular puede llegar a tener una necesidad que se satisfaga con la conducta que es objeto del mismo. La relación supuesta entre esta conducta y esa necesidad, que es el interés legal, desempeña la función de fin del derecho subjetivo, inconfundible con su objeto.

Para hacer posible esta conducta, la norma no sólo debe autorizarla sino, además, prohibir toda aquélla que la haga imposible, y crear el deber correlativo.

El fundamento del deber —en el orden de las preferencias—, está en el derecho subjetivo; el deber nace para hacer posible la conducta autorizada que satisface las necesidades humanas. El fin de la norma, de la relación jurídica y de los derechos y deberes todos, es conectar al hombre con el mundo de los intereses y los valores, y permitirle la vida de relación.

Con este fin el derecho sólo puede autorizar la conducta propia del sujeto autorizado, o prohibir la conducta propia del obligado. Es imposible que la autorización tenga por objeto la conducta del obligado y no la del derecho habiente. No hay ni puede haber, en otras palabras, un derecho que consista —como afirma un egregio autor (Oscar Morineau, ob. cit., pág. 134, 138, 263, 277 y siguientes)—, en autorizar en favor del dueño del derecho la conducta del obligado. Esto sólo puede querer decir, o bien que el dueño del derecho está capacitado para realizar la conducta correspondiente al deudor, lo que resulta absurdo, o bien que está facultado para exigir la conducta del deudor, lo que implica que el objeto de su derecho es una conducta propia, la de exigir el cumplimiento del deber. La norma, en consecuencia, sólo puede contemplar dos tipos de situaciones en correlación: la autorización a la conducta propia, o la prohibición de la propia conducta. Todos los derechos son autorización a la conducta propia, y todos los deberes son prohibiciones de la conducta propia.

2-2) Desde este punto de vista, a todo derecho hace frente un deber general de abstenerse de perturbar la conducta que el derecho autorice. Este deber negativo acostumbra formularse con la vieja regla de que "nadie puede causar injustamente daño a otro", equivalente del latino

"naeminem non laedere", no dañarás a nadie. Ante la posibilidad genérica de desarrollar la conducta propia, sólo hay el deber genérico a cargo de todo el mundo de no impedir la conducta ajena autorizada.

Este genérica correlación de derecho y deber puede ajustarse aun más cuando la conducta autorizada se refiere a una cosa determinada, que le está sometida. El deber genérico de no perturbar —sin transformarse—, se concreta algo más y aparece como la prohibición de perturbar a un propietario determinado en relación con una determinada cosa. Pero, evidencia de que este deber de abstención frente a la cosa sigue siendo el mismo que se da también frente a la actividad ajena autorizada, no referida a ningún bien determinado, es que puede violarse no sólo atacando la integridad del bien, sino impidiendo su explotación por el propietario. La posibilidad de la conducta de éste integra el derecho de propiedad mucho más que la cosa misma que es su objeto. Ante la propiedad sólo hay un deber genérico de no dañarla, igual al consagrado por el artículo 1045 del Código Civil, cuando dice que será responsable todo aquél que cause un daño a otro por su dolo o culpa.

2-3) Finalmente, es posible que la conducta propia que es el objeto del derecho se halle determinada por el sujeto obligado ante el que se da, y no ya por una cosa a ella sometida. Son estos derechos determinados por el sujeto pasivo, los que Morineau ha definido como autorizaciones de la conducta ajena, en fórmula poco feliz. Los derechos frente a un sujeto determinado son siempre y sólo pueden ser derechos a la propia conducta, exactamente como los derechos frente a un sujeto indeterminado. Pero, en el caso de aquéllos, la única característica que puede descubrirse es la de que la conducta objeto del derecho es una muy peculiar, y consiste en la recepción y disfrute de una conducta ajena.

Estos derechos determinados por el sujeto pasivo del deber correspondiente, que se llaman relativos, no autorizan otra conducta propia que la puramente pasiva de recibir la conducta ajena. La facultad de exigir el cumplimiento o prestación de esta última, queda reducida a la platónica posibilidad de decirle o avisarle al deudor que debe pagar porque su obligación está vencida, salvo que se la identifique con el derecho mismo de acción judicial, en realidad enteramente independiente. La tentativa ensayada por un famoso autor (Francesco Carnelutti, Teoría del Derecho, pág. 127) de construir el derecho relativo como la potestad de ordenar al deudor el cumplimiento de su deber, en interés de quien manda, queda totalmente sin base cuando se piensa que esa orden sería inútil e innecesaria, porque la obligación que produciría estaría ya impuesta directamente por la ley o, en general, por el acto causa de la obligación misma, sentencia, contrato, acto administrativo, etc. Aunque el derechohabiente nada ordene ni mande al respecto, la ley, el contrato, la sentencia o el acto administrativo, impondrían igualmente el cumplimiento del deber.

En el caso de los derechos relativos, hay un estrecho condicionamiento entre la posibilidad de realizar la conducta propia, objeto del derecho mismo, y la conducta ajena, objeto del deber correlativo; esa estrecha relación consiste en que la conducta propia no se puede dar ni ejercerse el derecho, mientras no se dé la conducta ajena, objeto del deber. El cumplimiento de éste, en otras palabras, es la condición para el ejercicio del derecho relativo.

negatividad total
x parte de todos.

2-4) En sentido amplio, la bilateralidad del derecho cubre todas estas hipótesis, pero estrictamente concebida sólo puede referirse a los derechos relativos. Toda posibilidad de acción, cualquiera que sea, es correlativa de una prohibición que tiene por fin hacer posible la plena realización de aquélla, deber que es el genérico naeminen

non laedere a favor de todos y a cargo de todos. El mismo se traduce sólo en una abstención y sólo influye en el ejercicio del derecho correlativo, eliminando el obstáculo que puede impedirlo, pero no poniendo una condición indispensable para hacerlo posible. Dado este carácter negativo y, sobre todo, esta total independencia entre el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, en cuanto que éste no es necesario ni está específicamente coordinado a aquél, tal genérica relación no puede reputarse seriamente una forma de bilateralidad. Cabe afirmar decididamente, al menos, que la misma puede reputarse tal únicamente dentro del campo de la filosofía del derecho, pero no dentro de una disciplina jurídica particular —como la nuestra—, porque ahí es totalmente irrelevante a efecto de revelar en qué consiste propiamente el derecho envuelto en esa vaga y negativa forma de bilateralidad.

Dentro del derecho positivo y para efectos prácticos, la bilateralidad jurídica debe reducirse a los casos de existencia de un derecho relativo, determinado por el sujeto pasivo del deber correspondiente.

Puede extenderse la bilateralidad jurídica, a lo sumo, a los derechos a una conducta propia, determinada por razón de la cosa a que se refiere, que sirve simultáneamente para particularizar respecto de ella la conducta general de abstención y de respeto a cargo de todos los demás.

La relación jurídica, en sentido estricto, debe considerarse existente únicamente en caso de los derechos relativos o, a lo sumo, en el de los derechos sobre una cosa determinada, por todo lo ya explicado. La correlación que se da entre el dueño de un derecho a una actividad propia, totalmente indeterminada desde el punto de vista de las cosas o de los sujetos a que se refiere, y el sujeto del deber correlativo de no impedir que esa conducta se

lleve a cabo, es tan vaga e inefectiva, que no debe reputarse verdadera relación jurídica. (2)

De conformidad con lo dicho, hemos encontrado tres tipos fundamentales de derechos, todos a la conducta propia; a saber:

a) Los que se dan fuera de una relación jurídica, que desde ahora llamaremos facultades, y que se caracterizan por su indeterminación, desde el punto de vista tanto del sujeto pasivo como del objeto a que se refieren.

b) Los que se dan dentro de una relación jurídica y que se pueden dividir en:

---

(2) Las anteriores afirmaciones no contradicen el carácter jurídico del derecho subjetivo si se considera:

a).—Que una indeterminada relación entre derecho y deber queda siempre admitida, a modo de confirmación de esa bilateralidad, siempre que se acepte que en muchas ocasiones (derechos absolutos y reales) el deber correspondiente tiene por objeto una mera abstención de impedir la conducta ajena, igual frente a todo posible derecho y no adecuado al contenido específico de cada una de las posibilidades de acción en que este último puede consistir;

b).—Que, en tales casos, es posible explicar el carácter jurídico del deber, incluso si se admite que el mismo no integra una relación bilateral, y evitar su identificación con el deber moral, acudiendo a la idea de lo positivo. Se entiende por positividad el hecho de que la norma derive su validez de acto de autoridad social, o de un proceso humano de creación del derecho, regulado por otra norma. La validez de una norma jurídica y de las situaciones objetivas o subjetivas que de ella deriven, depende, según ello, de que la misma pueda referirse a otra norma anterior que regula su proceso de creación, y así indefinidamente hasta alcanzar la norma primera en el tiempo, de la cual dependen todas las demás: la Constitución (teoría kelseniana de la pirámide jurídica). Esto significa que lo distintivo del derecho como orden y como norma, y de las situaciones jurídicas, es el hecho de estar fundadas en otras normas que regulan su creación, mediante la disciplina de un proceso desarrollado por hombres cuya voluntad se estima superior a la de los otros para ese efecto; estos hombres son los gobernantes No la bilateralidad, que eventualmente puede faltar, sino la positividad así entendida, como el carácter puramente formal del derecho en razón de su origen humano y del procedimiento para su creación, es lo que viene a ser nota esencial del mismo.

Dos reales personales

b-1) Determinados por razón de la cosa a que se refiere el derecho, y se llaman reales;

b-2) Determinados por razón del sujeto pasivo del correspondiente deber, que se llaman relativos o personales.

Notas comunes a todos son las siguientes:

a) Su objeto es siempre una conducta material y voluntaria, que sirve directamente a un fin personal del derecho habiente. Su función es, según se dijo, proveer a las necesidades de la convivencia; y de la misma puede deducirse el carácter material apuntado como único apto para procurar esa satisfacción en forma inmediata.

b) La conducta autorizada, en razón de su carácter puramente material, es ineficaz para alterar la esfera jurídica (de intereses o de derechos) de otros sujetos, concreta y específicamente del obligado. El hombre que camina y respira, el propietario que cultiva su fundo, el acreedor que recibe el pago, no realizan un acto capaz para producir un efecto cualquiera de derecho, ni en su patrimonio ni en el de ningún otro sujeto.

Notas diversas fundamentales son las siguientes:

a) Los derechos reales y personales pueden ser —aunque necesariamente ello no ocurra—, separados de la persona que los tiene, dado el carácter limitado y determinado de las conductas que autorizan (desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo del correspondiente deber). Es decir, el titular puede renunciar a la propiedad sin perder todo su patrimonio y conservando, en todo caso, la posibilidad de adquirir otro en el futuro; puede transmitir la finca y conserva igual posibilidad, además, de recibir el dinero del precio; y puede otro adquirirla por prescripción positiva, sin que con ello padezca

una total extinción de su patrimonio ni de la posibilidad de adquirirlo. Igualmente puede decirse del acreedor en relación con un determinado crédito. Los derechos reales o personales pueden ser renunciables, transmisibles, prescriptibles y agotables por su ejercicio (lo cobrado no se puede volver a cobrar, la finca vendida no se puede volver a explotar ni vender).

Las facultades, o derechos indeterminados a la propia conducta material, vienen a ser, en cambio, una base mínima de la vida humana de relación, porque representan en realidad un solo derecho fundamental, que es el derecho a la vida y al movimiento. Su separación del titular por renuncia, transmisión, prescripción o ejercicio, significaría lógicamente la imposibilidad indeterminada y total de toda clase de acción propia, que es lo mismo que la absoluta inmovilidad. Dado su carácter fundamental e indeterminado, las facultades son irrenunciables, instransmisibles, imprescriptibles e inagotables por su ejercicio.

b) En segundo lugar, los derechos a cosa determinada o frente a sujeto pasivo determinado, están siempre definidos en cuanto a su objeto por la ley o por el negocio jurídico (acto, contrato) que les dió origen. Su referencia a una cosa o sujeto concretos, obliga a determinar su contenido para definir lo que se puede hacer en relación con los mismos. El principio normal en este campo parece ser el de que sólo hay derecho subjetivo (y no facultad) cuando hay un título (ley o negocio jurídico concreto) que lo confiera y lo defina.

Las facultades, en cambio, se rigen en sistemas liberales por el principio de la libertad privada, que afirma como permitido todo lo que no está expresamente prohibido.

Resulta importante advertir que, dado el carácter material y jurídicamente irrelevante frente al público de la conducta objeto de la facultad (en el sentido técnico preciso enunciado) una reciente doctrina sostiene la posibil

dad de aplicar igual principio de libertad aun en el campo de la actividad pública del Estado, y permitir a éste la realización de toda clase de conductas materiales, mientras no violen leyes ni derechos, por el mero hecho de no hallarse expresamente prohibidas. Dado el carácter público de todos los fines del Estado y la aceptación del principio de libertad para su actividad privada, la única utilidad que la innovación tendría, sería la de permitir que el Estado ejecute toda clase de actividades materiales no reguladas ni prohibidas, sin ninguna conexión con actos anteriores regulados; se trataría, en otras palabras, de autorizar una actividad material autónoma del Estado. Creemos que mientras la misma no viole las leyes ni derechos anteriores, tal actividad y la tesis extensiva que la justifican, carecen de toda admisión.

Correlativo de la facultad es el deber, al que—según lo dicho—, no puede decirse que corresponda un derecho en sentido estricto, como elemento integrante de una sola relación jurídica. De esta especial figura jurídica pasiva, llamada deber, a la que no corresponde un derecho, nos ocupamos de inmediato.

Correlativo del derecho es la obligación, definida como la prohibición que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta opuesta a la que condiciona o solamente hace posible la del titular del derecho correspondiente. La obligación es, así, dentro del mundo de los deberes jurídicos, aquél que corresponde específicamente a un derecho real o personal, dentro de una relación jurídica concreta.

obligación

IV. EL DEBER.

1) El deber es una necesidad jurídica de actuar; quiere decirse, la prohibición de una conducta, acción u omisión. Va siempre acompañado de la posibilidad de realizar la conducta opuesta a la prohibida, que es el objeto del así llamado derecho del obligado al cumplimiento del deber.

Este concepto genérico puede descomponerse en dos especies: el deber a secas y la obligación. La obligación quedó ya definida como la prohibición de la conducta que impide a otro —llamado acreedor—, el recibir y disfrutar de una conducta autorizada del mismo sujeto destinatario de la prohibición. O bien, como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta opuesta a aquélla destinada a otro sujeto, o a hacer posible que otro sujeto desenvuelva su propia conducta.

El deber, en cambio, es la prohibición de una conducta que no se da dentro de una relación jurídica y que no está coordinada a la conducta de otro sujeto distinto del destinatario de la prohibición misma. Ya se dijo, sin embargo, que para efectos prácticos reputaremos como deber todo derecho de ejercicio obligatorio, considerando que aquél existe siempre que un sujeto está autorizado a hacer algo y está prohibido de abstenerse al respecto. De este modo, hay un deber cuando un individuo está en la necesidad jurídica de hacer algo, fuera de toda relación concreta con otro sujeto. ¿Cómo es esto posible?

2) Varias hipótesis pueden darse, a saber:

2-1) Ya se advirtió, en primer lugar, que el deber típico es el de respeto a la conducta ajena autorizada. Es cierto que, por virtud del mismo, hay otro sujeto que puede actuar libremente, pero la relación es tan tenue en este caso, que resulta válido afirmar que dicha libertad puede ser impedida si aquél deber de respeto se incumple, pero no que sea posible por el cumplimiento de éste. La libertad de cada uno, las actividades materiales o jurídicas que cada uno desarrolla, son posibles porque el derecho las autoriza sin considerar relaciones particulares del sujeto autorizado con otros, aunque éstos puedan impedir esa posibilidad jurídica con una indebida interferencia. El deber de respeto, así entendido, es una condición negativa y por abstención, de

las facultades y potestades propias, nunca un correlato jurídico nacido y destinado para facilitar su ejercicio.

2-2) Pero es cierto, además, que hay deberes de varios tipos, según los intereses que tratan de realizar. Estos intereses pueden ser de un individuo o de varios; y, finalmente, pueden ser intereses abstractos que no corresponden a nadie en concreto, meras finalidades sociales perseguidas por la ley más allá de cualquier fin psicológico individual En este último caso, la ley puede imponer el deber de lograrlas, pero queda imposibilitada para crear el derecho correlativo de exigir la conducta correspondiente, porque no hay individuo alguno que pueda titular el interés que amerita o justifica el conferimiento de esa posibilidad.

Con esto no se acepta la doctrina del derecho como interés, sino que se afirma que hay intereses a los que no corresponde ningún derecho, porque están exclusivamente protegidos por un deber. Es cierto que ni uno ni otro son intereses, pero es también cierto que ambos se dan para un fin y que éste es siempre un interés real o supuesto. Cuando el interés es de la sociedad y no de un sujeto determinado, la protección puede consistir en la imposición de un deber de realizarlo, sin el conferimiento de un derecho correlativo.

Esta segunda hipótesis puede darse, a su vez, en varios casos:

a) Cuando se impone al Estado una obligación en beneficio de toda la colectividad, sin que la misma se refiera a una conducta divisible en favor de un sujeto o grupo determinado de sujetos; así, un transitorio de nuestra Constitución Política impone a la Asamblea la obligación de traspasar al Poder Judicial la totalidad de las funciones de justicia en manos de autoridades administrativas, mediante la creación de los tribunales correspondientes. Este vínculo se halla establecido en beneficio de toda la colectividad, y no hay particular alguno que pueda pretender o exigir de la Asamblea

la eliminación de todas las Jefaturas Políticas y la creación de las Agencias Judiciales de Policía necesarias para juzgar las faltas que ahora son de conocimiento de aquéllas. Igualmente, cuando nuestras autoridades juran el cumplimiento de la Constitución y las leyes, no hay derecho alguno a la legaidad, contrapuesta al deber jurado, mientras la violación del mismo no acarrée la de un derecho distinto del particular en contacto con el funcionario. Pero, en esta última hipótesis, lo que se haría valer sería el derecho violado por la ilegalidad cometida, no el derecho a la legalidad pública, que como tal no existe.

b) Cuando el Código Penal sanciona delitos y crea el deber de no cometerlos, sin otorgar a nadie el derecho a exigirlo. Es cierto que el Estado puede sancionar la comisión de delitos y que, en tal sentido, hay una potestad punitiva contrapuesta a la infracción del deber referido, pero tampoco en este caso puede hablarse de un derecho del Estado a la no comisión de delitos. Es decisiva al respecto la observación de que la potestad de penar nace cuando el deber ha sido infringido y que no puede, por ello, considerarse como un correlato del deber mismo, que es lógicamente anterior. La única explicación del fenómeno radica en admitir que el deber de no cometer delitos no corresponde a ningún derecho contrapuesto.

c) Cuando el derecho administrativo crea deberes a los que sólo se enfrentan intereses de los particulares, sin facultad alguna para exigir ni asegurar su satisfacción. Es éste el aspecto más interesante del análisis del deber.

V. LOS INTERESES.

Derecho e interés frente a la Administración

1) La administración está sujeta a la ley y esta sujeción implica necesariamente la existencia de deberes a su cargo. Estos deberes pueden clasificarse en dos grandes

grupos, los que son correlativos de derechos de otro sujeto con un interés propio y distinto, y los que no tienen correlato alguno fuera del ámbito mismo de la Administración. Los primeros corresponden siempre a una posibilidad coordinada en otra persona para hacer o no hacer algo, posibilidad cuya realización está condicionada por la conducta misma de la Administración. Ejemplo típico son las llamadas garantías individuales, en lo que tienen de garantía. Las mismas significan un deber de abstención del Estado frente a la actividad particular que forma la base indispensable para el ejercicio y despliegue de dicha actividad. Fuera de este campo fundamental, la Administración tiene múltiples deberes, a los que corresponden posibilidades de acción legalmente reconocidas a otros sujetos. El Poder Ejecutivo, que tiene empleados, está obligado a pagarles los salarios de ley por el tiempo de servicio prestado, y éstos pueden recibir y gozar ese pago, y, eventualmente, exigirlo ante los Tribunales (derecho de acción independiente pero conexo con el anterior); la Administración que realiza un contrato de obra pública y queda obligada a pagar el precio de la misma, ante el empresario constructor que tiene el derecho a recibir y exigir el pago. Se trata, en todo caso, de relaciones concretas entre Administración y particular, que facultan a éste para hacer o no hacer algo en relación con aquélla.

Estas relaciones concretas se patentizan frente a la Administración cuando la misma se encuentra obligada con el particular a dictar un acto reglado en cuanto a contenido y motivo. Así, tiene derecho a la inscripción de su nacimiento todo el que haya nacido en el territorio nacional; tiene derecho a la atención hospitalaria gratuita, todo el que demuestre tener bienes menores de mil quinientos colones o una renta fija anual menor de cinco mil colones; tiene derecho a la inscripción de una marca de fábrica todo el que presente una nueva que no viole ninguna de las prohibiciones de ley, ninguna de las cuales es de apreciación discrecional.

Es claro que el incumplimiento de las obligaciones de pago del salario, del precio de la obra contratada o de admisión al Registro o al Servicio público, en las condiciones regladas que se apuntan, configura una violación del derecho del particular.

La situación de la Administración frente al administrado puede, sin embargo, presentar un aspecto totalmente diverso.

La Administración puede tener potestades perjudiciales para el particular, y potestades favorables a éste. Es decir, la Administración puede realizar actos jurídicos de imperio, a la vez que conferir derechos a los particulares, y, en este último caso, a un individuo aisladamente considerado o en situación de competencia con otros. El particular de conformidad, puede hallarse ante la Administración en tres diversas posiciones correspondientes a esas tres posibilidades:

a) Interés en conservar sus derechos actuales, ante las potestades de la Administración que eventualmente pueden suprimirlas;

b) Interés en obtener derechos nuevos, ante las potestades de la Administración que pueden conferirlos discrecionalmente;

c) Interés en que no sea favorecido el competidor, dentro de la vida económica o dentro de un concurso abierto por la Administración, ante las potestades que pueden beneficiar a terceros.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que es posible un interés, tanto en el destinatario perjudicado por un acto administrativo, cuanto en el tercero no mencionado ni afectado por éste, que se halla en conflicto con el destinatario. Aparentemente, estas calidades de destinatario de un acto o de competidor del destinatario, son el fundamento

del interés en el acto mismo. Este interés puede catalogarse, entonces, como la ventaja jurídica (obtención o conservación de un derecho o facultad) o de hecho (debilitamiento del competidor) derivables de la acción administrativa no exigible por el particular.

Es indudable que en todas estas situaciones, el interés sustancial descrito es el supuesto de otro en la legalidad de la Administración, cuando el acto administrativo resulta desfavorable al interesado. Es decir, si el particular se enfrenta a la supresión de su derecho, a la denegación del que ha solicitado, o al fortalecimiento de su competidor, por acto administrativo dictado con violación de la ley que lo regula, aquel interés sustancial se convierte en un interés en la anulación del acto ilegal, para impedir provisional o definitivamente el daño que le ha sido inferido. El interés sustancial produce un interés en la legalidad de la acción administrativa. En el caso de que el acto desfavorable sea legal, el interés en su eliminación puede subsistir, pero carece o debe carecer totalmente de protección jurídica. Cuando el interés sustancial coincide con un interés en la legalidad administrativa, debe ser digno de protección porque es un medio privado al servicio de un fin público.

En la hipótesis de coincidencia, el interés sirve de base para un derecho de acción, que tiene por objeto la anulación del acto administrativo ilegal. No deben confundirse, según lo dicho, el interés sustancial, el interés en la anulación del acto y la acción de nulidad. Las tres figuras son diversas e interdependientes, en el orden mismo de su enumeración. El interés sustancial violado por una ilegalidad administrativa provoca el nacimiento de un nuevo interés en la legalidad del acto, que sirve, a su vez, de supuesto para una acción de nulidad contra éste, sin que haya desaparecido todavía el interés sustancial originario.

En el evento de que la ventaja jurídica o de hecho en que consiste el interés esté garantizada con una acción de nulidad, para eliminar la ilegalidad cometida, cabe pregun-

tarse por la diferencia entre esa ventaja o la posibilidad de disfrutarla, y el derecho subjetivo común. Son o no son la misma cosa?

Es igual en ambos la existencia de un deber a cargo de la Administración, de cuyo cumplimiento proviene la condición o la posibilidad de gozar esa ventaja. Así como de la obligación de pagar el salario proviene la posibilidad de recibir el pago, así de la obligación de mantener la igualdad entre los participantes en una licitación puede venir la adjudicación en favor del interesado. Es igual en ambos —derecho e interés— la posibilidad de anular el acto opuesto que los lesiona y viola simultáneamente la ley. En cuanto el derecho está tutelado por la anulación del acto ilícito que lo lesiona, el derecho puede ser tutelado en igual forma que el mero interés ofendido.

Cuáles son las diferencias que median entre una y otra situación?

Es preciso, para contestar, delimitar el campo en que el interés pueda aparecer.

2) *Diversos tipos de interés jurídico*

2-1) En primer lugar, el interés se da frente al destinatario del acto administrativo. El interés puede consistir, en esta hipótesis, en una doble expectativa:

a) En la obtención de un derecho nuevo;

b) En la conservación de un derecho preexistente.

2-a) Ejemplo típico del primer caso es el de las licitaciones públicas, en que se disputa la obtención de un contrato con la Administración. La potestad de adjudicar no sólo depende de factores de apreciación discrecional, sino que

es, en Costa Rica, casi totalmente libre por la llamada reserva para declarar desierto el concurso, a exclusivo juicio de la Administración. No hay un particular concursante que pueda tener derecho a la adjudicación, aun si es el mejor, si la Administración juzga que tampoco llena —con todo y serlo—, el mínimo o el máximo de requisitos para un contrato adecuado al interés público. En esta hipótesis, sin embargo, todos y cada uno de los concursantes tienen interés en la observancia de la legalidad del trámite de la licitación, porque si otro resulta adjudicatario con violación de la misma, pueden recobrar su condición de concursantes, anulando la adjudicación y colocándose nuevamente en la posición de eventuales favorecidos.

Es aquí donde se revela claramente la existencia de deberes a cargo de la Administración que no corresponden a ningún derecho del particular. La Administración no está obligada a adjudicar a nadie, pero sí lo está a observar las formalidades legales del concurso. Este deber ha sido establecido a cargo de los órganos que dirigen la licitación, en beneficio de interés público y para asegurar la mejor adjudicación posible. Es el Estado mismo, a lo sumo, quien puede pretender un derecho a esa legalidad, no los participantes interesados. La irrelevancia de dicho trámite para cada uno de éstos se descubre cuando se advierte que el mismo puede conducir eventualmente a favorecer al competidor, si éste resulta legítimamente favorecido; y todavía más, si se piensa que la anulación de una adjudicación ilegal tampoco garantiza por sí misma el interés del reclamante, porque la decisión nueva que sustituya la anulada puede darse en beneficio de un tercer competidor, que ha hecho mejor oferta que él. Puede llegarse al extremo de una nueva adjudicación en favor del primer adjudicatario, si la nulidad se fundó en simples violaciones de trámite que dejaron intactas en beneficio de éste las razones de fondo que llevaron a la primer decisión.

El deber de la Administración de observar la legalidad en el trámite no asegura la adjudicación del contrato a ningún concursante, sino la mera eventualidad de la misma. Es posible constatar, entonces, que el particular tiene una expectativa frente a la Administración en la hipótesis que analizamos, por doble razón: a) porque la ley de forma y de procedimiento no regula una conducta de la Administración capaz por sí misma para procurar una satisfacción al administrado; b) porque la conducta final de la Administración que puede producir esa satisfacción y reputarse como un bien autónomo para el administrado, es discrecional en cuanto a contenido o motivo y, por eso mismo, puramente eventual.

Puede afirmarse que aquella expectativa es un interés legítimo del particular. La regla general subyacente es la de que una de las formas del interés legítimo se da o bien cuando el particular puede exigir de la Administración una conducta que no le sirve directamente para llenar sus necesidades, o bien cuando puede eventualmente obtener sin exigir una conducta discrecional que sí tenga para él ese carácter de utilidad sustancial, exigiendo el cumplimiento de la ley que regula la organización de la Administración y el procedimiento y la forma de sus actos. El carácter discrecional y el carácter formal de estos últimos, en relación con un derecho nuevo solicitado o buscado por el particular, representa la causa del interés en ellos y en el derecho que de ellos puede surgir.

Al revés, hay un derecho subjetivo en el particular que solicita un acto de la Administración cuando el mismo representa una utilidad autónoma y sustancial para sus necesidades, y el particular puede exigirlo —y no solo esperarlo— por ser aquél precisamente reglado en cuanto a motivo y contenido. En esta hipótesis el particular puede obtener de la Administración lo que quiere con toda seguridad, y lo que obtiene representa un bien por sí mismo dentro de su patrimonio.

¿como se satisf. el int. legítimo?

El vehículo de satisfacción que tiene el interés legítimo es la legalidad administrativa. El cumplimiento de la ley que regula los actos discrecionales y sus aspectos de forma, conduce eventualmente a satisfacer aquel interés, y el incumplimiento puede frustrarlo. Mientras el interés en la legalidad administrativa queda íntegra y necesariamente satisfecho con la anulación del acto ilegal, el interés en la conducta favorable de la Administración queda siempre a la espera de lo que ésta haga después de esa anulación, en relación con lo pedido por el administrado. La anulación del acto condiciona pero no satisface el interés sustancial en la conducta final de la Administración, pedida o buscada por el particular. Sólo esta última logra ese resultado, pero si es discrecional puede o no darse.

Es posible encontrar un interés frente a la acción administrativa discrecional, no sólo mirando a las normas que regulan la forma y el procedimiento de esa acción, sino también hacia aquellas que limitan el uso de la discrecionalidad misma, en la determinación de motivo y de contenido. Esto quiere decir que la discrecionalidad no es arbitrariedad y que está siempre limitada por reglas de lógica y de justicia, que exigen un mínimo de racionalidad en su empleo y que prohiben —aunque expresamente no lo digan— los actos evidentemente contrarios a ellas, por absurdos, por gravemente injustos o por desproporcionadamente ineficaces. Un acto que viola en tal grado las reglas de la buena administración, en el juicio sobre su motivo y contenido discrecionales, viola también la ley, porque ésta exige que siempre haya un mínimo de interés público en toda conducta administrativa, y el mismo falta cuando no se da en absolunto su adecuación a la necesidad que satisface. Es posible, según ello, mantener un interés frente a la acción administrativa discrecional, no sólo en cuanto la misma está sujeta a reglas de forma, sino también en cuanto está limitada por reglas de fondo, sobre la apreciación de su motivo y contenido.

2-b) Es posible, en segundo término, que el interés tenga por objeto la preservación de un derecho, ante una potestad discrecional extintiva de la Administración. Ejemplos típicos: el caso de la expropiación, el del despido del empleado, el del rescate de la concesión administrativa, etc. En esta hipótesis, a diferencia de la anterior, hay un derecho del particular que le otorga una posibilidad de acción, conferida por la ley o por un acto administrativo, pero sometido a condición resolutoria, consistente en un acto extintivo de la Administración. La doctrina italiana afirma que todo derecho, salvo casos excepcionales como el de la vida, está condicionado por el ejercicio de potestades administrativas opuestas, principalmente la expropiación y la revocación. La expropiación de los derechos originarios, derivados de la Constitución o de la ley, y la revocación de los derechos derivados de acto administrativo (como la admisión, la concesión, la autorización, el nombramiento, etc.).

El derecho subjetivo se convierte en simple interés cuando es suprimido por el ejercicio de una potestad contradictoria de la Administración, como las mencionadas. El derecho transformado en interés, después de suprimido, o el interés proveniente de la supresión de un derecho, acostumbra llamarse derecho debilitado (diritto affievolito).

¿En qué condiciones es posible esa transformación y el nacimiento del derecho debilitado, del interés legítimo que sustituye al derecho perfecto?

La doctrina italiana, con muy autorizados voceros en cada parte, se ha dividido al respecto y hay tesis —como se verá— que afirma que el derecho subjetivo nunca se debilita (affievolisce) ante un acto administrativo ilegal, sea discrecional o reglado, sea formal o material el vicio que lo ataca. En un estado liberal está permitido todo lo que no está prohibido y todo acto ilegal prohibe aquello que, si hubiera aplicado la ley, habría tenido que permitir en la circunstancia en que se dió. La exposición más detallada de esta postura doctrinal se hará posteriormente.

La doctrina dominante en Italia sostiene, sin embargo la posibilidad del fenómeno descrito, consistente en la degradación del derecho perfecto a interés legítimo, llamado derecho debilitado.

Para su fundamentación, la jurisprudencia y los autores han desarrollado una importante distinción entre los elementos del acto administrativo, desde el punto de vista de su influencia en la formación del mismo.

La distinción se hace entre elementos formales y materiales, precisos o imprecisos (discrecionales o reglados) del acto administrativo opuesto al derecho del particular. Son elementos formales la forma y el pocedimiento, y elementos materiales el motivo y el contenido, que indican y definen la competencia para realizar el acto. Estos elementos últimos pueden ser, a su vez, precisos si están reglados en forma exacta por la ley, e imprecisos si lo están a través de conceptos vagos e indeterminados, de interpretación subjetiva que permite la discrecionalidad.

El derecho del particular se debilita ante un acto administrativo desfavorable, cuando éste se funda en un poder legal que justifica la superioridad del interés público sobre el privado en el caso concreto. Si, en cambio, el acto no puede imputarse a un poder que lo autorice, el derecho del particular sobrevive y no se convierte en interés. El problema es, entonces, saber cuándo hay poder para actuar a la base de la conducta administrativa negativa.

Se afirma al respecto, que hay un poder para realizar un acto administrativo capaz de suprimir derechos del individuo, exclusivamente cuando se dan regularmente los elementos materiales precisos y reglados del mismo: motivo, contenido y —naturalmente— titularidad de la posibilidad para actuar (competencia). En estas condiciones y con estos elementos, el acto administrativo no sólo puede reputarse tal, sino bien fundado en un título anterior, que es el poder de realizarlo en perjuicio del particular. Si, en cambio, hay un vicio o falta de uno cualquiera de esos elementos mate

riales, se da una disconformidad fundamental con la ley que regula el acto, que impide considerarlo como autorizado en el caso.

En general, la inexistencia del poder por falta de los elementos materiales apuntados impide que el acto pueda destruir el derecho subjetivo opuesto, que no se convierte en interés legítimo. En tanto que el mal uso del poder por defecto en el procedimiento o la forma, o por inportunidad del contenido, no impide la eficacia extintiva del acto y degrada a interés legítimo el derecho preexistente.

Es preciso hacer una importante advertencia al respecto. Lo dicho sobre elementos materiales supone que estos son reglados y precisos, de conformidad con la ley. En la hipótesis de que el motivo o el contenido del acto sean discrecionales, por imprecisión en su regulación legal, los mismos deben reputarse existentes siempre que hayan sido bien apreciados y determinados, en uso de aquella discrecionalidad. Si en uso de la potestad de elección que ésta apareja, se ha optado por una determinación razonablemente adecuado y oportuna dentro de las circunstancias, el acto será sustancialmente legal, aunque no sea el mejor posible, y ante el mismo sólo cabrá un interés en su anulación por otras razones (de tipo formal, por ejemplo) pero no un derecho a la conservación del stato quo.

La discrecionalidad tiene un límite, que emana de reglas no escritas de lógica y de justicia, tan imperativas como las escritas. Todas se pueden resumir diciendo que el acto administrativo debe estar motivado y dirigido al interés público, cuando menos en un grado mínimo que condiciona su validez. Dicha adecuación entre el acto y su fin, desaparece cuando no se da siquiera un mínimo de racionalidad ni de justicia en el uso de la discrecionalidad administrativa. La violación burda o manifiesta de dichas reglas no escritas, en la apreciación y determinación del motivo o del contenido discrecionales del acto administrtativo, impide considerar éstos últimos como existentes y puede equi-

parar a una violación de la ley escrita. Aunque ésta no contiene la expresión de aquellos principios, se deben entender incorporados a su mandato dentro de cada caso concreto y en vista de las circunstancias del mismo.

Si el acto viola las normas elementales de lógica y de justicia en la determinación de motivo o de contenido, falta una condición precisa de la ley para la existencia de éstos y puede considerarse que aquél no está fundado en una potestad que lo capacite para destruir el derecho del particular. Un acto así realizado resulta impotente ante el derecho del administrado, que se conserva sin degradarse a interés legítimo.

En síntesis: los derechos perfectos se transforman en intereses ante las potestades administrativas para suprimirlos o disminuirlos, en dos hipótesis:

1) Cuando el acto reúne todos los requisitos reglados de índole material, competencia, motivo y contenido. En este caso el particular pierde su derecho y adquiere un interés legítimo en que sean observadas las reglas de forma sobre procedimiento y modo de manifestación de la voluntad administrativa, y el derecho consecuente de anular el acto que viole dichas reglas. Si falta alguno de tales elementos el derecho no desaparece ante el acto administrativo opuesto, aunque el mismo haya observado todas las formas y formalidades necesarias, porque falta el poder legal para producir dicho efecto extintivo.

2) Cuando el acto reúne dichos elementos materiales, aunque sean discrecionales, si han sido determinados con un mínimo de adaptación al fin público que el acto persigue, aunque este último no sea el mejor ni más oportuno para ese efecto. Si, en cambio, el uso de la discrecionalidad ha sido abusivo en la determinación del contenido y del motivo (el fin y la competencia son siempre reglados) el acto tampoco puede reputarse fundado en un poder y

pierde toda eficacia para extinguir y transformar en interés el derecho subjetivo opuesto.

Los derechos subjetivos sobreviven ante el acto que carece de alguno o algunos de los elementos materiales reglados que se dijo, o discrecionales determinados por debajo del apuntado mínimo, aunque haya sido cabalmente cumplido el procedimiento y observada la forma de manifestación del acto.

Ley de Logica

El interés legítimo nace, entonces, cuando el único vicio del acto desfavorable es formal (forma, procedimiento) o de mérito, por inoportunidad que no sea burda ni implique una gruesa violación de la lógica o de la justicia.

Si hay competencia, si hay un motivo de interés público en la realización del acto, si el mismo se realiza con el contenido legal para el caso, ~~si el mismo se realiza con el contenido legal para el caso~~ y para el fin legal, es obvio que hay poder y derecho en la Administración para realizarlo, aunque, por otro lado, haya cometido gruesas violaciones en la observancia de los trámites y en la forma de expresión, necesarias para la manifestación del acto mismo. En tales condiciones, el derecho del particular —de propiedad, de libertad, etc.— cede ante el de la Administración a realizar el acto ofensivo y queda reducido a mero interés en anular el acto ilegal por violación de la ley de forma, sobre procedimiento y modo de manifestación de la voluntad administrativa. El derecho se transforma en interés a la legalidad formal de la actividad administrativa.

Inversamente, cuando falta alguno de los elementos materiales, aunque se hayan observado las reglas de forma, el acto carece de un poder que le dé base, y puede reputarse como una invasión injustificada del derecho del particular. Esta invasión no sólo es ilegal —como cuando se viola la ley de forma del obrar administrativo—, sino que es impotente para invadir la esfera particular, porque la misma sólo se comprime ante un derecho opuesto y superior de la Administración, que en el caso no existe. Si la

Administración no tiene poder para comprimir el derecho del particular y lo hace, el derecho del particular se conserva y sirve más bien como un límite rígido a la actividad administrativa ilegal. De este modo, hay un derecho violado —y no un simple interés— cuando la Administración ha actuado en el caso sin observar los límites de competencia, de motivo y de contenido, y se ha limitado a observar las reglas de procedimiento y de forma impuestas a su conducta.

2-2) En segundo término, los intereses son posibles cuando el interesado entra en competencia con un tercero, que a su vez es destinatario de un acto administrativo. En tal hipótesis, el interesado tiene interés no ya en observar u obtener un derecho para sí, cuanto en evitar que sea conferido a su competidor.

Esta hipótesis puede ampliarse hasta admitir la existencia de un interés no sólo cuando hay una situación de competencia entre dos sujetos —uno de los cuales es el interesado— sino también cuando, en general, el mal de un individuo o la disminución de sus bienes signifiquen una ventaja para otro. Todo esto condicionado, naturalmente, a que el interés en el mal ajeno coincida con un interés en la legalidad administrativa, y se satisfaga en la anulación del acto administrativo irregular. Objeto de esta anulación y causa del interés concreto en la legalidad puede ser, según ello, el acto que tenga uno cualquiera de estos efectos:

a) Conferimiento de una ventaja a un tercero competidor o agente de una actividad en algún modo perjudicial al interesado;

b) Confirmación de un derecho de este tercero, mediante acto que se abstiene de suprimirlo;

c) No imposición de una obligación a dicho tercero, mediante acto que deniega esa imposición.

ilegal por falta o defecto en sus elementos formales o materiales, la actividad administrativa impugnada por terceros no mencionados en su texto genera únicamente un interés de estos en su legalidad y en su anulación, nunca verdaderos derechos a su favor. En esta hipótesis las leyes y los deberes consiguientes simpre producen deberes a cargo de la Administración a los que sólo se enfrentan intereses en su cabal cumplimiento, de parte de los terceros reclamantes.

Los ejemplos de este tipo de interés son muchos en la doctrina y forman el reducto inexpugnable de esta entidad jurídica, hasta ahora no conocida en nuestro sistema. Se han mencionado ya los casos del participante vencido en una licitación, del postulante a empleado del Servicio Civil, que no ha logrado ser incluido en la terna ni —si lo fue— obtener el nombramiento final. Pero pueden agregarse otros ejemplos que demuestran la amplitud del concepto de interés en la doctrina. Así, el dueño de una casa de habitación colindante con una industria insalubre por las emanaciones o ruidos incómodos que produce, que ha sido ilegalmente autorizada sin observancia de los requisitos reglados de acondicionamiento o dentro del perímetro prohibido de la ciudad, dicho propietario tiene interés en la anulación del permiso de explotación respectivo, que favorece a su vecino y le perjudica a él.

No hay ley que garantice el particular que no habrá industrias insalubres ni ruidosas en su vecindad inmediata, sino únicamente regulaciones administrativas que garantizan que cuando las haya y se ponga en peligro la salud pública habrá una intervención administrativa que las eliminará. No obstante, motor de esta intervención puede ser el individuo, y no el Estado, cuando aquel se encuentre en tal relación de coincidencia con el interés público, por su especial situación de hecho respecto de la falta cometida contra la salud o la higiene, que sea se-

guro que esté tan deseoso de reprimirla como el Estado mismo. Tal coincidencia entre el interés público protegido directamente por la norma y el interés privado, ha llevado a la doctrina a llamar "ocasionalmente protegidos" o "reflejos" este tipo de intereses que ahora examinamos, a diferencia de los otros, precedidos de un verdadero derecho suprimido mediante un acto opuesto de la Administración que se llaman derechos debilitados o condicionados (por dicho acto administrativo contradictorio).

3) *Titularidad (legitimación) del interés*

En el caso de estos últimos intereses, los derechos debilitados o condicionados, su titularidad nace obviamente de la del derecho preexistente suprimido por el acto ilegal que se impugna (ilegal por la forma o el procedimiento). Pero en el caso de los intereses ocasionalmente protegidos, que se dan ante los actos destinados a un tercero respecto del interesado, cuál es el fundamento o causa del interés? Parece haber quedado claro que en esta hipótesis la coincidencia del interés privado, con el público, por la especial situación de hecho del interesado, es el motivo de que aquél adquiera relevancia y existencia jurídica: el propietario puede reclamar contra la instalación de la fábrica insalubre y peligrosa porque es precisamente el vecino colindante y no otro cualquiera; y un industrial competidor puede reclamar contra esa misma fábrica, en razón de habérsele prohibido instalarla a él mismo, con trato desigual y privilegiado en favor del otro y en su perjuicio.

Son estas especiales situaciones de hecho—intuitivamente claras—las que aseguran una conexión entre el interés público y el privado, y el derecho a promover la nulidad de la acción administrativa, simultáneamente en beneficio de ambos. Pero esta claridad no pasa de ser intuitiva; decir que hay interés siempre que tal coincidencia se dé, es dar un criterio sumamente vago de lo que aquél

es y condenar a la oscuridad a toda jurisdicción contencioso administrativo que pretenda conocer un criterio seguro para detectar su existencia.

Las dos teorías que mejor han logrado explicar lo que se llama la legitimación en materia de intereses, cuya función es atribuir la titularidad de los mismos con todos los derechos consecuentes, han sido ideados por los profesores Alessi de Bologna y Cannada Bartoli de Catania Italia.

a) Para este último autor no existen los derechos debilitados o condicionados, que son verdaderos derechos y no intereses. Sea cual sea el vicio del acto que ilegalmente viola un derecho anterior, este sobrevive esa ilegítima invasión y produce la potestad de repelerla mediante una acción que podrá encaminarse eventualmente no sólo a la anulación de aquel, sino además, al resarcimiento del daño causado. El derecho sigue siendo derecho y nunca se convierte en mero interés por obra de un acto ilegal. Todavía más: para que el derecho exista ante la acción administrativa ilegítima, basta esa ilegitimidad en relación con el destinatario inmediato del acto irregular, porque en virtud del principio de libertad propio de los sistemas liberales (consagrado en C. R. por los artículos 9 y 28 de la Constitución Política) el individuo tiene derecho a no sufrir sino la actividad estatal expresamente autorizada, y la actividad ilegal de la Administración está prohibida. De aquí el derecho del particular no sólo a anularla sino a recobrar su plena libertad ofendida por tal invasión irregular, incluso con reparación de los daños causados. No importa si por falta de elementos formales o materiales, si por falta de competencia y de motivo, o por defecto de la forma y del procedimiento, todo acto administrativo ilegal viola un derecho y no un simple interés, cuando va dirigido precisamente a comprimirlo o suprimirlo, en razón de su misma ilegalidad. (Eugenio Cannada Bartoli. La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica Amministrazione, págs. 147, 148, 149. En apo-

yo de esta doctrina igualmente Sebastiano Cassarino, Le Situazione Giuridiche, págs. 290, 291, 292)

Para esta postura doctrinal los intereses se dan únicamente en el campo de la protección ocasional o refleja; sólo los intereses de este tipo son verdaderamente tales. Y el índice de su existencia, la causa de su protección, fuera o sin la cual los intereses son incapaces de consecuencia jurídicas que los manifiesten, es la existencia de un derecho subjetivo anterior, cuyo desarrollo indirecto pretenden. El interés sería, entonces, la ventaja a obtener de la anulación de un acto administrativo destinado a un tercero respecto del interesado (reclamante) que viola un derecho subjetivo perfecto de este último, en forma refleja e indirecta. El que tenga un derecho indirectamente perjudicado por la conducta ilegal de la Administración puede reclamar su nulidad, porque tiene un interés en la restauración de ese derecho; el que no lo tenga, carece también de interés y de legitimación para establecer la acción de nulidad correspondiente. El autor suple algunos ejemplos, de fácil trasplante a nuestro sistema:

"Se ha retenido inadmisible el recurso (contencioso administrativo) contra el visto bueno puesto a un contrato y contra la resolución que decide no abrir de nuevo la licitación, si (el recurso) había sido establecido por quien no tenía todos los requisitos necesarios para poder participar en la licitación que pedía se abriera de nuevo; la inadmisibilidad del recurso depende, en este caso, del hecho de que el recurrente no había demostrado (la existencia de los requisitos que lo habrían legitimado) el derecho a participar en dicha licitación. La misma razón ha hecho retener como admisible que los propietarios de una casa con vista a una belleza panorámica impugnen la licencia edilicia que autoriza la construcción de una obra discordante con ese panorama: resulta muy claro el vínculo entre el interés hecho valer y el derecho de propiedad (sobre la casa indirectamente perjudicada) (Eugenio Cannada Bartoli, Il Diritto Soggettivo como Presupposto dell'

Interesse Legittimo, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, abril-junio 1953, págs. 351, 352).

De este modo, sería dueño de un interés legítimo en la interposición del contencioso administrativo no sólo el competidor dentro de un concurso abierto por la Administración, sino todo aquél que tenga un derecho indirectamente perjudicado por un acto administrativo ilegal dictado frente a otro y en beneficio de este otro.

Punto débil de esta doctrina, continúa siendo, sin embargo, la relación de conexidad entre el derecho lesionado y el acto administrativo, que se dice indirecta. De momento parece claro que esa relación es indirecta y produce un interés, cuando el acto no tiene por objeto el sacrificio o disminución del derecho en cuestión, y cuando por ello mismo, el dueño de éste no es el destinatario del acto. Pero, fuera de esta determinación puramente negativa, en qué condiciones debe relacionarse indirectamente un derecho con un acto administrativo, para producir un interés a impugnarlo en el titular de aquél?

b) Es quizá, por esta regresión a una idea puramente gradual y cuantitativa, que todo lo hace depender del tanto de proximidad entre el derecho lesionado y el acto lesivo, que otra doctrina ha intentado explicar diversamente la causa de un interés.

Esta doctrina que sustenta la opinión dominante en Italia, reputa interés toda aquella ventaja real garantizada ocasional o indirectamente por una norma, directamente orientada a la realización de un interés público determinado. (Guido Zanobini, Corso de Diritto Administrativo, tomo I, pág. 189). El interés sería:

"Un interés individual estrechamente conexo con un interés público y protegido por el orden solamente a través de la tutela jurídica de este último".

Pero la determinación de la dirección de una norma, de la intención tutelar del legisador, el saber qué ha querido como meta y resultado de la aplicación de la ley,

son de casi imposible conocimiento y, en todo caso, de gran imprecisión lógica. Ello es así aun recurriendo a la ya clásica distinción, aludida en la exposición de motivos de la reforma constitucional que ahora comentamos, entre normas de acción y normas de relación, perfeccionada por Enrico Guicciardi en una obra agregia sobre Justicia Administrativa, pero ideada desde mucho antes por el mismo Zanobini, justamente para explicar la anterior definición de interés.

En síntesis, norma de relación es la que define los derechos y obligaciones recíprocos entre la Administración y el particular, y tiene por fin el garantizar a éste un margen de propiedad y de libertad ante el Estado; su nota fundamental está en que produce situaciones jurídicas bilaterales, compuestas de derechos a los que corresponden obligaciones estatales, o, al revés, de obligaciones del administrado correlacionadas con derechos del Estado. Se trata, en otras palabras, de normas como las que imponen al Estado el pago de los sueldos al funcionario, o de la indemnización al expropiado, etc.

Cuando se viola una de estas normas naturalmente se viola un derecho del particular; si la violación ha sido de una obligación a cargo del Estado.

Pero mantiene esta doctrina, hay normas dirigidas exclusiva y directamente a proteger el interés público abstracto de la comunidad (salud, higiene, buenas finanzas, eficiencia, imparcialidad, riqueza, etc.), y sólo indirectamente y de reflejo, el interés del particular. Estas normas son las que regulan el procedimiento, la forma y en general todos los elementos del acto administrativo, excepción hecha del motivo, que es la causa inmediata del derecho de la Administración a actuar en el caso concreto, y de la competencia, que es la causa abstracta y puramente legal. Estas normas de forma y de fondo del acto administrativo, dada su finalidad exclusiva o principalmente pública, no van destinadas al particular sino exclusivamente al funcionario y producen deberes a cargo de éste que no son correlatos de

Crítica a teo. 1° Debilitado

derechos en cabeza de aquél. La violación de estas normas, dada su finalidad pública, produce una lesión al interés público pero no al privado, que, por lo tanto, nunca puede hacer valer frente a ella ningún bien propio herido, que esté directamente protegido por la norma. Nunca puede, quiere decirse, hacer valer un derecho subjetivo.

Así, a las normas de relación y su violación corresponde el derecho subjetivo; y a las normas de acción y su violación el interés legítimo privado, indirectamente protegido.

Se trata, como se ve, de la doctrina ya antes formulada sobre la existencia de los derechos debilitados, bajo nombres y con fundamentos diversos. Pero la misma está expuesta a una fundamental objeción: las normas de relación son el fundamento y antecedente de las de acción, que se limitan a regular el modo de ejercicio de las potestades y derechos del Estado ante el particular. En tal sentido, la primera norma de acción es la que prescribe que el ejercicio de esas potestades se realice de conformidad y en absoluto respeto de lo mandado por las normas de relación que las confieren y les fijan sus límites, y, necesariamente, de acuerdo con la ley propia de ese ejercicio, que es la única que garantiza la legalidad en las relaciones con el Estado. La norma de acción que regula el ejercicio de las potestades administrativas viene a ser también una norma de relación, porque la de este último tipo que crea dichas potestades exige que sólo puedan ejercerse de conformidad con la ley, precisamente para garantizar al particular el respeto a sus derechos y potestades frente al Estado. Al cabo de esta reducción, se retorna a la concepción de Cannada Bartoli negativa de los derechos debilitados o condicionados, que afirma como única forma de interés jurídico la de los intereses ocasionalmente protegidos o reflejos. En síntesis, se ha logrado explicar oscuramente cuando es posible un interés (cuando se viole una norma de acción y no una de relación) pero no cuando es posible atribuirlo a alguien en particular, individualizando su titular.

La doctrina del derecho subjetivo como presupuesto del interés, cumple a este respecto mejor función que la de las normas de acción y de relación, que no permitan saber cuándo alguien está colocado en estrecha conexión de hecho con el interés público perseguido por una norma de acción.

El profesor Alessi ha propuesto en breves palabras su solución propia. Para detectar e individualizar el interés, y atribuirlo a alguien en concreto, hay que buscar la aptitud objetiva del bien que la norma garantiza al sujeto en cuestión para satisfacer sus necesidades en forma autónoma y directa, o meramente en forma dependiente de otra conducta puramente eventual de la Administración. No se trata, en otras palabras, de indagar la intención y la dirección de la ley, sino la aptitud objetiva de la conducta que ésta impone a la Administración para llenar por sí misma y en forma directa una necesidad del reclamante.

"No es mirando a la norma y a su siempre incierta intención (de tutelar o no directamente intereses individuales, como se acostumbra decir) que se puede llegar a saber si se trata de derechos subjetivos o de intereses legítimos: lo que se debe analizar es la objetiva idoneidad del deber impuesto por la norma para garantizar una utilidad directa e inmediata al individuo, o nada más una utilidad meramente instrumental representada por la legalidad de la actividad administrativa". (La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi riflessi nel campo del diritto pubblico, Rivista Trimestrale cit. pág. 333).

Más claro: hay derecho cuando la ley otorga al particular una posibilidad de obtener de la Administración una conducta que pueda satisfacer sus necesidades en forma inmediata e indirecta, como el pago del salario, de la indemnización por la expropiación pública, del precio de una obra estatal contratada, etc. Y hay intereses, simplemente, cuando la conducta que la Administración debe realizar es incapaz para lograr ese resultado, porque o bien es la obediencia a una ley sobre forma y procedimiento que por sí

nada garantiza al reclamante; o bien es la obediencia a una ley de fondo, que permite la discrecionalidad sobre el motivo, el momento y el contenido del acto ya que autoriza a la Administración a abstenerse tanto como a actuar en directo beneficio del particular, a su libre elección; o bien regula todos los aspectos del acto pero en relación con un destinatario que es tercero frente al reclamante, y únicamente asegura a éste que no se habrá de conceder ventajas a aquél, sin depararle ninguna utilidad inmediata ni directa a él mismo.

Llámase interés a esta posición jurídica del hombre frente a una Administración sujeta a deberes, que no garantizan ni otorgan al particular la posibilidad de recibir ni de reclamar de aquella un bien determinado (cosa o servicio).

En esta hipótesis el máximo de protección conferida por la norma al interés individual consiste en la posibilidad de anular la conducta administrativa ilegal, para abrir la expectativa de que no se repita en ninguna forma si era perjudicial para el reclamante, o de que se repita en forma más favorable, si había sido benéfica. El interés se individualiza siempre que la conducta administrativa que eventualmente pueda sustituir a la primera, ya anulada, pueda deparar un bien que por sí satisfaga directamente las necesidades del reclamante. Objeto del interés, sin embargo, es únicamente la anulación del acto ilegal, no la conducta sustitutiva y útil de la Administración, que tenga aquella virtud. Alessi llama a todo interés un interés instrumental en la legalidad de la administración: instrumental porque sirve para preparar la satisfacción de otro interés, que es el que se refiere a la conducta final y favorable de la Administración, sin tener por objeto esta conducta; y en la legalidad de la administración, porque tiene por objeto la anulación de un acto inválido.

He aquí que la tesis de Alessi significa, más bien, la concepción del interés como un instrumento al servicio del derecho futuro y todavía no nacido, en tanto que la de Cannada Bartoli representa una idea igualmente instrumental

del interés pero en beneficio de un derecho preexistente, que es su raíz y fuente verdadera. Así, esta última doctrina sirve mejor su propósito porque indica quien puede en la actualidad tener un interés, con vista del derecho o situación jurídica del reclamante al momento de la demanda; mientras que la tesis primera de Alessi, que entiende aquél como un interés a una utilidad puramente instrumental, mira hacia un derecho posible y derivado de la actividad administrativa, que es incierto no sólo en su nacimiento sino también en el contenido concreto que puede presentar una vez efectivamente otorgado.

De todas las doctrinas que intentan no sólo explicar la noción del interés sino, además, individualizarlo, la que mejor abarca y precisa el tema es la de Cannada Bartoli, que lo concibe como la emanación y el escudo protector del derecho subjetivo, en los confines de éste donde ya su titular no puede responder ni actuar directamente, sino sólo a través de la conducta administrativa, por carecer de una posibilidad de acción propia reconocida por la norma que le permita tutelar sus necesidades.

4) *Intereses de hecho*

a) Cuando se trata de intereses o ventajas de hecho por derivar de la observancia por la Administración de las reglas del arte de gobierno, de tipo moral, político técnico y, en general, no jurídico, que son la sustancia y el medio mismo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Los intereses ante el ejercicio legal y razonable de ésta por la Administración carecen totalmente de tutela, en cuanto no corresponden en absoluto a un deber jurídico de aquella cuya violación dé lugar a la anulación del acto correspondiente.

Mientras la autoridad observe los límites legales de la discrecionalidad, el más o el menos de oportunidad en su conducta es indiferente para la validez del acto administrativo, porque éste es siempre legal en esas condiciones.

b) Los intereses que no corresponden a derecho subjetivos previos, y, sobre todo, los que corresponden a todos y cada uno de los miembros de una colectividad, uti universi, sin individualización alguna frente a la situación real o jurídica de cada uno de éstos. Ejemplos: el interés en la buena conservación de las calles, en el buen alumbrado de éstas, en el buen cuidado de los parques públicos, etc.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad, José Luis González Berenguer Urrutia, Revista de Administración Pública, número 37, pág. 157.

La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, Manuel Francisco Clavero Arévalo, Revista de Administración Pública, número 30 pág. 105.

La desviación de poder en el Derecho Español, Sebastián Martín Retortillo, Revista de Administración Pública, número 22, pág. 129.

Exceso de poder como vicio del acto administrativo, Sebastián Martín Retortillo, Revista de Administración Pública, número 23, pág. 83.

Le pouvoir discretionnaire, Jean Claude Venezia, pgs. 13 a 43.

Intorno a la genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti, E. Cannada Bartoli, Rivista Trimestrale di Diritto Publico, abril-junio de 1969.

Il diritto soggettivo come presupposto dell' interesse legittimo, E. Cannada Bartoli, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, abril-junio 1953.

Lacrisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto publico, Riv. Trim. Ditritto Pubblico, abril-junio 1953.

Diritto soggesttivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale, Elio Casetta, Riv. Trim. Diritto Pubblico, julio-setiembre 1952.

Diritti fatti valer come interessi, Italo Bologna, Rivista Trimestrali. Diritto Pubblico, enero-marzo 1958.

Le situazione Giuridiche, Sebastiano Cassarino Giuffre, especialmente págs. 269 a 297.

La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica Amministrazione, E. Cannada Bartoli, Giuffre, especialmente págs. 68, 86, 87, 94, 95, 147 y 151.

La Giustizia Amministrativa, Enrico Guicciardi, CEDAM, especialmente págs. 1 a 75 y 424 a 459.

Corso di Diritto Amministrativo, tomo 1, Guido Zanobini, Giuffre, especialmente págs. 183 a 210.

Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, traducción Garrido Falla y Legaz Lacambra, especialmente págs. 291, 332, 333, 334 y 263 a 374.

Lógica del Juicio Jurídico, Eduardo García Maynez, Fondo de Cultura Económica, especialmente págs. 27 a 57 y 166 a 186.

Lógica del Concepto Jurídico, Eduardo García Maynez, Fondo de Cultura Económica, especialmente págs. 145 a 191.

Oscar Morineau, Estudio del Derecho.

Nº 3124

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA,

DECRETA:

Artículo único.—Refórmase el artículo 49 de la Constitución Política, a fin de que se lea así:

"*Artículo 49.*—Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnaciones de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Dado en el Salón de Sesiones de la Asamblea Legislativa.—San José, a los veintiún días del mes de junio de mil novecientos sesenta y tres.

RAFAEL PARIS STEFFENS,
Presidente

DUBILIO ARGUELLO VILLALOBOS,
Primer Secretario

LUIS CASTRO HERNANDEZ,
Segundo Secretario

Casa Presidencial.—San José, a los veinticinco días del mes de Junio de mil novecientos sesenta y tres.

Para su observancia

Publíquese

FRANCISCO J. ORLICH

El Ministro de Gobernación,
FRANCISCO URBINA

DICTAMEN

(Sobre reforma al art. 49. C. Política)

Asamblea Legislativa:

Los suscritos miembros de la Comisión Especial nombrada para dictaminar sobre los alcances del proyecto de reforma al artículo 49 de la Constitución Política, publicado en "La Gaceta" Nº 270 de 29 de noviembre de 1962, nos permitimos rendir dictamente favorable, en mérito a las siguientes razones:

La Asamblea Nacional Constituyente de 1949, incorporó al ordenamiento jurídico del país la jurisdicción contencioso-administrativa, actuando en forma consecuente con el proceso evolutivo de nuestra sociedad. Empero, el constituyente refirió sus alcances a la tendencia restrictiva de las disposiciones del Poder Ejecutivo, las instituciones autónomas y semi-autónomas. Por imperativo de los nuevos conceptos doctrinarios, ha sido rebasado ese marco jurídico con otro planteamiento que ha reelaborado la ciencia jurídica, apuntándose hacia más generales y amplios senderos de protección para los administrados.

El Licenciado don Fernando Baudrit Solera, en su actuación como Diputado a la Constituyente, fue el más empeñado en que no se definiera la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de que no se produjeran los problemas que motivan la reforma en trámite; y fue quien propuso el texto actual, con el objeto de que no naufragara el establecimiento de esa jurisdicción. Es por lo mismo oportuno transcribir, en lo conducente, el criterio del Lic. Baudrit como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en voto salvado de la sentencia de la Sala de Casación de 15 horas del 15 de julio de 1960:

"Acaso no sobre agregar que se impone una pronta reforma al artículo 49 de la Carta, cuyo texto nunca debió ir más allá de establecer la jurisdicción contencioso-administrativa como función del Poder Judicial y porque así fuera se empeñó el que esto escribe, en la Constituyente última... La reforma dejaría oportunidad para revisar la materia y superar el distingo... lo mismo que el de facultades regladas y discrecionales... pues de verdad es ilógico que prevalezcan viejos conceptos, hoy relegados por la doctrina... La misma legislación española, inspiradora de la nuestra, ha reaccionado contra añejas concepciones en su ley de 22 de diciembre de 1956. Para no extender más este voto copio tan sólo del estudio "Jurisdicción contencioso-administrativa" en que se comenta el texto de esta ley, por el Doctor Jesús González Pérez, edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957, lo que sigue (que forma parte de la exposición de motivos de la ley): "Al relacionar los actos excluídos de la fiscalización contencioso-administrativa, la ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia lo ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un "prius" respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos: la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad: y, en fin, ésta surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de la anulación y aquélla, no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto por delegar el ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto que se trata, y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo".

De lo transcrito se desprende, que el impulso doctrinario ha modificado vetustos conceptos; ha ido más allá, al incorporar a la legislación española de 1956, una nueva modalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Derivación de ese impulso, se somete a conocimiento de la Asamblea Legislativa el proyecto de reforma al artículo 49 de la Carta Política. Como se indica en la exposición de motivos, la enmienda tiende a lo siguiente:

1º—A sustituir en el texto el término "Poder Ejecutivo" por "Estado", con el propósito de que en la vía contencioso-administrativa se pueda ejercer control sobre la función administrativa que excepcionalmente realizan los otros poderes estatales;

2º—A proteger no sólo los derechos subjetivos de los administrados, sino también sus intereses, cuando menos los legítimos;

3º—A eliminar el concepto "en uso de facultades regladas" que supone la admisión del "uso de facultades discrecionales"; y

4º—A incluir, en forma expresa y categórica, el concepto de desviación de poder como motivo de impugnación de los actos administrativos.

En síntesis se pretende reformar la configuración actual, de atribuirle el conocimiento de los juicios contencioso-administrativos, al Poder Judicial como medio de garantizar procesos imparciales e independientes que aseguren a los administrados y al Poder Público actuaciones legales; pero además, se adiciona su efecto, en el sentido de ampliar su radio de acción, para formular un estatuto jurídico acorde con los postulados de un perfecto Estado de Derecho.

Para mejor comprensión de los propósitos señalados, es conveniente, dentro de las limitaciones naturales de un informe como el presente, referirse a cada uno de los anteriores extremos:

I.—Sustitución del Poder Ejecutivo por Estado.

La jurisdicción contencioso-administrativa tuvo su origen en la necesidad de garantizar la legalidad de la función ad

ministrativa del Estado. Se entendía entonces, que tal función se ejercía exclusivamente, por el Poder Ejecutivo o sus desprendimientos. Sin embargo, aunque excepcionalmente, es lo cierto que los otros Poderes realizan también funciones administrativas, a las cuales, por consecuencia del actual artículo 49, no es dable fiscalizarlas. Conviene, entonces, adaptar al texto constitucional una fórmula más amplia que permita al legislador establecer ese control en cuanto a toda actividad administrativa estatal y eso se obtiene con el proyecto que acogemos.

Lo anterior no es una cuestión simplemente académica: ya los tribunales han desestimado algunos reclamos por cuanto consideramos que no podía sustituirse el criterio del órgano legislativo en un reclamo de un ex-Diputado a la resolución del Directorio de la Asamblea Legislativa. (Sentencia de la Sala Primera Civil de 16.05 horas de 17 de octubre de 1958). Por otro lado, se ha aducido en pronunciamiento del Poder Ejecutivo o de los organismos descentralizados en que interviene la Contraloría General de la República, que no pueden ser examinados por el Poder Judicial al tenor del artículo 49 precitado, por cuanto aquélla, como órgano auxiliar del Poder Legislativo, ha dictado la última instancia: en estos casos, la Sala de Casación, por mayoría ha sustentado la tesis de que la Contraloría es una institución semiautónoma, permitiéndose entonces la admisibilidad del juicio contencioso-administrativo (Sentencia de 15.15 horas del 27 de octubre de 1955). No obstante ello, es imposible, en un país donde la jurisprudencia no es obligatoria, prever que ese criterio va a conservarse, por lo que es preferible eliminar el motivo de impugnación.

II.—Derecho e interés:

La doctrina distingue dos clases de normas constitucionales del Derecho Administrativo: la de acción y las de relación. Son del primer tipo las dictadas fundamentalmente

para garantizar una utilidad pública, referidas a la organización, al contenido y al procedimiento que rigen la actividad administrativa; lo son de la otra calidad, las que colocan esa misma actividad en el plano de situaciones jurídicas individuales.

Siguiendo el curso a la misma doctrina, las violaciones de las normas de relación producen quebrantamiento de un derecho subjetivo; mientras que la infracción de un contenido jurídico de acción motiva únicamente la violación de un interés. Originado en ese concepto, la Sala de Casación ha sentado jurisprudencia (Sentencia de 15.15 horas de 14 de enero de 1959) en el sentido de que nuestro sistema protege los derechos subjetivos, no los intereses, por cuanto la redacción del artículo 49 que por este proyecto se pretende reformar, habla de que la jurisdicción contencioso-administrativa se establece para proteger a toda persona en sus "derechos administrativos".

No escapará al ilustrado criterio de los señores Diputados, la conveniencia de aprobar la reforma propuesta, pues que en ella se persigue garantizar al menos los intereses legítimos. No es aceptable que esté excluído del control jurisdiccional el quebrantamiento de las normas de acción, que constituyen hoy día un amplio campo de la actividad administrativa como consecuencia del gran auge que ha tomado en el Estado Moderno la función gubernativa.

Debe asimismo, observarse que la reforma auspicia en este aspecto una fórmula general; según que aumente en una escala mayor la actividad administrativa, podría el legislador, si lo estima oportuno, proteger no solamente los intereses legítimos, sino los meros o simples intereses, nada lo impediría, en virtud de que el texto señala sobre ese particular un mínimo de garantía.

III.—Facultades regladas y discrecionales:

Tradicionalmente se ha distinguido el acto regla del discrecional, aseverándose que el primero es consecuencia sim-

ple de la actividad reglada, fundado en normas legales que fijan precisamente el deber ser en un supuesto dado; y que el otro deriva de la actividad no enmarcada en la consecuencia jurídica precisa sino en la actitud surgida de simples líneas generales trazadas por la ley pero no determinantes del caso concreto.

Tal distinción está superada. Se afirma, según las modernas corrientes del pensamiento doctrinario, que *toda* la actividad del estado es reglada, por cuanto cualquier acto administrativo tiene por lo menos su *fin* reglado y que lo que existe es *discrecionalidad administrativa*, en la que se actúa en diversos sentidos, porque la *ley* señala un concepto facultativo. Esos supuestos que otorgan al órgano administrativo provienen de expresa disposición jurídica y no de una libre actividad, sobre, o fuera de la concepción legalista; además, determinar los límites de la discrecionalidad en la actuación administrativa, es cuestión de fondo, de procedencia y no de admisibilidad del reclamo, como erróneamente está hoy día establecido en Costa Rica.

En concordancia a lo expuesto, se afirma que en todo acto, por más reglado que sea, existe un poder discrecional de mayor o menor grado; y que todos los actos dictados en uso de la discrecionalidad, por más libres que se supongan, derivan de una actividad más o menos reglada.

Aquí debe tenerse presente lo expuesto en este informe referente al voto salvado del Licenciado Baudrit Solera en sus propias conclusiones y en el aporte de la doctrina española.

IV.—La desviación de poder:

Uno de los elementos del acto administrativo es su *fin*, el para qué del acto, tan esencial, al punto de que se afirma que el *fin de todo acto es reglado*, por lo que su violación debe estar sometido al control jurisdiccional. Ese tipo de quebrantamiento se conoce ordinariamente como

desviación de poder y es de tal importancia que una vez admitido este vicio de impugnación, la potestad discrecional de la Administración es un recuerdo histórico, pues sus consecuencias aparecen en el ámbito del poder discrecional.

Expuesto que todo acto es reglado, su violación implicaría siempre el quebrantamiento de la legalidad y por lo tanto, no sería necesario incluirlo como motivo, la pena 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*. Por ese motivo, la sobredicha legislación española de 1956, en su artículo 83, señala. "1º—La sentencia desestimará el recurso cotencioso-administrativo cuando se ajustare a Derecho el acto o la disposición a que se refiera. 2º—La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriera en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, *incluso la desviación de poder*. 3º—Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico"; y en la exposición de motivos repectiva se lee: "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 imitación de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa" (Justicia Administrativa de Jesús González Pérez, Madrid, 1958, págs. 200 y 321).

Hemos expuesto la necesidad de acoger la reforma como medio de perfeccionar el sistema de justicia administrativa. Nos permitimos, por último, agregar a este informe, las recomendaciones y resolución del Congreso Internacional de Juristas, auspiciado por la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, sobre el tema "La acción del Poder Ejecutivo y el imperio de la Ley", celebrado en diciembre úl-

timo en Petrópolis, Brasil. Referente al aspecto de Fiscalización de las medidas del Poder Ejecutivo por los Tribunales", se declaró:

"Es un aspecto de máxima importancia en el imperio de la ley las efectivas seguridades contra el posible abuso de poder por el Ejecutivo. Dichas seguridades deben ser ejercidas por medio de la fiscalización del Legislativo y de los Tribunales Judiciales."

A.—*Fiscalización Judicial.*

1º—La fiscalización debe ser efectiva, rápida, simple y asequible a las personas de escasos recursos económicos.

2º—El ejercicio de la ficalización judicial tiene por presupuesto la existencia de un poder judicial independiente y abogados libres para ejercer sus obligaciones.

3º—La fiscalización judicial sobre los actos del Ejecutivo deberá realizarse a fin de garantizar lo que sigue:

a) Que los actos del Ejecutivo estén dentro de las atribuciones conferidas por la Constitución o de las leyes que no contravengan a la misma;

b) Siempre que los derechos, intereses o status de cualquier persona sean vulnerados o amenazados por la actuación ejecutiva, dicha persona debe tener un inviolable derecho de recurrir a los tribunales y, a menos que se haya probado a satisfacción del tribuanl que tal actuación ha sido legal, en forma razonable y sin perjuicio, tiene derecho a la protección adecuada;

e) Cuando la actuación del Ejecutivo es ejercida en la esfera del poder discrecional, los tribunales deben examinar los fundamentos del ejercicio de la fa-

cultad y determinar si ha sido ejercida en forma propia, razonable y de conformidad con los principios de la justicia natural;

d) Si los poderes otorgados válidamente al Ejecutivo no son usados para propósitos impropios o colaterales".

Comprendemos que al producirse la modificación del artículo 49 del Código Político, debe promulgarse una adecuada ley sobre la materia. Y en esta materia hemos sostenido conversaciones con don Gonzalo Retana Sandí, Juez de lo ContenciosoAdministrativo y Civil de Hacienda. El distinguido funcionario Púdicial ha hecho saber a la Comisión Especial que tiene trazadas las líneas de semejante proyecto, basado en su tesis doctoral ante la Universidad de Madrid, trabajo que versó sobre "La Jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica" y que sigue la legislación española ya anteriormente citada. Referente a los alcances de esta legislación ha dicho el ilustre estadista don Aniceto Alcalá y Castillo lo siguiente:

"La ley que acabamos de examinar supera netamente en conjunto a la derogada. Coincide en extremos importantes, con ideas sustentadas por nosotros... no en balde el único o principal autor de la nueva ley ha sido la máxima figura del Derecho Procesal Administrativo de la lengua castellana a saber: el Profesor Jesús González Pérez, hombre por añadidura, de ideología arraigadamente liberal. Sería pues erróneo en absoluto tildar de totalitarismo al texto por el mero hecho de que se ha promulgado bajo el franquismo, y entrañaría grave equivocación que a la caída de tan execrable tiranía fuese víctima de uno de esos ciegos bandazos derogatorios, a que tanto propende el temperamento político español..." (Ver Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en España| Boletín del Instituto Comparado de México, enero a abril de 1958, página 106).

Todo lo expuesto nos reafirma en la procedencia de aceptar la reforma, a la que únicamente le hemos hecho

modificaciones de forma para mayor claridad y comprensión.

En consecuencia, recomendamos el siguiente texto:

LA ASAMBLEA, ETC.

DECRETA:

Artículo único.—Refórmase el artículo 49 de la Constitución Política, a fin de que se lea así:

"*Artículo 49.*—Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, como función del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, sus instituciones y toda persona jurídica pública.

La desviación del poder será motivo de impugnación de los actos administrativos; y además de los derechos subjetivos de los administrados, la ley protegerá, cuando menos, sus intereses legítimos".

Dado, etc.,

Comisión Especial.—San José, a los veintinueve días del mes de marzo de mil novecientos sesenta y tres.—*Rogelio Ramos Valverde*, Presidente.—*Rafael Benavides Robles*, Secretario.— *Alvaro Cubillo Aguilar.* — *Francisco Ruiz Fernández.*

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 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.