

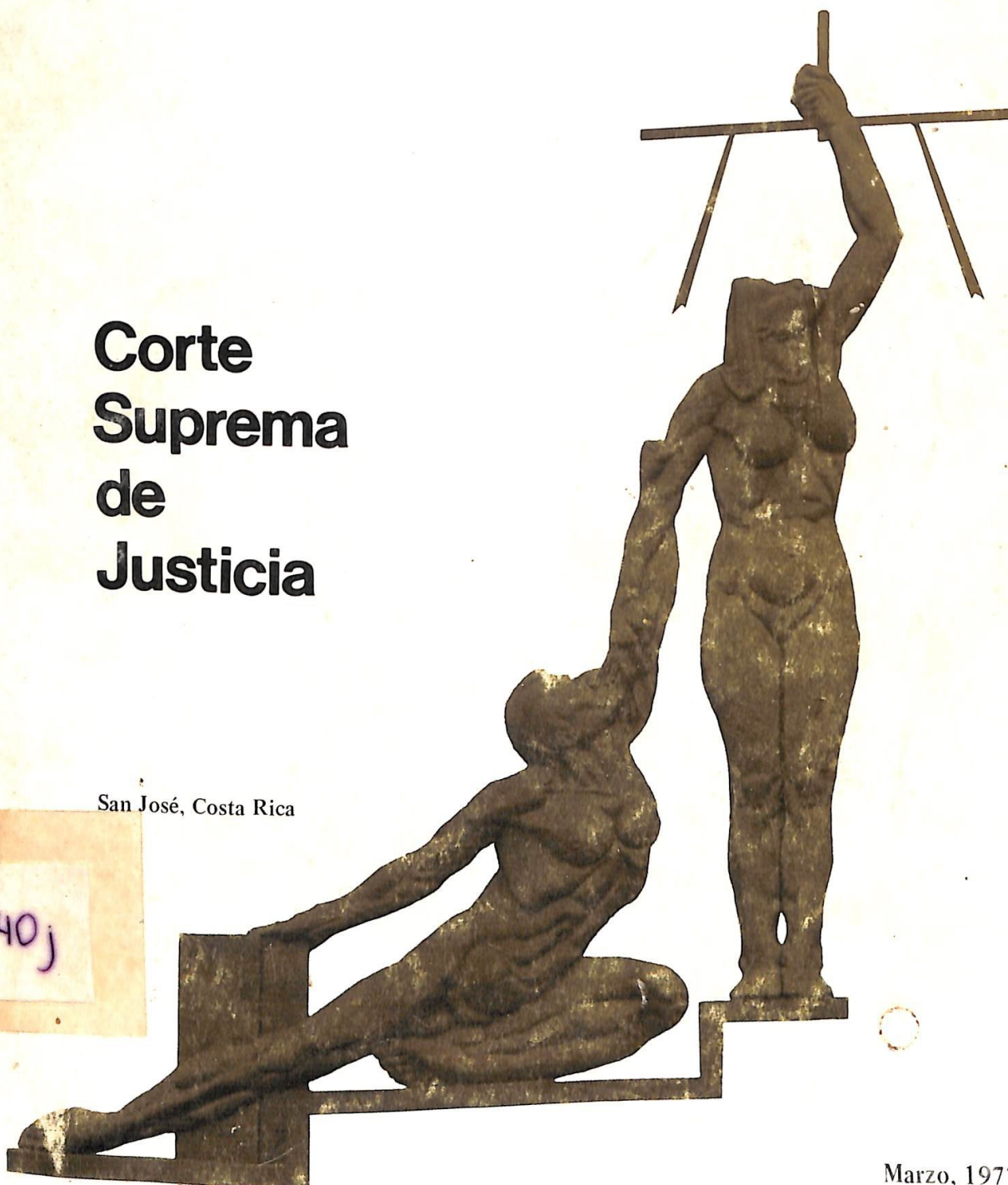
AÑO I

Nº 3

REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica



Marzo, 1977

R340j

Año I

No. 3

REVISTA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Víctor Pérez Vargas
Director

Marzo - 1977

Presentación	5
Documentos relativos a la celebración del Sesquicentenario de la instalación de la primera Corte Superior de Justicia en Costa Rica	7
Antecedentes de la celebración del Sesquicentenario	9
Acta de la sesión de Corte Plena de 16 de setiembre de 1976	9
Acta de la sesión de Corte Plena de 26 de setiembre de 1976	10
Carta del Señor Ministro de Gobernación	11
Acta del Sesquicentenario	13
Artículo del Lic. Alfredo Cob Jiménez	15
Editorial de La Prensa Libre de 4 de octubre de 1976	17
Editorial de La República de 1 de octubre de 1976	18
Editoriales de Radio Reloj de 1 de octubre de 1976	20
El significado del control de la legitimidad constitucional de las leyes en el mundo contemporáneo	21
Dr. Rubén Hernández Valle.	
La aplicación irrestricta del apremio corporal que autoriza el artículo 568 del Código de Comercio	29
Lic. Manuel Amador Hernández.	
Análisis del sistema registral costarricense	43
Lic. Orlando López Cortés.	
El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria	49
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
Reseña bibliográfica	75
Dr. Mauro Murillo.	
Jurisprudencia	77
Digesto.	

**DOCUMENTOS RELATIVOS A LA CELEBRACION DEL
SESQUICENTENARIO DE LA INSTALACION
DE LA PRIMERA CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA EN COSTA RICA**

ANTECEDENTES DE LA CELEBRACION DEL SESQUICENTENARIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

- 1.— Acta de la sesión de Corte Plena celebrada el dieciséis de setiembre de mil novecientos setenta y seis, con asistencia de los Magistrados Coto, Presidente, Quirós, Arroyo, Odio, Retana, Jacobo, Vallejo, Cervantes, Bejarano, Blanco, Fernández, Valverde, Zavaleta, Villalobos, Trejos, Porter y Benavides.

ARTICULO II

El señor Alvaro Gallardo Araujo, funcionario del Departamento de Personal, dirigió a la Corte una nota fechada el veintiséis de agosto último en que pone de manifiesto que el primero de octubre próximo entrante se cumplen ciento cincuenta años de la instalación de la Corte Superior de Justicia de Costa Rica. El señor Gallardo sugiere que se realicen algunos actos para conmemorar ese acontecimiento; y acompaña una fotocopia de la "Orden" en que la Asamblea Constitucional de entonces dispuso que la Corte se instalara el primero de octubre de mil ochocientos veintiséis. Esa Orden figura en el Tomo Primero de la Colección de Leyes y Decretos, correspondientes a los 1824 a 1826.

La carta del señor Gallardo fue leída en una sesión anterior, y en esa oportunidad se dispuso hacer algunos estudios previos para determinar si efectivamente la Corte Superior se había instalado en aquella fecha. Con base en esos estudios y luego de obtener información adicional muy valiosa, de personas de reconocida autoridad en la materia, la Corte ha logrado confirmar que ese hecho histórico se produjo en la fecha que consta en la Orden de la Asamblea Constitucional.

En consecuencia, y a reserva de lo que se dirá en el párrafo siguiente, se acordó: a) Celebrar una sesión solemne de Corte Plena el viernes primero de octubre próximo entrante, a las dieciséis horas y treinta minutos, por cumplirse en esa fecha el sesquicentenario de la instalación de la Corte Superior de Justicia; b) Colocar una placa en el vestíbulo del edificio de esta Corte, en que se hará alusión a ese hecho histórico; y c) Extender muy atenta invitación a los altos funcionarios y demás personas que se indicarán oportunamente para que asistan a los actos conmemorativos y le hagan a la Corte el honor de su presencia.

Al propio tiempo se resolvió: Transcribir el presente acuerdo a la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, con el ruego de que se sirva manifestar si tiene algún reparo que hacer a lo expuesto y, en su caso, apruebe la conmemoración antes mencionada, de conformidad con la Ley No. 5118 de 15 de noviembre de 1972.

Finalmente se dispuso: Dar las gracias al señor Gallardo por su colaboración, y encargar a los señores Magistrados Fernández y Benavides para que organicen los preparativos de la conmemoración que haya de efectuarse.

2.— Acta de la sesión de Corte Plena celebrada el 26 de setiembre de 1976.

ARTICULO VII

Se dio lectura a una nota fechada el veintidós de setiembre en curso, por cuyo medio el licenciado don Carlos Meléndez Chaverri se refiere al artículo II de la sesión del dieciséis de este mismo mes, en que la Corte acordó conmemorar el Sesquicentenario de la instalación de la primera Corte Superior de Justicia de Costa Rica, a reserva de lo que tuviera a bien disponer la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas.

La nota del licenciado Meléndez contiene los siguientes párrafos:

“En mi carácter de Presidente de la Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas y en atención a la necesidad de una pronta respuesta, me permito manifestar que no hallo reparo alguno en que la Corte celebre, en la forma que tiene planeada, dicha efemérides. Quien suscribe la presente ha tenido la oportunidad de estudiar con cierto detalle la documentación existente sobre el tema, a solicitud amable de uno de los distinguidos miembros de la Corte, y tras su análisis comprensivo, concuerda en forma plena con que cabe tener la fecha de primero de octubre de 1826 como la del inicio de tan importante organismo jurídico en el país.

Dado el hecho de que la Comisión de Conmemoraciones Históricas tiene programada una reunión el próximo martes veintiocho, en ella habrá de conocerse su atenta comunicación, pero por las razones expuestas, puedo asegurarle de antemano que se verá con agrado y satisfacción la forma como Uds., han procedido y los sólidos fundamentos que afirman la corrección de la fecha histórica a celebrar.

El país tiene conciencia plena de que la Justicia ha podido afirmar su vigencia al través de un Poder debidamente constituido, en el que su organismo superior ha pugnado siempre por el mantenimiento de sus fines supremos, ante cualquier intento por eclipsarlos. Debe reconocerse, en consecuencia, que todo ello arranca en el mismo momento en que se constituyó. De allí la trascendencia de la fecha y la justicia de su digna conmemoración”.

Discutido el caso, se acordó: Tener por recibida la nota del licenciado Meléndez Chaverri, y manifestarle el agradecimiento de la Corte por sus atenciones.

CARTA DEL SEÑOR MINISTRO DE GOBERNACION

San José, 30 setiembre de 1976

Señor

Lic. Fernando Coto Albán

PRESIDENTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

S.D.

Estimado señor:

Cumple la Corte Suprema de Justicia ciento cincuenta años de existencia jurídica. Siglo y medio es una etapa considerable, casi la historia completa de la República. No debemos dejar pasar inadvertido este acontecimiento. Si se tratara simplemente de contabilizar los años de antigüedad de una institución de existencia aleatoria o aparente, no valdría la pena recordar esta fecha. Pero se trata de un proceso de consolidación progresiva, en lo esencial prácticamente ininterrumpido, de vigencia efectiva de los principios fundamentales que hacen real un estado de derecho.

Debemos estar agradecidos con quienes comprometieron nuestro destino con los principios jurídicos.

Pensemos, en este momento, que en muchas partes del mundo hay hombres que no encuentran amparo en las leyes, que no son juzgados con base en principios objetivos y justos, con arreglo a procedimientos correctamente establecidos.

Nosotros mismos tenemos que reconocer las deficiencias de que ha adolecido nuestro sistema, pero a la vez hemos de señalar los progresos enormes que se han hecho en los últimos tiempos para realizar el principio constitucional que ofrece justicia pronta y cumplida. Los esfuerzos que nos llevan con pasos firmes hacia el establecimiento de los medios de rehabilitación del delincuente obedecen a esta inclinación general hacia la realización de justicia efectiva.

Debemos hacer resaltar con orgullo la rectitud y la probidad de nuestros jueces. La trayectoria del Poder Judicial a través de nuestra historia es extraordinaria. No podía ser de otro modo en un país que escogió, desde el momento mismo de su nacimiento, el camino del derecho como medio insuperable de resolver los conflictos y como el sistema más civilizado de convivencia.

Este es el razgo más saliente de nuestra historia. Probarlo cada día es posiblemente lo que justifique de manera más saliente nuestra existencia como nación. El respeto a que se han hecho acreedores la Corte

Suprema de Justicia y en general quienes ejercen y han ejercido la función judicial, es una de las garantías más sólidas de la supervivencia de la democracia y de nuestras instituciones republicanas.

Nuestra felicitación a la Corte Suprema de Justicia y nuestra renovación de fe en este pueblo que la ha hecho posible.

Atentamente,

LIC. EDGAR ARROYO CORDERO
MINISTRO

CC: Archivo
ladev.

ACTA DEL SESQUICENTENARIO

No. 61

Sesión extraordinaria de Corte Plena celebrada a las dieciséis horas y treinta minutos del primero de octubre de mil novecientos setenta y seis, con la asistencia de los Magistrados Coto, Presidente, Quirós, Arroyo, Odio, Retana, Jacobo, Vallejo, Cervantes, Bejarano, Blanco, Fernández, Valverde, Villalobos, Zavaleta, Trejos, Porter y Benavides.

Artículo I

Hoy se cumplen ciento cincuenta años de la instalación de la primera Corte Superior de Justicia de Costa Rica, y en esta misma fecha se celebra una sesión solemne en el salón de Corte Plena, para conmemorar ese hecho histórico.

Ayer llegaron a Costa Rica los señores Magistrados Armando Aguiluz Valle y Alejandro López Cantarero, de la Corte Suprema de Justicia de la hermana República de Honduras, quienes visitaron en la mañana de hoy el edificio de esta Corte, con el objeto de *“apreciar su funcionalidad y poder estar en mejores condiciones para preparar el programa de necesidades que servirá de base a los arquitectos diseñadores del nuevo edificio de la Corte de Honduras”*, según lo manifestó el señor Presidente de ese alto Tribunal en nota que los señores Magistrados Aguiluz y López le entregaron al Presidente de la Corte de Costa Rica.

Esta misma mañana la Comisión encargada de organizar la celebración del Sesquicentenario, dispuso invitar a los señores Magistrados Aguiluz y López para que asistieran a la sesión de hoy.

Artículo II

Con los honores del caso fueron introducidos al salón de sesiones los señores Magistrados hondureños, el señor Contralor General de la República, el señor Arzobispo de San José, los señores Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, el señor Vicepresidente de la Asamblea Legislativa, los señores Diputados de la misma Asamblea, los señores Ministros de Gobierno, y el señor Primer Vicepresidente de la República, doctor Carlos Manuel Castillo Morales, que asiste en representación del señor Presidente de la República, licenciado Daniel Oduber Quirós quien se excusó por tener un compromiso previo.

Ocuparon sitio de honor en la mesa principal el señor Vicepresidente doctor Castillo, el señor Vicepresidente de la Asamblea Legislativa, licenciado Elías Soley Soler, el licenciado Francisco Sáenz Meza, en su carácter de Presidente ad interín del Tribunal Supremo de Elecciones, y los Magistrados de la Corte Suprema de Honduras señores Aguiluz Valle y López Cantarero.

El señor Arzobispo, Monseñor don Carlos Humberto Rodríguez Quirós, también tomó asiento en un sitio de honor; y los señores Miembros del Gabinete, los señores Diputados, los señores Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, y el señor Contralor General de la República, lo hicieron en lugares especialmente destinados para ellos.

Los Magistrados Suplentes, los ex-Magistrados y todos los demás invitados y funcionarios del Poder Judicial, ocuparon el resto de las sillas del salón de sesiones.

Se extendió una invitación especial al señor Decano del Cuerpo Diplomático, Monseñor Lajos Kada, Nuncio Apostólico de su Santidad, en representación de los distinguidos Miembros de ese Alto Cuerpo. No pudo la Corte tener el honor de la presencia del señor Nuncio Apostólico, pues motivos de salud le impidieron asistir.

Artículo III

Acto seguido el Presidente Magistrado Coto dio lectura a una amplia exposición en que hizo reseña de los antecedentes de la instalación de la primera Corte Superior de Justicia, desde los días de la Independencia y del Pacto de Concordia. Se refirió a la Constitución de la República Federal de Centro-América, de 22 de noviembre de 1824, y a la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, dictada dos meses después, lo mismo que a nuestra primera Asamblea Legislativa, que se instaló el 14 de abril de 1825, al nombramiento de los Magistrados de la Corte Superior, y a la instalación de esa Corte el primero de octubre de 1826.

Expresó también el Magistrado Coto que no podía dejar de decir algunas palabras sobre lo que ha sido la Corte en estos ciento cincuenta años, pues no se trataba sólo de recordar lo que ocurrió el primero de octubre de 1826, sino también de hacer memoria de los sucesos posteriores de mayor relevancia.

Dijo luego que no iba a referirse a los hombres que ahora están en la Corte, pues su labor quedará sometida al juicio de las generaciones futuras, pero que sí debía reconocer que la Corte Suprema de Justicia tuvo la fortuna de estar integrada por brillantes juristas, de extraordinario valor humano.

A manera de paréntesis y sin aludir en particular a ninguno de esos varones ilustres del pasado, el Magistrado Coto destacó que en general no se había tomado en cuenta a nuestros grandes Magistrados de otrora, para otorgarles el máximo honor que la República confiere a quienes se han distinguido por sus actuaciones eminentes.

Ya casi al final de su exposición, habló de lo que se piensa hacer en el porvenir. Dijo que se está preparando un anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles, que redacta el procesalista Niceto Alcalá Zamora y Castillo, anteproyecto que será examinado y discutido en la Corte y por comisiones de abogados, inclusive en un Congreso Jurídico que se celebrará el año entrante. Y agregó: *"Si Dios nos da tiempo y energías suficientes, procederemos, más adelante, a revisar el Código Civil que, aun cuando fue una obra maestra de los juristas que lo redactaron, necesita modernizarse en muchas de sus disposiciones"*.

Para terminar, el Magistrado Coto dio las gracias a todos los que han honrado a la Corte con su presencia en esta sesión solemne; e invitó a los asistentes para que pasaran al vestíbulo, a fin de que el señor Primer Vicepresidente, doctor Carlos Manuel Castillo, develara la placa conmemorativa del acontecimiento histórico que ocurrió el primero de octubre de mil ochocientos veintiséis.*

A las dieciocho horas terminó la sesión.

(*) En el próximo número publicaremos completa la exposición del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Fernando Coto, a que se hace referencia en la presente acta.

LOS 150 AÑOS DEL PODER JUDICIAL

Licenciado Alfredo Cob Jiménez, Juez integrante del Tribunal Superior Civil.

En los círculos judiciales todos del país se ha recibido con especial complacencia la noticia del acuerdo tomado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, de celebrar el Sesquicentenario de la instalación de la primera Corte Superior de Justicia de Costa Rica.

Es un suceso notable que merece su celebración. El programa preparado para ese efecto es sencillo pero muy significativo para los servidores y no servidores de este Poder.

Para regir sus destinos como Estado relativamente independiente, Costa Rica adoptó en mil ochocientos veinticinco su Carta Magna, conocida como Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica. Este documento forjó el estilo político de nuestra nación y dio a las futuras generaciones una conciencia eminentemente democrática y republicana; y con esa mentalidad los costarricenses han venido enjuiciando sus actos públicos y de gobierno a través de su historia. Surgió así la clásica forma de gobierno tripartita: Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Introdujo también esa Constitución un cuarto Poder Conservador con atribuciones semejantes a los del moderno senado, diluidas después en las nuevas constituciones, entre los dos primeros Poderes. Al crearse en esta forma el Poder Judicial, entró éste a la vida institucional del país sin vacilaciones ni temores, garantizando aun más la aplicación justa de las leyes. Hay que reconocer que el prestigio de que siempre ha gozado se debe mucho a la calidad de los hombres que han integrado, principalmente, la Corte Suprema de Justicia, que es el Órgano máximo que lo representa por imperativo de la misma ley.

Durante estos ciento cincuenta años, los costarricenses se han sentido orgullosos de contar con un Poder Judicial, que en la ejecución de los fines de Estado, se maneja y actúa con independencia de los demás y de que en la cima y en todos los estrados judiciales han estado hombres probos que han puesto muy en alto el nombre de ese Poder, siendo un ejemplo para todos los costarricenses digno de ser emulado por los elementos más jóvenes; ciudadanos que han hecho de su importante función un verdadero culto a la justicia y a la honorabilidad.

La organización del Poder Judicial, con ligeras variantes, en cuanto a los tribunales que lo componen, la relación entre ellos, sus diferentes instancias, niveles jerárquicos, etc., ha sido más o menos la misma a través de los años. Al frente de este Poder ha estado siempre la Corte Suprema de Justicia, o Corte Superior de Justicia, como se llamó en la Ley Fundamental de mil ochocientos veinticinco; y el funcionario de más alto rango en la organización judicial, es el Presidente de la Corte Suprema, cuyo número de jueces o magistrados que la integran ha variado en el transcurso del tiempo. Los ciudadanos que han sido distinguidos con aquella alta investidura los recuerda con cariño y admiración la nación entera. El respeto profundo que el país les ha dispensado ha sido sin reservas de ninguna especie, pues ha comprendido, sin que tenga que pregonarse, que esa función sólo puede estar en manos de jueces integérrimos dotados de las más excelsas virtudes. Es interesante señalar que no todos los ciudadanos que han servido este alto cargo son originarios de nuestro país. Comenzando no más, la Corte Superior de Justicia

estuvo dirigida por el caballero licenciado don José Simeón Guerrero de Arcos, nacido en Nicaragua. Posteriormente fue nombrado para ejercer esta elevada función el distinguido profesional don Agustín Gutiérrez Lizaurzabal, oriundo de Guatemala; luego el doctor don Miguel Macaya, ilustre letrado nacido en Colombia; y finalmente, el gran hombre público don Ascensión Esquivel Ibarra, nacido en Rivas, Nicaragua, quien había ocupado antes la presidencia de la República. El hecho de que estos apreciados y valiosos hombres ocuparan este cargo y hasta fuera uno de ellos, el licenciado Esquivel Ibarra, Presidente de la República, no va en desdora de la dignidad del país, ni le quita brillo al Poder Judicial, porque todos ellos se identificaron como auténticos costarricenses y ofrendaron todos sus valiosísimos dones al engrandecimiento de nuestra patria. Recuérdese que Nicaragua, por su parte, tuvo un Presidente nacido en Costa Rica; don Adolfo Díaz Díaz, quien estuvo vinculado durante toda su vida con esta República hermana.

Varios Presidentes de la Corte Suprema de Justicia lo fueron también del Poder Ejecutivo: don Juan Mora Fernández primer Jefe de Estado de nuestro incipiente país; doctor don Vicente Herrera Zeledón; doctor don José María Castro Madriz, licenciado don José Joaquín Rodríguez Zeledón; licenciado don Ricardo Jiménez Oreamuno quien fue Presidente, así mismo, del Poder Legislativo; y licenciado don Ascensión Esquivel Ibarra. El que más sirvió este prestigiado cargo lo fue el muy recordado licenciado don Fernando Baudrit Solera, de 1955 a 1975; jamás le olvidaremos como Profesor y Juez, y desde el primero de julio de mil novecientos setenta y cinco ocupa ese alto cargo el licenciado Fernando Coto Albán.

(Excelsior, viernes 1 de octubre de 1976).

Editorial de La Prensa Libre de 4 de octubre de 1976

LOS 150 AÑOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Un acontecimiento, sin la menor duda de gran significación para el país, fue conmemorado a fines de la pasada semana: el 150 aniversario de la creación de la Corte Suprema de Justicia.

Hacía apenas cinco años de la declaratoria de nuestra independencia cuando los varones que comenzaban a forjar nuestra nacionalidad, y cuyo lustre adquiere en los anales de la Patria cada día más luminosidad, emprendieron la tarea de organizar el Poder Judicial que ha sido, a lo largo de nuestra vida de nación independiente, el que con singular celo ha velado por el respeto al ordenamiento jurídico, que en oportunidades, muy raras por fortuna, ha sufrido severas acometidas por parte de otras instituciones estatales.

Los costarricenses pueden sentirse orgullosos de disfrutar, no de una caricatura de Poder Judicial, como ocurre hoy día en muchas naciones del mundo, especialmente en aquellas con regímenes totalitarios o férreas dictaduras militares, sino de un Poder Judicial que opera ceñido a la Constitución y a las leyes, lo que le ha conquistado la confianza del país.

Así como la Corte Suprema de Justicia se ha conservado en un alto pedestal durante tantos años, podemos aprovechar la oportunidad de su Sesquicentenario para darle un mayor sustento, para fortalecerla todavía más.

Una forma para lograr ese propósito sería, por ejemplo, una reforma a la Constitución a fin de que los Magistrados no sean nombrados por simple mayoría de la Asamblea Legislativa, sino por lo menos por las dos terceras partes, con lo que se pondría a los Magistrados a cubierto de la suposición de que han sido nombrados por un único partido.

Al Poder Judicial hay que rodearlo de las más amplias seguridades contra todo tipo de asechanza de los políticos.

La reforma constitucional a la que hacemos mención sería una forma de depurar todavía más a un Poder que, como el Poder Judicial, ha sido uno de los pilares más firmes de la democracia costarricense.

El Poder Judicial, dichosamente para Costa Rica, no ha sufrido la contaminación politiquera que sí ha alcanzado a los otros Poderes públicos.

Tarea de todos los costarricenses es procurar, por todos los medios posibles, que el Poder Judicial no sufra ni siquiera la amenaza más pequeña de la politiquería.

Deben los costarricenses, en consecuencia, mantenerse vigilantes, evocando las egregias figuras de muchos de nuestros jurisconsultos que supieron en todo momento hacerle honor a su profesión defendiendo la Constitución y el Derecho y honrando así a su Patria.

Editorial de la República de viernes 1 de octubre de 1976

SESQUICENTENARIO DEL PODER JUDICIAL

Conmemora hoy la Corte Suprema de Justicia el Sesquicentenario de la instalación de la primera Corte Superior de Justicia de Costa Rica.

Hace sólo cinco años celebramos el sesquicentenario de la independencia. Esto quiere decir que nuestra vida republicana tiene la misma edad que nuestra historia judicial. La historia política y la jurídica se entrelazan. Nuestra democracia escogió, desde sus albores, la senda del derecho, es decir, decidimos ser civilizados desde nuestro nacimiento.

Estos datos definen el perfil histórico de Costa Rica y determinan su vocación espiritual. Nuestro país no nació en las armas ni en los conflictos, sino en la paz y en el derecho. Esa impronta gloriosa ha de acompañarnos hasta el fin de los siglos.

A veces, el apasionamiento efímero de ciertos políticos desdeña las grandes fechas históricas de la nación y pretende inventar mitos y fundadores de nuestras mejores tradiciones. Mas, lo cierto, es que, en el silencio de los años, sin aspavientos ni campañas publicitarias, nuestros abuelos vieron claro y condujeron la nave hacia puerto seguro mediante el establecimiento de instituciones sólidas. Nuestra democracia ha sido el fruto de aquellos desvelos y de aquella visión.

Embobados por ciertas prédicas y consignas, o interesados en servir a ciertos amos, algunos buscan en modelos extranjeros la respuesta a nuestras preguntas y a nuestros problemas. La solución se encuentra, sin embargo, en la profundización en nuestra historia. La dependencia se desvanece en la medida en que un pueblo es fiel a sus tradiciones y se renueva a sí mismo, sin renegar de sus principios.

Desde este punto de vista, nuestra vocación civilista, nuestro apego a los derechos humanos, la preeminencia de los valores espirituales y morales han de ser fuente de inspiración y la definición de nuestra nacionalidad.

Esta no es, pues, una fecha más, una conmemoración cualquiera. Esta celebración nos señala nuestros orígenes. Es un retorno a nuestras fuentes.

Bien comprendieron nuestros dirigentes el papel singular del Poder Judicial en el sustentamiento y florecimiento de una democracia, al otorgarle a este la autonomía financiera. Los Tribunales de Justicia de Costa Rica no son pocilgas, sino edificios decorosos, que invitan a la reflexión y atestiguan la vocación espiritual del país, como las catedrales góticas del medioevo.

Cabe también hoy, al formular votos por el fortalecimiento y grandeza del Poder Judicial, volver los ojos hacia algunos graves problemas que obstaculizan el camino de la justicia en Costa Rica a fin de que esta sea, en verdad, pronta y cumplida. La solución de estos problemas podría ser el mejor homenaje del Poder Judicial y de los restantes Poderes del Estado hacia la Patria.

Nos referimos, particularmente, a la reforma penitenciaria, sueño de varias generaciones, a las actividades de investigación policial, a las labores de vigilancia y a la eficiencia de los tribunales en la tramitación de sus delicados asuntos.

En la medida en que estos males se eliminen y en que acometamos esta empresa con empeño y devoción, la justicia —la virtud por excelencia— se acrecentará y estas conmemoraciones alcanzarán su significado más rico y permanente.

Hoy nuestro país redescubre su vocación histórica. Nada mejor que esta fecha para afirmarla con hechos.

EDITORIALES DE RADIOPERIODICOS RELOJ

Viernes 1 de octubre 1976

1. Lucha contra la delincuencia.
 2. 150 años de la Corte de Justicia.
- Escritos por Rolando Angulo.

SEGUNDO EDITORIAL, minuto uno. Al celebrarse hoy día los ciento cincuenta años de la creación de la Corte Suprema de Justicia, sentimos nuestro deber hacer hincapié en la importancia de vivir bajo un régimen de derecho, con jueces honrados y eficientes. Los valores del ser costarricense se pueden medir en hechos que, a lo largo de su historia son fácilmente reconocibles. Nosotros, como costarricenses, sentimos gran respeto por los que nos antecedieron, primero porque nos han heredado un país de libertad, y segundo, porque el régimen democrático ha sido cimentado sobre bases de dignidad y respeto al ser humano. Un país que cree en la libertad y que ama la democracia, es un país que gira en torno a un régimen de justicia libre e independiente.

SEGUNDO EDITORIAL, minuto dos. Desde que Costa Rica es independiente políticamente, nuestros abuelos pensaron en la necesidad de un régimen de justicia adecuado sobre el que debía cimentarse el futuro de la nación. Así nació la Corte Suprema de Justicia. Nació con los primeros aires de libertad del ser costarricense. Por eso, nuestros jueces, con orgullo de verse ante un deber de preservar un sistema político de libertad, hicieron que la mejor de las tradiciones de nuestra nacionalidad se convirtiera en una realidad. Realidad que es tradición y que es justicia pronta y cumplida. Un país con jueces probos y honestos, es un país con valores que nunca se desgarran.

SEGUNDO EDITORIAL, minuto tres y final. Al celebrarse hoy los 150 años de la creación de la Corte Suprema de Justicia, pensamos en este siglo y medio de justicia. Pensamos en la capacidad de un país que ha podido preservar lo más noble de sus tradiciones en los ciudadanos que mejor le han representado. Pensamos en la aplicación de las leyes con prudencia y sensatez, porque el juez no está enmarcado por la ley, sino por la justicia, que es un valor superior. Allí donde la justicia impera, o donde el hombre quiere ser justo como una pretensión sobrehumana, es donde la paz y el orden público son parte y esencia de la convivencia humana. Sea este, nuestro homenaje, en este día, a los jueces de Costa Rica.

“EL SIGNIFICADO DEL CONTROL DE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES EN EL MUNDO CONTEMPORANEO”

Dr. Rubén Hernández Valle.

S U M A R I O

- 1) Breves antecedentes históricos**
- 2) Expansión contemporánea de este instituto jurídico**
- 3) Fundamentos filosóficos comunes a los diversos sistemas conocidos**
- 4) La interpretación de las normas constitucionales y el “judicial review of legislation”**
- 5) Su significación política, social y económica.**

1) Breves antecedentes históricos:

A pesar de que algunos autores han encontrado antecedentes bastante remotos sobre la existencia del control sobre la constitucionalidad de las leyes (1), creemos que la primera manifestación, en el sentido y significación contemporáneas del instituto en cuestión, es la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (2).

Antes de exponer el contenido de la citada sentencia, redactada por el célebre "*Chief Justice*" Marshall, es conveniente referirse un poco a los antecedentes ideológicos que la precedieron.

Como lo ha explicado recientemente en forma clara y precisa un estudioso italiano (3), la "*judicial review of legislation*" en los Estados Unidos es la coronación de un proceso histórico e ideológico que puede ser dividido en tres etapas: a) la época de la justicia natural; b) la época de la justicia legal y c) la época de la justicia constitucional propiamente dicha.

a) Epoca de la justicia natural:

Esta primera etapa se desarrolló durante cuatro siglos en Inglaterra, alcanzando su máxima expresión con el surgimiento de Sir. Edward Coke, en el siglo XVII.

En este periodo se afirmaba la superioridad del Derecho Natural, el cual a menudo era identificado con el "*common law*", heredado de los antepasados y considerado como superior a las leyes emanadas del soberano y del Parlamento. Coke llegó a sostener que "*the common law will controul acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for then an act of Parliament ist against common right and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void*", (4).

b) La fase de la justicia legal:

La superioridad del common Law fue abolida por la "*Gloriosa Revolución*" de 1688, para dar paso al principio de la omnipotencia de la ley positiva. Con ello se afirmó la superioridad del Parlamento dentro del régimen político inglés. Es obvio que tal teoría comporta, como consecuencia lógica, la imposibilidad de que los tribunales de justicia pudiesen controlar los actos del Parlamento (statutory law) (5).

c) La fase de la justicia constitucional:

La tercera fase tiene ya lugar en los Estados Unidos de América y, en cierta forma, surge como una reacción contra la "*legal justice*" de las Cortes de Westminster, de los jueces coloniales cuya actividad en última instancia se apoyaba en el "*Privy Council*" de su Majestad británica.

En efecto, al sobrevenir la independencia, la nueva Federación, en su afán de consolidar plenamente su autonomía y libertad frente a Inglaterra, promulgó una Constitución escrita en la cual se contemplaba la creación de una Corte Suprema de Justicia (6).

La tarea de la nueva Corte no sería ya el velar por la aplicación de la ley emanada del Parlamento inglés, sino el garantizar el cumplimiento de una nueva ley Superior, o sea la Carta Constitucional de los Estados Unidos de América.

-
- (1) Autores como CAPPELLETTI, M. "Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi" (Riv. Dir. Proc. 1966) ps. 52 y sgtes. e ídem "Il Controllo di costituzionalità delle leggi nell diritto comparato" (Milano, 1971) ps. 31-48 y BATAGLINI "Contributo alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi" (Milano 1957) consideran que ya desde los griegos se encuentran antecedentes del instituto en examen.
 - (2) *MARBURY vs. MADISON* 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).
 - (3) CAPPELLETTI, "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo" (Riv. Dir. Proc. 1968) ps. 491-4.
 - (4) Citado por CAPPELLETTI, en "Il controllo de costituzionalità delle leggi nell diritto comparato", supra nota 1 p. 43.
 - (5) CAPPELLETTI, supra nota 3, ps. 491-2.
 - (6) Véase MASON and BEANEY, "American Constitutional Law" (New Jersey, 1968) ps. 13-7 y CAPPELLETTI, supra nota 3, ps. 492-4.

La justicia constitucional, por lo tanto, surge en los Estados Unidos como una superación de la incierta "*justicia natural*" y de la "*justicia legal*" que se apoyaba en la voluntad omnipotente de una simple mayoría parlamentaria.

La sentencia *Marbury vs. Madison*, redactada como dijimos por el Chief Justice Marshall, en sustancia dijo que cuando una norma legal fuese contraria a la Constitución, debería considerarse nula y que, por consiguiente, los tribunales estaban inhibidos para aplicarla (7).

Posteriormente este principio pasó a las diferentes legislaciones occidentales, siendo hoy día uno de los pilares fundamentales del Estado contemporáneo.

2) Expansión contemporánea de la "judicial review of legislation":

El control sobre la legitimidad constitucional de las leyes, poco a poco, ha ido abriéndose brecha en las distintas legislaciones del mundo Occidental.

Ya en el siglo XIX, México ofrece uno de los primeros ejemplos con la creación de su institución jurídica más característica: el amparo de las leyes (8); luego en Suiza hace aparición, aunque limitada-mente a las leyes cantonales, el "*recours de droit public*" o "*staatsrechtliche Beschwerde*", que se fundamenta en el principio de que las normas del Derecho Federal prevalecen sobre las normas de los ordenamientos cantonales (9).

A finales del siglo pasado y principios del presente nuestro instituto encuentra acogida también en Noruega y Dinamarca, pasando luego a Grecia, Rumania y Portugal, aunque con escasa significación (10).

Recién concluida la Primera Guerra Mundial, en 1920, el gran y controvertido jurista Hans Kelsen, creó en Austria la "*Verfassungsgerichtsbarkeit*" a nivel de órgano constitucional, con lo cual, por primera vez, en la historia el ejercicio de la justicia constitucional fue confiada a un órgano especializado en la materia. La Corte Constitucional austriaca sufrió importantes reformas en 1929, con el objeto de adaptarla a las exigencias de la realidad constitucional de su país (11).

Por la misma época, órganos similares fueron creados en Checoslovaquia y España, los que por razones políticas de todos conocidas, tuvieron una existencia efímera (12).

Con el advenimiento de los regímenes totalitarios en Europa la justicia constitucional obviamente languideció y fue tirada al cesto de la basura. Tanto en Alemania, Austria como en Italia, durante este período histórico tan siniestro, semejante tipo de control no existió (13).

Después de finalizada la segunda hecatombe mundial, la justicia constitucional y especialmente la "*judicial review of legislation*" han vuelto a surgir con renovados bríos, a tal punto que hoy día son numerosísimos los países que recientemente han creado Cortes Constitucionales.

(7) Decía Marshall en las partes más sobresalientes de la sentencia: "The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act, contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature, illimitable... Thus the particular phraseology of the United States Constitution confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument", en MASON and BEANEY, supra nota 6, ps. 26 y 29.

(8) Sobre el juicio de amparo, especialmente en su modalidad estructural del control constitucional de las leyes, véase ZAMUDIO "El juicio de amparo" (México, 1964), ps. 236 y sgtes.; CAPPELLETTI, voce "Amparo" (Enc. del Dir., Milano, 1958), ps. 329 y sgtes.

(9) CAPPELLETTI, "La giurisdizione costituzionale delle libertà" (Milano, 1955), p. 21, e ídem, "Il controllo di costituzionalità delle leggi nell diritto comparato", supra nota 1, ps. 54 y siguientes.

(10) CAPPELLETTI, ibídem, p. 55 e ídem, supra nota 3, p. 484.

(11) CAPPELLETTI, supra, nota 3, ps. 484-5.

(12) En relación con España, nos referimos a la desafortunada Constitución Republicana de 1931.

(13) MODUGNO "La invalidità della legge" (Milano, 1974), volume I, ESPOSITO "La validità delle legge" (Milano 1964).

La Constitución italiana de entonces, por ser flexible, impedía la existencia de un control sobre la constitucionalidad de las leyes, aunque voces valientes, como la del profesor Espósito, en plena dictadura fascista, sostuvo que la voluntad del legislador no era omnipotente y, por lo tanto, estaba sometida a límites de orden material.

Los dos ejemplos más sobresalientes, sin duda alguna, son Alemania e Italia, que en sus Constituciones de 1949 y 1948 respectivamente, han creado Cortes Constitucionales de un alto nivel técnico y jurídico (14).

Posteriormente el fenómeno se ha extendido a Turquía (1960), Chipre (1961) y recientemente a Yugoslavia (1963), que se convirtió así en el primer país socialista en acoger un control de naturaleza judicial (15).

3) Fundamentos filosóficos comunes a los diversos sistemas de la "judicial review of legislation":

No es por simple casualidad que la institución en examen se haya extendido profusa y aceleradamente en las naciones occidentales y pareciera que también comienza a ganar terreno en los países socialistas, como lo demuestra claramente el ejemplo de Yugoslavia.

Como todo producto cultural, por ser creación humana, la "*judicial review of legislation*" encuentra sus fundamentos en la esencia misma del hombre.

La vida del hombre es una tentativa de planificación, en el sentido de que sus actos tratan de encarnar una serie de valores constantes que le confieran sentido a su existencia. El hombre, por lo tanto, justifica su vida en la medida en que sus acciones sean la expresión de valores permanentes. Semejante actitud ha sido también trasplantada por el ser humano al ámbito de lo jurídico. No en vano toda la historia del Derecho se debate en la tradicional dicotomía del orden jurídico positivo y el Derecho natural. Desde Sófocles hasta Kelsen, el problema cardinal de las Ciencias Jurídicas ha sido siempre el mismo: ¿es sólo Derecho el consagrado positivamente en los textos o existe además una serie de principios que vincula al legislador y al juez?

Numerosas respuestas han sido dadas a la interrogante planteada, ya sea en uno u otro sentido. No obstante, pareciera que la única correcta haya sido el descubrimiento de la justicia constitucional, la cual representa la síntesis dialéctica de dos tesis antagónicas o "*momentos*" de acuerdo con la terminología hegeliana: la "*justicia natural*" y la "*justicia legal*".

En efecto, la justicia constitucional en sus diversas manifestaciones y especialmente en el ejercicio de la "*judicial review of legislation*", es el intento más plausible y eficaz realizado por el hombre moderno para actualizar en forma práctica, concreta y precisa una serie de principios genéricos, vagos y ambiguos aunque provistos de positividad, que son las normas constitucionales.

En otros términos, los principios constitucionales son actualizados por medio de la justicia constitucional, conforme a las exigencias sociales, económicas y culturales de la realidad cotidiana (16).

(14) Sobre las Cortes Constitucionales alemana e italiana existe una bibliografía profusa. A modo ilustrativo, sobre la primera puede consultarse ORTINO, "L'esperienza della Corte Costituzionale di Karlsruhe" (Milano, 1960) y FRIESENHAHNE, "La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale tedesca" (Milano, 1965) y en relación con la segunda CAPPELLETTI, "La giustizia costituzionale in Italia" (in *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1960), ps. 461 y sgtes.

(15) La Constitución yugoeslava de 1963 es el único ejemplo, dentro de los países socialistas, que establece un sistema de control sobre la legitimidad constitucional de las leyes de naturaleza judicial con lo cual se ha producido una profunda innovación dentro de las concepciones tradicionales del Estado y del Derecho comunistas. Véase sobre el particular, FRANCHI, "Note sulla giurisdizione costituzionale jugoslava" (Riv. Dir. Proc. Civile, 1966) ps. 397 y sgtes. y VIGORITI, "La giurisdizione costituzionale in Jugoslavia" ídem, ps. 298 y sgtes.

(16) En relación con este tema ha dicho magistralmente el profesor Cappelletti: "L'idea che sta alla base dell'istituto moderno del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, è dunque, se non erro, proprio questa: è il tentativo di tornare, superando la pretesa "neutralità" etica e politica del legalismo positivístico, ad un'affermazione di valori giuridici superiori e relativamente immutabili, pur senza alienarli in un'empirica atmosfera giusnaturalistica di astratta irrealtà; e il tentativo, forse faustiano ma profondamente umano, di rendere attuali quei valori attraverso lo sforzo di positivizzazio ne concretizzatrice di un giudice costituzionale. In questo senso, io non da oggi ritengo che l'istituto della judicial review esprima uno dei fondamentali momenti etici, ideologici, e filosofici della nostra epoca; il tentativo del superamento, ad un tempo, dell'astratto giusnaturalismo, e del concreto, maeffimero giuspositivismo che a quello si era andato contraponendo", supra nota 3 ps. 489-9.

4) La interpretación de las normas constitucionales y la "judicial review of legislation":

El problema de la interpretación de las normas constitucionales presume obviamente el definir lo que modernamente se entiende por Constitución (17).

La Constitución es en realidad una unidad dialéctica de dos momentos: uno normativo y otro existencial. Por ello es contrario a la realidad considerar a la Constitución sólo como un complejo de normas (18), o sostener la tesis de que la Constitución es un modo de ser, un "*status*", un orden de instituciones (19).

Las dos posiciones anteriores son correctas, pero parciales, ya que la Constitución es al mismo tiempo norma y estructura: si se observa la norma en primer plano, en su trasfondo resalen las instituciones y los principios estructurales; por el contrario, si se desea atribuir mayor importancia a estos últimos y a las instituciones, en todo caso no puede olvidarse que ambos existen en una determinada forma que precisamente adquieren por medio de los criterios ordenativos que establecen las normas.

La constitución de cualquier país, en un determinado momento, representa un equilibrio, un compromiso de las ideologías políticas en juego. En otros términos, la constitución traduce al plano jurídico los valores fundamentales del "*régimen político*" vigente. Por ello, la constitución tiene un contenido fundamentalmente político.

Es conveniente aclarar que todas las normas e instituciones, independientemente de su naturaleza, son expresiones de determinados valores; no obstante, las normas constitucionales, precisamente por recoger y encarnar en su contenido los valores o principios fundamentales del ordenamiento jurídico, están permeadas por un gran tinte político.

Contrariamente a la concepción de los siglos precedentes (20), hoy día se concibe a la constitución como un "*proyecto*" en el sentido de que contiene una serie de normas programáticas y directrices que posteriormente deberá ser desarrollada por el legislador común (21).

Delineado a grandes rasgos el moderno concepto de constitución, podemos entrar de lleno en la relación que existe entre la interpretación de las normas constitucionales y el "*judicial review of legislation*" (22).

La interpretación constitucional, al igual que cualquier otro tipo de interpretación jurídica, reviste naturaleza normativa (23).

En otros términos la interpretación jurídica no busca la intención específica del legislador, sino más

(17) Sobre el concepto general de constitución y las diversas teorías esbozadas a través de la historia por los diferentes autores véase por todos MORTATI "Dottrine generali sulla costituzione", (Raccolta di Scritti Milano 1972) Volume II ps. 81-165.

(18) KELSEN "General Theory of the State" (Cambridge, 1945).

(19) Dice un autor que aboga por esta tesis: "deve intendersi per "costituzione" il "modo de essere o funzionare" delle struttura sovrana o, se si vuole, delle forze dominante", QUADRI, supra nota 42, p. 25 y en igual sentido sus escritos en "Natura del Diritto ed altri problemi" (Napoli, 1965) p. 348.

(20) Las constituciones escritas nacieron precisamente como una garantía de los ciudadanos contra el poder estatal; las constituciones, por lo tanto, se limitaban a establecer de manera estática una serie de derechos en favor de los ciudadanos. Tales derechos o garantías, por otra parte, constituían un límite al ejercicio del poder estatal por parte de sus detentadores. Es sintomático, en este sentido, el que en Inglaterra nunca se diera una constitución escrita, precisamente porque el poder monárquico no oprimió, como sucedió por ejemplo en Francia, al pueblo.

(21) Ha dicho un autor sobre el particular: "le Costituzioni moderne non si limitano invero a dire staticamente ciò che è il diritto, a "dare un ordine", ad una situazione sociale consolidata; ma, diversamente delle leggi usuali, stabiliscono e impongono soprattutto direttive e programmi dinamici di azione futura. Esse contengono l'indicazione di quelli, che sono i supremi valori, le ragioni, i Gründe dell'attività futura dello Stato e della società, consistono insomma, in molti casi, come incisamente usava dire Pietro Calamandrei, soprattutto in "una polemica contro il passato e in un programma di riforme verso il futuro", CAPPELLETTI, supra nota 1 p. 73.

(22) Sobre la interpretación constitucional, véase CARBONE, "L'interpretazione della norma costituzionali" (Padova, 1951); BELLAVISTA, "Sulla interpretazione costituzionale" (Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, Firenze 1969) tomo VI ps. 55-65 PIERANDREI, "L'interpretazione della Costituzione" (Studi in memoria de Luigi Rossi Milano 1952) ps. 457-524 GROTTANELLI, "Considerazione sulla attività interpretativa de la Corte Costituzionale" (Riv. Trim. Dir. Publ. 1963), ps. 675 y sgtes. PENSOVECCHIO LI BASSI "L'interpretazione delle norme costituzionale" (Milano, 1972).

(23) BETTI "Interpretazione della legge e degli atti giuridici" (Milano, 1949), p. 3.

bien el significado actual de la norma, teniendo en cuenta su posición dentro del sistema jurídico al que pertenece (24).

Con ello excluimos la posibilidad de que las normas constitucionales puedan ser interpretadas de manera enteramente discrecional, o sea de acuerdo con criterios de mera oportunidad.

Lo que realmente sucede es que la interpretación de las normas constitucionales difiere de la que se realiza en otros ámbitos del Derecho por el hecho de que su contenido es fundamentalmente político (25).

En otras palabras, el fin que persiguen las normas constitucionales —que por naturaleza es esencialmente político— condiciona la aplicación de los métodos hermenéuticos.

Los métodos tradicionales de interpretación y sus medios de expresión pueden ser empleados en diversas formas y dar resultados también diferentes. Por ello, en cada caso particular se deberán coordinar y ponderar unos y otros, para establecer cuáles deberán ser adoptados con preferencia en la "*fattispecie*" en examen.

En un régimen con constitución rígida, como la costarricense, una adecuada interpretación de las normas constitucionales —dentro de los límites establecidos por los principios fundamentales— puede desarrollar y actuar su contenido conforme a las exigencias históricas del momento, sin necesidad de recurrir al engorroso y complejo procedimiento de la revisión constitucional. Ello comportaría, como es obvio deducirlo, que se produjesen "*modificaciones tácitas*" a la Constitución (26) con el objeto de tratar de conciliar, hasta donde fuere posible, su normatividad con su normalidad (27).

Una actividad interpretativa adecuada de las normas constitucionales constituye una garantía de la propia Constitución, por cuanto tiende por una parte a salvaguardar el equilibrio del sistema y por el otro, hace posible el desarrollo y actuación efectivas de los valores contenidos en ella.

De todo lo anteriormente expresado, es fácil concluir que no todo juzgador está en capacidad de desarrollar la actividad de interpretación y actuación de las normas constitucionales. En efecto, un juez ordinario, por lo general acostumbrado a aplicar normas del Derecho común —las que casi siempre están exentas de valoraciones políticas— carece de la formación jurídico-política necesaria para realizar una ponderación adecuada de las normas constitucionales. En cierta forma, la actividad del juez constitucional es mucho más cercana, por la amplitud de sus repercusiones y por el valor y la responsabilidad de las decisiones que implica, a la actividad del legislador y del hombre de gobierno, que a la de los jueces ordinarios (28). Lo anterior, sin embargo, no nos debe conducir a la errada posición de considerar su actividad como discrecional, fuera de los cánones que informan la interpretación normativa.

Sintetizando, el juez constitucional debe ser un hombre altamente preparado en las disciplinas no sólo constitucionales, sino también en los campos de la política, de la economía y de la sociología, dado que la interpretación de las normas constitucionales exige un conocimiento profundo de la realidad jurídica, política, social, económica y cultural dentro de la cual ellas deben aplicarse.

5) El significado político, social y económico de la "judicial review of legislation":

En el mundo actual tan complejo y heterogéneo, cualquier actividad humana al mismo tiempo condiciona y es condicionada por las restantes manifestaciones del hombre; por ello, todo el haz de relaciones jurídicas que se generan en el ámbito de la vida estatal de una determinada comunidad, en mayor o menor grado, repercute sobre la realidad social, económica y política de esa nación. El control

(24) PIERANDREI *supra* nota 22, p. 446.

(25) Dice CARBONE sobre el particular: "l'interpretazione si conclude con l'esame del contenuto della norma al lume del principio fondamentale che caratterizza il regime politico... l'interpretazione delle norme costituzionali attributive di discrezionalità va fatta con un esame penetrante dell'orientamento politico vigente e della sua rilevanza sul regime politico", *supra* nota 22, ps. 43-6.

(26) Sobre el concepto de "modificaciones tácitas" a la Constitución a través de la interpretación de sus normas, véase PIERANDREI, "Modificazioni tacite della Costituzione" (Bologna, 1953), ps. 315 y sgtes.

(27) Sobre los conceptos de normatividad y normalidad y la necesidad de que ambos coincidan en las constituciones democráticas, véase HELLER, "Teoría del Estado" (México, 1955), ps. 264 y sgtes.

(28) CAPPELLETTI, *supra* nota 1, ps. 75-6.

sobre la legitimidad constitucional de las leyes, sin embargo, lo hace con mayor intensidad por todas las razones que analizaremos de inmediato.

a) Significación política de la "judicial review of legislation"

El control sobre la constitucionalidad de las leyes, como parte integrante de la justicia constitucional, constituye una garantía para los ciudadanos en los sistemas democráticos de gobierno.

En efecto, la "*judicial review of legislation*", en su tarea de desarrollar el "*principio de constitucionalidad*" —entendido ésto como control sobre la supremacía incuestionable de las normas constitucionales sobre los demás actos normativos del Estado— garantiza las posiciones jurídicas fundadas sobre las normas de rango constitucional. Ello conduce necesariamente a la conclusión de que la justicia constitucional —especialmente en su manifestación de la "*judicial review of legislation*"— viene a completar el edificio del "*Estado de Derecho*" (29).

En otros términos, el régimen político democrático se consolida plenamente con la justicia constitucional, ya que su existencia garantiza el principio de la efectiva distribución y control del poder político, que constituye su rasgo distintivo por antonomasia.

b) Significación económica y social de la "judicial review of legislation":

El control sobre la constitucionalidad de las leyes tiene gran importancia en el campo socio-económico.

En ciertas ocasiones nuestro instituto jurídico en examen puede servir como instrumento de equilibrio o de consolidación entre exigencias antagónicas, ya sean de naturaleza individual o social (30).

Otras veces, el control sobre la constitucionalidad de las leyes se convierte en un instrumento de actuación que concreta ciertas fórmulas programáticas de la Constitución, cuyo contenido es fundamentalmente de naturaleza socio-económica (31).

Así, por ejemplo, nuestro texto constitucional vigente, en sus coordenadas generales, sigue siendo el mismo de 1871, ya que las reformas introducidas en 1949 no alteraron su contenido ideológico de corte liberal. Por esa razón, es factible hablar con toda propiedad de un completo divorcio entre nuestra realidad social, económica y política y la mayoría de nuestras normas constitucionales. Es paradójico que un Estado intervencionista como lo pregona ser el costarricense de 1976, se esté todavía rigiendo por moldes constitucionales de hace cien años. En realidad, no basta vivir cronológicamente en el siglo XX, para estar a la altura de los tiempos.

Dada la timidez e incapacidad demostrada por nuestros políticos para remozar la Constitución vigente pareciera que la única vía realista para conciliar hasta donde sea posible y las circunstancias así lo permitan, la normatividad y la normalidad de nuestro ordenamiento constitucional, es mediante la interpretación evolutiva de nuestra Carta Política.

Sobre el particular veamos tres ejemplos de nuestra Constitución vigente:

- a) En primer término, creemos que una interpretación adecuada del artículo 33 podría transformar el principio de la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, en un principio verdaderamente operante. Lo importante, dentro de la concepción moderna del Estado, no es que sus ciudadanos sean formalmente iguales, sino que dicha igualdad se traduzca en realidades materiales y tangibles. Es obvio que una interpretación inteligente de tal artículo podría coadyuvar a que por otros medios dicho principio se traduzca en una realidad concreta.
- b) La famosa reforma agraria en Costa Rica jamás podrá ser llevada a la realidad, mientras se siga interpretando con criterio civilista el artículo 45 de nuestra Constitución;

(29) En este sentido PIERANDREI, voce "*Corte Costituzionale*" (Milano, 1962) ps. 884-5.

(30) La Corte Suprema de los Estados Unidos, interpretando algunas de las leyes dictadas a raíz de la política del "New Deal" de Roosevelt en los años 30, sirvió como contrapeso equilibrador a la tendencia izquierdista de la política económico-social del "Partido Demócrata" de aquella época y a las tesis ultraconservadoras de un sector de la opinión pública manipulada por el Partido Republicano. Sobre el particular, véase McCLOSKEY, "The American Supreme Court" (Chicago, 1960), ps. 174, 225.

(31) CAPPELLETTI, *supra* nota 3 p. 499.

c) Finalmente, el artículo 50 (32), convenientemente precisado e interpretado, podría ser el motor de importantes transformaciones en la estructura económica y social del país, mediante el establecimiento, por ejemplo, de una inteligente política legislativa en materia de incentivación económica estatal a las fuentes privadas de producción.

El Derecho, especialmente en el ámbito constitucional, debe ser concebido como instrumento de cambio socio-económico. Las normas constitucionales, en cierto sentido, son instrumentos jurídicos —que se encuentran en relación de medio a fin— al servicio del desarrollo económico y social del país (33).

En el fondo, el Derecho es una técnica de ingeniería social, en el sentido de que establece los marcos dentro de los cuales debe ser desplegada la acción política, social y económica del estado y los particulares.

En realidad, esta concepción instrumental del Derecho en relación con el desarrollo económico-social de un país se opone a los tradicionales planteamientos del Derecho.

En efecto, históricamente el derecho ha sido, como agudamente lo expresó Marx hace más de un siglo, la voluntad de la clase dominante. Precisamente por el hecho de que el ordenamiento jurídico de cualquier Estado es el producto de la voluntad de las fuerzas políticas dominantes en un determinado momento, es posible afirmar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales han sido un mero instrumento al servicio de los grupos sociales y económicos más fuertes para legitimar y consolidar sus privilegios.

Las constituciones liberales dentro de este mismo orden de ideas, han elevado a la categoría de normas supremas del ordenamiento, principios que obviamente sólo han favorecido a pequeñas minorías privilegiadas.

Por ello no es de extrañar que el Derecho, en numerosos círculos, sea considerado como el aliado por antonomasia de los grupos privilegiados y conservadores.

A pesar de lo que nos enseña la historia, creemos vehementemente que el Derecho debe ser concebido como "*una técnica sobre el problema*". El Derecho, por consiguiente, debe tratar no sólo de solucionar los problemas presentes que se someten a su conocimiento, sino fundamentalmente de prever las soluciones más adecuadas para los problemas futuros, todo ello dentro de la perspectiva del desarrollo económico y social del país y de la consolidación de los principios democráticos del régimen político.

Esta nueva "*actitud*" que propugnamos del Derecho podrá ser alcanzada fundamentalmente en el campo de la aplicación y de la actuación de las normas constitucionales, las que, como ya quedó claramente establecido líneas arriba, encarnan en su contenido los principios políticos, sociales y económicos directrices y supremos del ordenamiento jurídico de una determinada comunidad.

Sólo mediante la labor de interpretación evolutiva del juez constitucional será posible que el Derecho realice sus dos valores fundamentales: la justicia dentro de los marcos de la seguridad jurídica.

(32) Dice el artículo 50 de nuestra C.P.: El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

(33) Es innegable que las decisiones de la "Supreme Court" de los Estados Unidos han contribuido a traducir en realidades intangibles y concretas disposiciones como el "amendement XIII" de la Constitución, el cual consagra la abolición de la esclavitud. Los principales hitos de la igualdad racial han tenido origen en decisiones de la citada Corte Suprema, resolviendo recursos de inconstitucionalidad. Véase McCLOSKEY, *supra* nota 30, ps. 226-72.



LA APLICACION IRRESTRICTA DEL APREMIO CORPORAL QUE AUTORIZA EL ARTICULO 568 DEL CODIGO DE COMERCIO

Lic. Manuel Amador Hernández
Actuario Juzgado VI Civil

I. La interpretación de las normas que limitan el ejercicio de derechos.

Difundidas tesis doctrinarias consagran el principio —el cual muchas veces se da por supuesto— que todas aquellas normas que limitan a los individuos en el libre ejercicio de sus derechos deben interpretarse restrictivamente. Este postulado no solo es reconocido asimismo por la jurisprudencia, sino que también encuentra eco en disposiciones legales aisladas que lo recogen y que en alguna forma lo manifiestan (1).

El trasfondo ideológico de semejante principio se muestra evidente. En un régimen de libertad —presupuesto fundamental de cualquier ordenamiento jurídico— todo lo que esté destinado a coartar el comportamiento espontáneo, individual y colectivo de los hombres, tiende a violar, prima facie, el concepto básico que orienta al sistema: Libertas inaeestimabilis res est.

En estas condiciones entonces, toda norma que restrinja el libre ejercicio de derechos, o, a fortiori, la libertad como tal, tiene un carácter excepcional, y su interpretación debe efectuarse en la medida en que sea posible, reduciendo sus alcances y no ampliándolos, pues en este último evento, tiende a perderse aquella característica. Exceptio interpretationis est strictissimae.

II. El apremio corporal como institución restrictiva de características excepcionales.

Las normas que autorizan el apremio corporal restringen en la forma más drástica, el derecho a la libertad individual. Su imposición implica para el ciudadano de que se trate, una verdadera pena de prisión.

La institución tiene un carácter doblemente excepcional, dado que escapa al postulado constitucional que de hecho es de excepción según el cual, nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito. También escapa cuando procede, al postulado del mismo orden, general en este caso, de que nadie puede ser reducido a prisión por deudas.

El apremio corporal entonces, limita el derecho a la libertad y tiene un carácter excepcional. Consecuentemente y de acuerdo con lo establecido en el punto anterior, las normas que lo instituyen deben interpretarse restrictivamente.

(1) No incluiremos en lo que sea posible citas doctrinarias, jurisprudenciales y legales, en primer término porque las referencias a ellas están confiadas a la memoria, y en segundo lugar, para evitar sus análisis pormenorizados y hacer más ágil este trabajo.

III. El apremio corporal que autoriza el artículo 568 del Código de Comercio.

El artículo 568 del Código de Comercio dispone: *"El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá prevenir al deudor que presente las cosas objeto de ejecución, a fin de hacer una inspección o para tenerlas a la vista a efecto de que los posibles postores puedan examinarlas. Si por su naturaleza no pudieren ser trasladadas al juzgado, podrá el tribunal ordenar la inspección en el lugar donde se hallen, y si lo considera conveniente, que el remate se verifique en ese mismo lugar. La ocultación de los bienes o la rebeldía del deudor a ponerlos a la disposición del tribunal cuando este lo ordene, dará lugar al apremio corporal, que se mantendrá por todo el tiempo que no se cumpla lo ordenado, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1002 y 1003 del Código Civil"*.

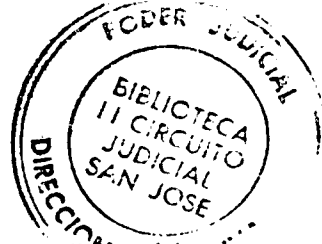
La disposición en su último párrafo resulta un tanto confusa. Dado que el remate o la inspección deben llevarse a cabo a una hora y fecha determinadas, y que por tratarse de hechos irreversibles el incumplimiento se produce *"ipso facto"*, parece que no existe forma de subsanar la falta. Sin embargo, en los casos en que se ha ordenado la exhibición de los bienes en el despacho, la jurisprudencia sentada por tribunales de primera instancia —en lo que conocemos— ha obviado la oscuridad de la norma afirmando, que el apremio corporal debe levantarse en el momento en que el prevenido los exhiba, sin importar la hora ni la fecha en que lo haga. Como se ve, esta es una forma acertada de interpretación restrictiva que aclara el sentido de la norma. No obstante, aún queda algo por precisar: ¿qué sucede si la inspección debí de realizarse, o el remate se hubiera llevado a cabo donde los bienes tenían que encontrarse, pero el deudor los ocultó? Recuérdese que estas diligencias se celebran fuera del despacho, en virtud de que aquellos por su naturaleza no pueden ser trasladados. En estas circunstancias, ¿en qué momento cabe estimar que el prevenido cumple?; y lo más importante quizás: ¿cómo se efectúa el cumplimiento? Para estos interrogantes la ley no señala respuesta y por consiguiente, corresponde a la jurisprudencia adoptar las soluciones que estime más beneficiosas para el deudor. En el caso de la primera diligencia apuntada, nos parece que la mejor solución posible es que aquél manifieste al juez que los bienes se encuentran en su lugar debido, y que los pone a su orden a efecto de que los inspeccione. Una vez que esto suceda, deberá levantarse el apremio si ya se ha decretado. En el caso de la segunda diligencia, creemos que la solución es que informe al juez que aquellos se encuentran en su lugar a efecto de que se constate ese hecho. Ahora bien, como esto no implica en el fondo más que una cuestión de prueba, dado la gravedad y premura del asunto, estimamos que esta puede suplirse mediante acta notarial por ejemplo, o recurriendo a otros medios idóneos cuya evacuación puede efectuarse inmediatamente sin necesidad de que se haga señalamiento ni de que se convoque a la otra parte. Las razones que fundamentan esta posición son de suma importancia: hay un interés público de por medio; se trata del derecho a la libertad que consagran normas de rango constitucional —*"per se"* de orden público—. Empero, en estas cuestiones el juez debe actuar con mucha prudencia. La ocultación de los bienes como lo veremos, es un hecho muy grave; actitudes semejantes están previstas como delitos en nuestras leyes penales. Consecuentemente, en las soluciones prácticas que se den, debe evitarse hasta donde sea posible que los deudores incurran en una verdadera burla a las obligaciones que les imponen los tribunales, de conformidad con el artículo transcrito.

A. El primer párrafo de la norma.

Contra el deudor en la ejecución prendaria de acuerdo con el primer párrafo de la norma y por disposición del tercero, se puede decretar el apremio cuando incumple la obligación impuesta por el tribunal de exhibir los bienes a efecto de practicar una inspección ocular, o para que los tengan a la vista los postores.

En nuestro criterio, la inspección ocular tiene como finalidad primordial que el juez examine y constate el estado de lo pignorado, a efecto de dar cierta seguridad a los posibles postores para que se inclinen a ofrecer. Esta posición podría considerarse discutible; se le haría la objeción de que los presuntos oferentes si no son abogados, no están facultados para examinar el acta de la diligencia. Sin embargo, estimamos que el juez si algún interesado lo solicita, debe dar lectura a esa acta en el momento del remate. De lo anterior no debemos dudar, si tomamos en cuenta que el objeto primordial de la ejecución es, precisamente, la venta pública.

Consecuentemente con lo expresado, la inspección debe efectuarse antes que la subasta. La misma



razón nos lleva a afirmar que si en el proceso no se ha señalado fecha para esta última, aquella no debe ordenarse, pues ello daría base para que se iniciaran ejecuciones prendarias cuyo fin para los actores sería, no que se celebre la subasta para hacerse pago de sus créditos, sino, compeler a sus deudores a cancelar las obligaciones respectivas por medio del apremio corporal. Esa diligencia se da en función al objeto inmediato y primordial de la ejecución, a saber, la almoneda. En consecuencia, si no hay señalamiento para esta, aquella no debe ordenarse.

Ahora bien, la obligación de exhibir los bienes para que los postores los examinen, debe cumplirse en el momento de la subasta y así hay que ordenarlo. Parece lógico, tal como sucede en prácticas de remates extrajudiciales, que ese examen deba efectuarse antes y no en ese acto, pues como por lo general requiere cierto tiempo, resulta prácticamente imposible realizarlo, en virtud de la rapidez con que se lleva a cabo la venta. Empero, refiriéndose el párrafo en comentario a "*posibles postores*" y como la calidad de tales en nuestro criterio, la confiere la participación expectativa en la almoneda, tendremos que colegir que aquella obligación debe cumplirse en el acto indicado. Refuerza este punto de vista, el hecho de que si la obligación se ordena cumplirla con anterioridad a la fecha del remate, nadie puede asegurar que las personas que se presenten a examinar los bienes serán en efecto posibles postores y no meramente curiosos. En todo caso, nos parece, que no hay obstáculo que imposibilite al juez para antes de que se inicie la lectura del edicto, conceder unos minutos al menos para que se realice ese examen y comprobar entonces, dado la inmediatez de la venta, aquella calidad mencionada.

De acuerdo con una tesis jurisprudencial, el juez tiene la potestad de ordenar la presentación de los bienes para que los vean los postores y para efectuar la inspección. Esto se infiere sin lugar a dudas de un extracto de una resolución publicada en un Boletín Judicial que literalmente dice: "*Si ciertamente el apremio corporal del demandado no procede por la razón de no haber exhibido él mismo los bienes en el acto del remate, pues en este no hubo postores, sí procede el apremio respecto del incumplimiento de presentación de los bienes pignoralados en la misma hora y fecha señaladas para el remate, para los efectos de que el respectivo funcionario realice una inspección ocular de ellos*"

Como podrá observarse, esta posición excede los límites estatuidos por el párrafo que analizamos. En efecto, ningún tribunal está facultado legalmente para, bajo pena de apremio corporal, prevenir al deudor la presentación de los bienes a la hora del remate a fin de que los examinen los postores, y también —ya sea incluso en fecha diversa— para realizar una inspección sobre ellos. Esto constituye en nuestra opinión, desatender el verdadero papel gramatical que en la oración en estudio juega la "o" situada entre "*...a fin de hacer una inspección...*" y "*...para tenerlos a la vista a efecto de que los posibles postores puedan examinarlos*". La "o" según la define la Real Academia Española, para lo que interesa en estos apuntes, es una conjunción disyuntiva, es decir, un término que uniendo dos proposiciones indica que hay que decidirse por una de ellas. Darle a esta letra el carácter de una conjunción copulativa —producto quizás de la confusión que produce su carácter aunque alternativo, inclusivo— no solo nos parece desacertado gramaticalmente, sino también en este caso, legalmente. Nos preguntamos: ¿si el legislador lo que quiso era permitir que se dieran ambos efectos o cada uno de ellos independientemente, por qué no utilizó simplemente la "y", o bien, una fórmula que a menudo emplea como la "y/o"? El problema nos parece que no tiene vuelta de hoja; el juez debe escoger entre una y otra solución; la más favorable al deudor, diremos nosotros. Además de lo dicho, existen otras consideraciones: como lo hemos expuesto, la inspección tiene por objeto asegurar a los posibles postores en la inversión que pretenden hacer. Ahora, si se ha prevenido la presentación a la hora del remate para que aquellos realicen su examen, y —ya sea incluso en fecha diversa— para que el juez proceda del mismo modo, ¿no podría alegar el prevenido con justa razón que una de las prevenciones está sobrando? Si las obligaciones tienen que cumplirse en diferentes fechas, ¿no reclamaría también que se le obliga a incurrir en un doble gasto de traslado?

Ahora bien, cuando al remate no se presentan postores, la jurisprudencia ha establecido acertadamente —como se nota en el extracto transcrito— que no puede decretarse el apremio corporal toda vez que, la finalidad de la prevención es que al tener aquéllos a la vista lo pignorado, se inclinen a comprarlo. No habiéndose presentado oferentes esa finalidad no se da, y por ende, la prevención es intrascendente. Lo mismo es posible afirmar sin lugar a dudas —esto lo decimos nosotros— si algún postor compra lo pignorado, o si el acreedor como tal lo hace, o si en el caso de que habiendo asistido oferentes a la subasta que no hacen postura, aquel pide posteriormente que se le adjudique. La prevención tiende a garantizar el

resultado de la venta. Si esta se produce a pesar del incumplimiento o se da el último evento citado, cabe aseverar, que aquel es intrascendente, y no debe originar sanción alguna ya que el adjudicatario de hecho, y no obstante pida que se decrete, lo ha liberado de ella. Respecto a esta última solución que hemos agregado, ciertos criterios jurisprudenciales se muestran reacios a considerarla y a aceptarla. A manera de ilustración veamos un caso concreto: los bienes fueron embargados y se nombró depositaria judicial a una tercera persona. Se celebró el remate y el acreedor se presentó como oferente, pero manifestó que no hacía postura por no haberse exhibido lo emprendado. Pidió luego que se decretara el apremio corporal por este hecho, y así —inexplicablemente— se ordenó. Habiendo apelado el demandado alegando que los bienes no estaban en su poder, el tribunal de alzada confirmó el auto respectivo. Posteriormente el actor pidió que los bienes se le adjudicaran y así se hizo. En virtud de estos antecedentes se dejó luego sin efecto la sanción. Sin embargo, el actor apeló y el superior en grado, aduciendo que la adjudicación en nada modificaba las circunstancias bajo las cuales se impuso el castigo, revocó el auto que lo levantó.

De acuerdo con nuestras consideraciones anteriores, si la subasta no se realiza o si en ella no se presentan postores, quizás nos sentiríamos tentados a pensar que tampoco se puede decretar el apremio corporal, si la inspección no se llevó a cabo por no haber cumplido el deudor con la prevención de exhibir lo pignorado. Pero esto significa razonar sin acierto. La diligencia la realiza el juez no los postores. El apremio es el castigo a la rebeldía del prevenido de exhibir lo pignorado al funcionario respectivo para su examen. En consecuencia, su imposición en el caso analizado, no puede dejarse sujeta a que la subasta se realice o no, o a que en ella, en el primer evento, se presenten o no postores. Para ningún deudor debe significar lo mismo una obligación cuyo cumplimiento se realiza respecto a posibles postores —simples civiles (dicho sea sin ninguna connotación despectiva)— que respecto al juez —ciudadano revestido de autoridad—. Ahora, el hecho de que el señalamiento para el remate sea condición para que la inspección se ordene, no quiere decir que su no realización o la no presentación de postores anule el incumplimiento, pues como se ha dicho, este se configura respecto al juez, y no respecto a aquellos.

La solución jurisprudencial que hemos señalado al principio del párrafo trasanterior, ha provocado que los litigantes recurran a postores ficticios, sea, a personas que se presentan a la subasta y manifiestan que no hacen postura debido a que no han podido examinar lo pignorado y que sin embargo, su intención verdadera no es comprar o adjudicarse los bienes, sino que luego, se decreta el apremio corporal por la no exhibición. Evitar estas "*justas deslealtades*" en la ejecución prendaria es muy difícil. El juez o alcalde no puede basarse en una mera impresión personal, ni tampoco está facultado legal, ni quizás técnicamente (sicológicamente) para hurgar en la interioridad del "*postor*" su verdadera intención. A lo más que se puede llegar es a constatar en todos los casos si porta el dinero para el depósito. Si previamente lo ha efectuado, la situación se presenta más clara: ello parece evidenciar una verdadera intención de adquirir. Si solo la parte actora se presenta a hacer postura el problema continúa el mismo, ya que conforme al artículo 470 del Código de Procedimientos Civiles, no está obligada a hacer depósito previo. Igual pasa cuando se ha autorizado a terceras personas para que participen en la subasta sin necesidad de hacer el depósito. En estas situaciones, no se vislumbra solución posible tendiente a evitar el abuso del apremio corporal.

B. El segundo párrafo de la norma.

De acuerdo con el segundo párrafo de la norma y también por disposición del tercero, puede decretarse el apremio corporal contra el deudor cuando oculta lo pignorado, en el caso de que la inspección y, o el remate, se hubiere ordenado efectuarlos en el lugar donde aquello debe hallarse.

Cuando por la naturaleza de lo emprendado no es posible trasladarlo, el tribunal puede ordenar inspeccionarlo en el lugar donde se encuentra y si lo considera conveniente, que el remate se verifique en ese mismo sitio. En ambos casos o en cualquiera de ellos, la ocultación de los bienes dará lugar al apremio corporal. En cuanto a la segunda diligencia, la sanción no se sujeta a la existencia o no de postores. La posibilidad de imposición del castigo en los dos casos se da, porque en el párrafo en comentario la "*o*" del primero no se repite, sino que se sustituye con una "*y*" situada entre "*...podrá el tribunal ordenar la inspección en el lugar donde se hallen...*" y "*...si lo considera conveniente, que el remate se verifique en*

ese mismo lugar". Todo lo anterior tiene explicaciones obvias. Realizar la inspección y el remate en el despacho, si se hacen en fechas diversas, ocasiona como ya se ha dicho un doble gasto de traslado al deudor. Por este motivo, además de los otros que hemos enunciado más atrás, solo para cualquiera de esos efectos debe ordenársele la presentación. En cambio, en los casos del segundo párrafo de la norma, el demandado no tiene ningún gasto de traslado de esa naturaleza. Además, no es la rebeldía del deudor a exhibir lo emprendado en el despacho lo que se castiga, sino, una actitud de por sí bastante grave que por ser maliciosa, podría implicar en cierta medida un *"animus necandi"*. En los casos del primer párrafo se pena una omisión que no se sabe si es intencionada o no, en los del segundo, una acción que por sí misma es maliciosa, es decir, una acción que demuestra intención dolosa civil.

IV. La imposibilidad de cumplir la prevención y un supuesto obstáculo formal para alegarla.

Cuando el deudor no puede cumplir con la prevención impuesta por el juez de exhibir los bienes en el despacho, o cuando no los tuviere en el lugar donde deban de permanecer y se hubiere ordenado celebrar ahí la inspección y, o el remate, puede alegar la causa justificante por la vía incidental.

Se ha creído que el artículo 565 del Código de Comercio que en lo que interesa dispone: *"La acción será sumarisima. El juez o alcalde, si estuviere comprobado el derecho y personeria del ejecutante, señalará día y hora para el remate de los bienes... En el juicio no se admitirán incidentes ni excepciones, salvo que se trate de la de pago comprobado por escrito..."*, cierra el paso a todo género de incidentes. Esta tesis ha dado razón para desestimar algunas incidencias de imposibilidad de cumplimiento. Sin embargo contrariándose el principio en otros casos, se han declarado procedentes idénticas articulaciones. Esta situación ha provocado que la jurisprudencia que tal afirma, haya sido hasta cierto punto casuística, lo cual, como podrá comprenderse, significa legislar, haciendo perder a la ley el carácter de generalidad que le es propio.

En todo caso, el criterio según el cual el artículo 565 citado *"cierra el paso a todo género de incidentes"*, en opinión del que esto escribe, no es exacto. En el juicio prendario están renunciados los trámites del ejecutivo simple por disposición de la propia ley, y refiriéndose aquella norma a la acción propiamente, así como a la excepción de pago, nos parece evidente que lo que en definitiva se restringe es el número de defensas que puedan oponerse en el proceso. Por ello es que establece ese artículo como obligación del juez, comprobar el derecho y la personería del ejecutante. Toda defensa en el fondo tiende a frustrar el derecho del actor. Ahora, si el juez debe comprobarlo, de hecho su labor se adelanta solucionando a priori cualquier futura discusión en ese sentido. Podría pensarse que aquello sucede en otros procesos como en los ejecutivos simples o en los desahucios, los cuales ostentan también el carácter de sumarios. Sin embargo, en estos asuntos, se da una diferencia práctica: la posibilidad de discutir ese derecho. En la ejecución prendaria solo caben las excepciones de pago y prescripción, en cambio, en los procesos citados, a pesar de que el juez les haya dado curso, la parte demandada puede oponerse alegando la no existencia o modificación del derecho del actor, esgrimiendo las más variadas defensas.

No obstante, la afirmación jurisprudencial que comentamos al fin y al cabo no es tan absoluta. Los mismos tribunales que la mantienen han admitido y acogido en los procesos prendarios incidentes de prescripción. La razón salta a la vista: por ser la prescripción una forma de extinción de las obligaciones y por ende del derecho del acreedor que solo puede ser declarada a petición de parte, mal harían los tribunales en desecharla. Como se ve entonces, la proposición de que el artículo 565 aludido *"cierra el paso a todo género de incidentes"* es de suyo, bastante relativa y debido a ello, y en vista de su pretendido carácter general y universal, también bastante imprecisa.

Las razones anteriores en cuanto a la limitación de las defensas, cobran quizás mayor relevancia si se toma en consideración, que los certificados de prenda o los documentos en que constan los negocios prendarios son títulos con gran capacidad circulatoria; y que, como consecuencia de la redacción de la norma susodicha, se protege a los nuevos tenedores al evitarse que puedan oponérseles incidentes o excepciones basados en las relaciones personales del deudor con los anteriores dueños del título. En este sentido nos parece, que el legislador confirió a esos documentos cierta autonomía, como sucede con más

propiedad en tratándose de los títulos valores. La transmisión por endoso creemos, es prueba de esa capacidad circulatoria que hemos afirmado.

Ahora bien, restringiéndose el número de defensas oponibles, las que en muchos casos por su naturaleza parecen más propias de resolverse en una sentencia y no en un simple auto que se pronuncie sobre la procedencia de un incidente, el juicio se hace más expedito, se evitan los engorrosos entrambamientos probatorios que afectan a otros procesos, y el objeto primordial de la acción, sea la subasta pública, se realiza sin mayores contratiempos.

Entonces, estimamos que no es acertado creer que no puedan tramitarse en la ejecución prendaria, incidentes de nulidad de actuaciones, de pérdida o extravío de lo emprendado, y desde luego, claro está, de imposibilidad de cumplimiento de la prevención, cuyos hechos fundamentales no nacen propiamente de las relaciones entre acreedor y deudor, ni asumen tampoco las características de una defensa en el sentido apuntado.

V. El concepto de obligación.

En un sentido general, obligación significa una exigencia que debe cumplirse; el deber de hacer o no hacer algo al que no necesariamente se adscribe un correlativo derecho específico pero que aun existiendo carece del poder suficiente como para hacerse efectivo. Así entonces, en caso de incumplimiento, la obligación no puede cumplirse forzosamente y la posibilidad de indemnizaciones para algunos casos con ocasión de ella se debe, a su violación como acto ilícito que es, provoca el nacimiento de una nueva obligación en la que sí se advierte perfectamente, un derecho subjetivo al resarcimiento.

En un sentido restringido, la noción es el deber jurídico que implica necesariamente un correlativo derecho subjetivo, de crédito o derivado, tendientes a cumplir y a que se cumpla, respectivamente, una determinada prestación. Muestra la obligación aquí tres aspectos: un deber, un derecho y un objeto en torno al cual aquellos se dan. El incumplimiento del deber viola al derecho y entonces su titular puede hacer efectiva la garantía que acompaña a aquel y a la cual se une indefectiblemente. En este caso el acreedor se orientará contra el patrimonio del deudor, no solo a efecto de lograr el cumplimiento forzoso, si ello es posible, o bien por equivalente, sino también para resarcirse de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado con el incumplimiento.

Como se ve, los puntos comunes y de diferencia en ambas acepciones, son precisamente, las ideas del deber y del derecho, respectivamente.

A la segunda acepción citada muchos autores la han llamado obligación en "*sentido técnico*", y han creído algunos que su nota característica predominante es la de ser contraída voluntariamente por dos personas. Ambos criterios los estimamos desacertados. En el orden jurídico no solo existen este tipo de obligaciones sino también, las que hemos referido en sentido amplio y a las cuales aquellas pertenecen. Hablar del segundo concepto como si lo fuera en "*sentido técnico*", parece denotar que la obligación en sentido amplio no forma parte del lenguaje técnico jurídico, lo cual es un error. Ciertamente que autores como Puig Peña, Díez Picazo, Ruggiero, Larenz, Barassi y el mismo Pothier, para citar unos cuantos, cuando se refieren a esa noción lo hacen partiendo de la perspectiva del derecho de obligaciones, donde la autonomía de la voluntad en la creación de vínculos jurídicos juega un papel predominante. Sin embargo, no debemos olvidar que aun en esta rama jurídica, se dan las obligaciones naturales, en las que, a pesar de poderse considerar que existe un derecho subjetivo —muchos autores sostienen que no lo existe— el mismo se encuentra, válgasenos la expresión, frustrado para hacer cumplir el deber en forma específica y mucho menos por equivalente. Tampoco debemos olvidar que asimismo se analizan en esa especial disciplina jurídica, sobre todo en lo que a materia extracontractual se refiere, las obligaciones de prudencia y diligencia sintetizadas por el principio *alterum non laedere* o *neminem laedit*, en las que no se puede afirmar la existencia de un derecho subjetivo definido. Las obligaciones referidas no lo son en sentido restringido o específico y en consecuencia, para los autores citados, no lo son tampoco en "*sentido técnico*". No escapa asimismo al análisis de esa dogmática, las obligaciones en que se incurre a menudo a pesar de no existir el menor rasgo de una voluntad y ni siquiera de un error de conducta dirigido a ese

efecto, como son aquellas que crea lo que se ha dado en denominar un tanto paradójicamente a partir del último tercio del siglo pasado, la "*responsabilidad objetiva*".

VI. Las obligaciones ex contractus y ex lege.

Las obligaciones ex contractus están modeladas de conformidad con el interés de las partes. El contrato da la pauta para su delimitación y alcances, así como para la configuración de su incumplimiento, y en muchos casos también, para la forma y la extensión de la sanción a este.

Es posible que la ley configure una serie de obligaciones que a pesar de su origen y de que no estén contempladas expresamente ni se haga alusión a ellas en el convenio, se tienen como verdaderas obligaciones ex contractus. Este constituye al menos, la fuente de su eficacia. Lo anterior se da en virtud de que, en cuanto a los contratos se refiere, la ley encuentra su razón de ser en la "*especie fáctica*". Quizás la preposición latina "*ex*" que denota procedencia no se nos aparece acertada, pero debemos de tener en cuenta que el valor de la ley se da en estos casos, en función al contrato mismo. Aquellas obligaciones son para llamarlas de algún modo, ex contractus ministeri legis.

Las obligaciones contractuales, incluso aquellas que la ley le integra, tienen que satisfacerse de acuerdo con la actividad prevista por las partes, es decir, conforme al grado de diligencia que para el cumplimiento se haya fijado. Así entonces, rigen respecto a ellas las causas justificativas del incumplimiento que se hayan convenido. A falta de pacto regirá, la voluntad implícita o bien, las normas legales aplicables al contrato.

Cuando los hombres en su vida diaria celebran contratos, las obligaciones que convienen o las que la ley adscribe a esos actos jurídicos lo son en sentido restringido; presentan lo que en realidad podría considerarse una triple composición dialéctica: de un lado el deber del deudor, de otro el derecho del acreedor, y finalmente la prestación a que ambos se refieren y en la cual se sintetizan. Es posible que el contrato cree obligaciones que no presentan un derecho subjetivo, pero esto no dejaría de ser verdaderamente inaudito. Así pues, el incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales viola al derecho de crédito y origina por tanto, obligaciones resarcitorias que se rigen de acuerdo con las normas que reglamentan la responsabilidad civil en esa esfera. Ocasionalmente a esta sanción se puede acompañar alguna de otro tipo por disposición legal. Pero esto es excepcional. Véase en este sentido por ejemplo, el artículo 548 del Código de Comercio que autoriza como pena a la omisión de pago, cuando el deudor vende los frutos pignorados, el apremio corporal.

Es posible en materia contractual, que la ley establezca obligaciones que no se adscriban al contrato, y que si bien este tiene que existir para que se puedan dar, lo cierto del caso es que no se trata más que de una "*conditio sine qua non*", que no tiene la virtud de modelarla ni de delimitar sus alcances y consecuencias, excepto claro está, en caso de pacto lícito en contrario. En otras palabras, si bien el contrato es requisito para que estas obligaciones se den, no constituye su fuente en el sentido apuntado con anterioridad, y por ende, no es la relación contractual ni las normas legales de este tipo las que las definen. Esto sucede cuando esas obligaciones no lo son en sentido restringido. Solo la ley crea obligaciones o deberes generales o particulares a los que no se adscribe un derecho subjetivo específico. De ahí que su incumplimiento no esté regido por las normas que reglamentan la responsabilidad contractual, pues por no existir ese derecho de crédito, el incumplimiento de esos deberes no lo garantiza a favor de acreedor alguno, el patrimonio del deudor. Por otra parte, aquel acto ilícito no siempre es capaz de originar obligaciones resarcitorias y corresponde, única y exclusivamente al ordenamiento jurídico fijar la sanción respectiva. A este tipo de obligaciones que origina la ley con ocasión de un contrato, podemos, calificándolas, llamarlas, "*ex lege strictu sensu*", a fin de diferenciarlas de aquellas otras que también crea y que hemos llamado "*ex contractus ministeri legis*".

VII. Las obligaciones del artículo 568 como "*ex lege strictu sensu*".

La disposición que origina este trabajo establece que las obligaciones a que se refiere y por ende la sanción correspondiente, pueden ser impuestas de oficio —con lo que se denota su carácter "*ex lege*—" o a

petición de parte. Lo lógico es que si son "*ex contractus ministeri legis*," solo en este último evento se impongan. A pesar de ello en la práctica, los tribunales solo cuando se lo piden las decretan. Esto no quiere decir que este pedido sea vinculante para el juez, pero como todo en el derecho, la negativa a acceder debe ser fundada razonablemente, y no ser el producto de un mero capricho. Haciendo un parangón que quizás no se nos aparece como muy aceptable, se puede decir que en materia penal la solicitud del acusador para que se ordene la detención del imputado no es vinculante; empero, si existen indicios comprobados de la delincuencia y de su atribución a este, el tribunal no debe desatender el pedido, pues en todo caso está obligado aun sin el requerimiento, a decretar la detención.

En la experiencia diaria nos queda la impresión de que gran número de litigantes ven en las obligaciones del artículo de repetida cita, características "*ex contractus*", y entonces, el apremio se les presenta como una sanción también de tipo contractual. Pero esa norma, lo que contiene son obligaciones "*ex lege strictu sensu*", dado que no solo las modela sin que el contrato las pueda variar, excepto eliminarlas con beneficio del deudor, sino que la consecuencia de su incumplimiento se reduce únicamente a una pena que la misma ley estatuye. Recuérdesse además que por disposición del artículo 1005 del Código Civil, la autonomía de la voluntad no está facultada para imponer como sanción al incumplimiento contractual, el apremio corporal. A las razones trasanteriores podría hacerse la objeción de que hay ciertos incumplimientos de obligaciones *ex contractus* a los que la ley impone esa pena, como es el caso del artículo 548 que más atrás hemos citado. Pero es que, acompañando a las precitadas, hay otras más importantes. Podemos preguntarnos: ¿el deber de exhibir o de no ocultar los bienes pignorados implica un correlativo derecho de crédito? Admitamos aunque no la creamos una respuesta afirmativa. Siendo así, ¿ese elemento constitutivo está representado única y exclusivamente como el derecho del acreedor a que el deudor exhiba o no oculte los bienes? Evidentemente sí, pues cualquier otra pretensión tiene que variar en ese mismo sentido el correlativo deber, pero este, se mantiene el mismo. Ahora, en buena técnica ¿equivale eso verdaderamente a un derecho de crédito?; ¿no es cierto que cuando el proceso se inicia es porque el incumplimiento contractual ya se ha producido con anterioridad? Consecuentemente, ¿implica la desobediencia al deber que el juez impone una verdadera violación a un derecho de crédito y un incumplimiento contractual? No lo creemos. Es factible que esa actitud haga perderse una buena posibilidad de venta y de que el actor se pague su crédito, pero esto no deja de ser verdaderamente hipotético. Además, esta situación lo que provoca lejos de una violación al derecho de crédito —lo que ya se dio— es retardar el cumplimiento forzoso; retardo este que al fin y al cabo también se toma en cuenta al fijar la extensión de la indemnización —intereses en la mayoría de los casos— cuya procedencia previamente al incumplimiento de aquel deber ha quedado clara.

La tesis que hemos criticado al principio del párrafo anterior, nos parece que en cierta forma ha sido originada por posiciones jurisprudenciales bastantes reiteradas, de las que tenemos como uno de sus antecedentes, por lo menos hasta donde nuestro conocimiento alcanza, una resolución del año 1967 dictada por el extinto Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, la cual literalmente dispuso:

"CONSIDERANDO: I.— Que con el documento que presentó el ejecutado... para fundamentar su petición de que se revoque el auto que decretó el apremio corporal por su renuencia a entregar el vehículo adjudicado a la Compañía actora, solo se comprueba que dicho vehículo sufrió un accidente en Nicaragua y fue recogido por empleados de la Compañía Nacional de Seguros de aquel país, que lo tiene en su poder. De esas demostraciones únicamente puede inferirse que el vehículo sufrió daños, más no que se destruyera totalmente y menos en circunstancias que impliquen caso fortuito o fuerza mayor, que coloquen al pignorante señor... en imposibilidad absoluta de entregarlo a la Compañía adjudicataria, relevándolo de su obligación de entregarlo. Doctrina de los artículos 633 y 702 del Código Civil, y número 1001 inciso 1o. 1351 y 1360 del Código Ibidem y 537 párrafo final del Código de Comercio. II.— Que tampoco de los hechos daños en el vehículo pignorado por el señor... no se debiera a imprudencia, negligencia o falta del conductor, o que obedeciera a caso fortuito o fuerza mayor que releven al señor... (pignorante) de responsabilidad en tales daños; por lo que si responde de estos en confor-

midad con el artículo 537 del Código de Comercio, está obligado a traer el vehículo de Nicaragua y repararlo para cumplir su obligación de depositario legal de entregarlo a la compañía adjudicataria, la que no tiene por qué ser afectada en sus derechos con los problemas que pueda tener el pignorante... con la compañía aseguradora nicaragüense que recogió y mantiene en su poder el vehículo, con mayor razón si se tiene en cuenta que el deudor... estaba obligado a asegurar el vehículo y no lo hizo... Por tanto: Se revoca la resolución apelada" (la que levantó el apremio).

Aunque esta resolución se refiere a un caso diverso al que venimos estudiando, pues se trataba de un asunto en el que el Tribunal ordenó el apremio corporal —o su mantenimiento— contra un deudor prendario por la no entrega del bien a la persona adjudicataria —tesis esta que luego con mucho acierto varió ese mismo Tribunal al considerar que el Código de Comercio no convierte a aquel deudor en depositario judicial de lo emprendado, y que en consecuencia no se le debe aplicar el artículo 1001 del Código Civil— la citamos porque en el fondo, la solución también se ha dado idéntica en los casos de las obligaciones que analizamos. En efecto, se ha dicho reiteradamente que solo se considera que hay imposibilidad de cumplirlas, en los casos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 537 del Código de Comercio que literalmente dispone: *"El deudor conservará, en nombre del acreedor pignoraticio, la posesión de la cosa empeñada, asumirá las obligaciones y responsabilidades de un depositario, y responderá por los daños que sufran las cosas y que no provengan de caso fortuito, de fuerza mayor o de la naturaleza misma de los objetos. Servirá como prueba del depósito, el documento o certificado que acredite la constitución de la prenda o la certificación del Registro de Prendas"*. Pero, como se observa, la norma transcrita lo que reglamenta son las causas justificativas del incumplimiento de la obligación ex contractus ministeri legis de depositario de lo emprendado que asume el deudor, y cuyo incumplimiento como es sabido, solo da lugar al nacimiento de obligaciones indemnizatorias. Aplicar ese artículo para modelar la desobediencia injustificada de los deberes cuyo estudio nos ocupa, y el 633 y 702 del Código Civil que en lo que interesan se refieren únicamente a las obligaciones contractuales y a su insatisfacción ilícita, lo consideramos un equívoco.

Modernamente en el terreno de la responsabilidad contractual, estamos asistiendo a una verdadera conmoción de los pilares fundamentales de la teoría del incumplimiento y la responsabilidad civil que origina. Antes de producirse ese hecho ilícito, el deudor puede en algunos casos demandar la rescisión o la revisión del contrato cuando se pierde la equivalencia de las condiciones o cuando, desde el pacto mismo, se le infiere una lesión grave en su patrimonio. El principio clásico consagrado por el aforismo latino *pacta sunt servanda*, que en cierta medida significó la imposibilidad de volver sobre lo acordado sino que el deudor debía cumplir con ello aunque le perjudicare gravemente, se resquebraja, ante el avasallador avance de criterios doctrinales, jurisprudenciales y legales, que confieren la posibilidad de revisar y rescindir el convenio.

El caso fortuito, la fuerza mayor, el natural perecimiento de la cosa y el hecho del acreedor, no son hoy en día las únicas causas que permiten conmover las disposiciones contractuales otrora sagradas. Incluso, las concepciones mismas de lo fortuito y de la fuerza mayor —cuando no se las considera como sinónimas— se han visto modificadas en algún grado al incluir en ellas parte de la doctrina, casos como el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, la urgencia, etc., cuyas fuerzas compulsoras a menudo no se nos presentan tan definitivamente inexorables.

Si todo lo anterior sucede en la responsabilidad contractual cuyo objeto primordial es la obligación resarcitoria, la cual autorizada doctrina moderna sostiene que no tiene carácter de sanción, nos parece que con razón de más debe darse en el caso de castigos de tipo penal, y asimismo a fortiori, cuando el trasfondo de esas sanciones sea una cuestión de índole patrimonial.

El párrafo del artículo 537 que hemos transcrito se refiere en resumidas cuentas en el fondo, a que el deudor responde ante el acreedor de los daños y perjuicios que este sufra en virtud de que aquel descuide sus deberes como depositario de lo emprendado. Ahora bien, ¿en qué forma se manifiesta el objeto primordial de esa responsabilidad sino como una obligación resarcitoria?

Pero en todo caso, si de acuerdo con lo que hemos expuesto al principio de estos apuntes, las normas que restringen el ejercicio de derechos deben interpretarse restrictivamente, mal se considera que solo el

caso fortuito o la fuerza mayor eximen del cumplimiento de las obligaciones del artículo de repetida cita, si este mismo así no lo tiene establecido.

Ahora bien, creando el artículo 568 del Código de Comercio, obligaciones "*ex lege strictu sensu*" que no se rigen por las normas que reglamentan la responsabilidad contractual; siendo la sanción de naturaleza penal; como por otra parte no determina esa norma las causas que justifican el incumplimiento; y como su interpretación debe hacerse restrictivamente; hay que concluir, que toda causa razonable imposibilita el cumplimiento. ¿Causa razonable? ¿Existe norma expresa legal que autorice esto? podemos preguntarnos con cierto escepticismo. Y efectivamente, la respuesta a este último interrogante debe ser negativa. Sin embargo, en estas cuestiones, apelamos a un principio de ortho logos que si bien no está tampoco expresamente contemplado en la ley, al menos en un caso concreto así ha quedado patentizado. Nos referimos al penúltimo párrafo del artículo 557 del Código Mercantil que literalmente establece: "*Siempre que una cosa dada en prenda se traspase por cualquier título, deberá anotarse este contrato en el Registro de Prendas, a efecto de saber a quién debe requerirse para la presentación de los objetos dados en garantía, caso de remate*" (el subrayado es nuestro). De acuerdo con lo anterior inquirimos: ¿si la ley prevé la posibilidad de que en caso de traspaso, al nuevo poseedor se le requiera la presentación de lo pignorado —no bajo pena de apremio corporal claro está— puede válidamente hacerse la misma prevención al deudor? Ahora, ¿constituye ese traspaso un caso fortuito o de fuerza mayor?; ¿goza esa transmisión de las características de imprevisibilidad e inevitabilidad de aquellos?

VIII. Principal consecuencia procesal de la naturaleza penal del apremio corporal.

En materia contractual, como derivación práctica de la redacción del artículo 702 del Código Civil en relación con el 701 ibídem, comprobado el incumplimiento se presume el elemento subjetivo que califica a esa acción, sea la culpa. Este criterio lo recogen tácitamente algunas sentencias dispersas de la Sala de Casación. La presunción de la culpa funciona, en tratándose de la responsabilidad contractual donde como lo hemos dicho, su objeto primordial es el resarcimiento de daños y perjuicios. El dolo por disposición expresa del artículo últimamente citado, no es lícito presumirlo.

En materia penal en cambio, el elemento subjetivo ya sea la culpa o el dolo, salvo raras excepciones, debe comprobarse. La naturaleza penal del apremio corporal no merece dudas. Consecuentemente, la principal deducción procesal de esa naturaleza penal de la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones *ex lege strictu sensu* que crea el artículo 568 es que, sobre el acreedor de la ejecución prendaria, se soluciona la cuestión "*oneris probandi culpa*."

De acuerdo con lo anterior, el segundo considerando de la resolución que hemos transcrito en el punto VII es por erróneo, gravemente represivo. En efecto, no es dable para imponer el apremio corporal por el incumplimiento de las obligaciones citadas, presumir la culpa ni el dolo, y por tanto, al acreedor corresponde acreditarlos. A esta posición se siente uno tentado a hacer la siguiente objeción: cuando el tribunal hace la prevención y esta no es cumplida, este hecho puro y simple hace que se establezca de una vez la sanción; entonces, ¿no es cierto que se está presumiendo la culpa del deudor? Ahora, si en materia civil el dolo se configura como la intención de no cumplir, y si el juez decreta el apremio porque el deudor ha desobedecido, ¿no se estará a la larga yendo más lejos de suerte que es este último el que se está presumiendo? No obstante, en estas cuestiones se dan dos posibilidades: o existe causa justificante o no. En el segundo caso el incumplimiento, además del hecho puro y simple de no acatar una disposición del tribunal, prueba el elemento subjetivo cualquiera que sea su modalidad. En el primero la situación es más compleja. En materia contractual se prueba el incumplimiento y la culpa se presume (no estamos de acuerdo con un sector de la doctrina que sostiene que el incumplimiento es un acto ilícito y que presume la culpa. Nos parece que para ser ilícito debe ser culpable). En el tema que nos ocupa y en la posibilidad que ahora analizamos, los autos demuestran el incumplimiento y el apremio se decreta. Pero lo cierto es que, la culpa que no el dolo no se presume, sino que su prueba es indirecta. En efecto, la no oposición del deudor es un elemento de prueba. Significa el reconocimiento tácito de la precedencia del apercibimiento. Consecuentemente, desobedecer la orden se comprueba como culpable. Si a un deudor se le ordena exhibir lo emprendado y cuando se le notifica ya existe una causa justificante que se lo impide, ¿no es lo

lógico y normal que atendiendo con prontitud la prevención del juez de inmediato alegue aquel eximente para evitar la sanción? Si el apercibido deja pasar el tiempo sin alegarlo, ¿no está incurriendo en una omisión negligente que indirectamente prueba la culpa del incumplimiento? Claro está, que puede tratarse de una culpa que en relación a la causa justificante quizás no exista, pero que el tribunal por no ser omnisciente lo ignora? Ahora, si esa causa es posterior a la notificación qué sucede. La solución en el fondo es la misma. El remate y la inspección se realizan en momentos dados. La causa tiene que ser lógicamente anterior a esas diligencias. En el momento en que ella se dé, el deudor debe hacerlo saber al juez y demostrarla por la vía incidental. Si no lo hace, comunica con esa omisión su negligencia al incumplimiento.

No obstante, los anteriores criterios no son inflexibles. Si en realidad existe causa de imposibilidad, el apremio corporal es un precio demasiado caro para la negligencia de no haberla alegado oportunamente. De ahí que, a pesar de ello, si luego de decretada la sanción el deudor alega y prueba el impedimento o el tribunal por cualquier otro medio lo constata, en virtud de que están en juego normas de orden público de rango constitucional, está autorizado, nos parece, para, "*motu proprio*", revocar o anular el auto que decreta el apremio, y hasta incluso, suspender sus efectos prudencial y temporalmente mientras se resuelve la articulación. Quien puede lo más puede lo menos. Si el juez está facultado para de oficio imponer una obligación cuyo incumplimiento sanciona tan drásticamente, tiene la potestad también para oficiosamente levantar el castigo. Esto es así porque como el apremio es de tipo penal, hallamos aplicables a la especie los principios procedimentales que gobiernan aquella materia. Cualquier cambio en la prueba de los indicios en el derecho procesal penal, puede originar si se justifica, que se ordene la libertad del imputado. La excarcelación por ejemplo, en casos de evidente inocencia, debe decretarse aun de oficio.

Ahora bien, con solo que el deudor demuestre la causa que imposibilita el cumplimiento, se libera de la sanción, y en este momento entonces, se da en toda su plenitud aquella cuestión "*oneris probandi*" a que hemos aludido y en consecuencia, al actor corresponde probar la culpabilidad. En el caso de que no medie oposición de parte del deudor, esta circunstancia la acredita; pero, cuando habiendo mediado, prueba el hecho que ocasionó el incumplimiento, corresponde al acreedor probar, no la culpa del incumplimiento, sino la de la causa que lo provoca y que se la confiere a aquel. Como se ve, en la primera situación no hay presunción del elemento subjetivo sino prueba indirecta de él. Las pruebas tienden a demostrar la verdad al juez. No obstante este objetivo no siempre se realiza cabalmente en casos que son en definitiva excepcionales, y en los cuales se demuestra que la prueba considerada no es exacta o fiel, pues lo que se ha comprobado como cierto es falso. A menudo esto resulta de la concatenación cronológica de los hechos, como es el caso analizado, pero otras veces, es el producto de la deliberada intención de los litigantes. Los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, cuando esta causal no estaba contemplada en la ley, es prueba de lo últimamente afirmado.

Por otra parte, respecto al segundo párrafo de la norma que origina estas cuartillas, la consecuencia procesal más importante de la naturaleza penal del apremio corporal es que, la ocultación como tal, debe ser debidamente comprobada. El hecho puro y simple de que los bienes no se encuentren en el lugar en que deben de permanecer cuando se efectúa la inspección y, o el remate, no significa siempre que el prevenido los haya ocultado. Ocultar lo pignorado, como lo hemos advertido es un hecho muy grave; tanto es así que no parece implicar en modo alguno actividad culposa, sino que por propia naturaleza cualquier acto en ese sentido se define como doloso, o para decirlo en otras palabras, implica una clara intención de no cumplir o de evitar que aquellas diligencias se realicen para impedir así, que se alcance el objetivo fundamental del juicio ejecutivo prendario.

IX. Vigencia de los efectos de las obligaciones del artículo 568 del Código de Comercio.

Siendo las obligaciones del artículo citado de tipo legal "*stricto sensu*", sus efectos se producen "*ex nunc*", es decir, a partir del momento en que se creen y se notifica al deudor la resolución que las impone. No puede considerarse bajo ninguna circunstancia sin grave error, que los efectos se producen "*ex tunc*" y

se retrotraen a la fecha del contrato. Esto no es posible ni aunque las partes así lo hayan convenido, pues como ya se ha dicho, ellas no pueden modelar en ninguna forma esas obligaciones.

Consecuentemente, toda causa anterior a la notificación dicha, no obstante se haya debido a culpa o dolo civil del deudor, lo exime de esas obligaciones. Distinto es cuando existe dolo penal, lo que será analizado brevemente en la conclusión de este trabajo.

X. Conclusión.

A manera de conclusión transcribiremos *"in extenso"*, una resolución reciente de un tribunal civil, que en cierta forma y a grandes rasgos, sintetiza los criterios expuestos a lo largo de este trabajo:

"II.— El actor se opuso a la admisibilidad de este incidente, fundamentándose en el artículo 565 del Código de Comercio; y en su apoyo cita una resolución... que revocó un auto... en el que se acogía una incidencia semejante a la de autos. El criterio de que el artículo citado cierra el paso a todo género de incidentes en la ejecución prendaria, en opinión del infrascrito, es errado. Estando en este tipo de asuntos renunciados los trámites del juicio ejecutivo, por disposición de la propia ley, es claro que la intención del legislador en la concepción del referido artículo, fue la de que no se opusieran incidentes o excepciones a la acción, que por sus características son más propios de resolverse en una sentencia con todas sus formalidades, y no en un auto que se pronuncie sobre la procedencia de una articulación. Esto trae consigo lógicamente, hacer los trámites de la ejecución prendaria más expeditos y evitar los engorrosos entramientos en que muy a menudo se ven envueltos los demás procesos. Precisamente para evitar esto es que el mismo artículo, impone al juez o alcalde comprobar el derecho y la personería del ejecutante. Las anteriores razones cobran mayor relevancia, si se toma en consideración que los certificados de prenda son títulos con gran capacidad circulatoria, y que precisamente por ello, la norma citada no permite (como consecuencia) que a los nuevos tenedores se les pueda interponer defensas o excepciones basadas en las relaciones del deudor con los anteriores dueños del título. En este sentido sin lugar a dudas, el legislador confirió a esos documentos cierta autonomía, como sucede con más propiedad en tratándose de los títulos valores. En tal inteligencia entonces, a juicio del suscrito, no es acertado creer que no puedan tramitarse en la ejecución prendaria incidentes de prescripción, de nulidad de actuaciones o resoluciones, de pérdida o extravío de lo pignorado, de imposibilidad de exhibición o de entrega, etc. cuyos hechos fundamentales no nacen propiamente de las relaciones entre acreedor y deudor. Por tales razones considera el Despacho, que el incidente de autos sí es admisible. III.— Se opone el actor a la procedencia de este incidente, sugiriendo que el vehículo se encuentra destrozado y abandonado por culpa o dolo del deudor, y que esto, no puede eximirlo de la obligación de presentarlo al Despacho. En relación a este criterio, deben hacerse algunas consideraciones que se juzgan de importancia. Cuando por culpa del deudor, se produce un caso fortuito o de fuerza mayor, o el bien se deteriora al extremo de que no se puede cumplir con la obligación de exhibirlo, es evidente que esta obligación, que en todo caso tiene que ser anterior a la imposibilidad sobrevenida (como se verá más adelante), no cesa. Pero la culpa, el tribunal no puede presumirla, porque la aplicación de todas aquellas normas que restrinjan derechos inherentes a la personalidad, para este caso, el derecho a la libertad, debe ser restrictiva. Si lo contrario no sucede en materia represiva, donde la existencia de un delito hace que el castigo se torne de interés público, erróneamente se puede pensar que sí es posible en un caso que, como el presente, son únicamente los intereses privados de una parte los que están en juego. Por otra parte, la obligación de exhibir los bienes para cualquiera de los efectos del artículo 568 del Código de Comercio, no es de naturaleza contractual, sino que se trata de una obligatio ex lege. Prueba de ello es que el tribunal puede imponerla aun de oficio. Por tal motivo, incluso en el caso de que se haya probado la culpa del deudor, si el hecho que imposibilita el cumplimiento es anterior a la notificación de la resolución que

ordena la presentación, como sucede en el sub lite, no puede decretarse el apremio, pues el deber bajo el apercibimiento corporal arranca de ese auto y no del contrato, como quiera que, la autonomía de la voluntad no está facultada, para imponer restricciones a los derechos citados, por más que se desee con ello evitar un posible incumplimiento contractual. Distinto es cuando existe dolo (2) de parte del deudor (lo que tampoco se ha probado en los autos). En esta circunstancia, no importa que la imposibilidad sea anterior o sobrevenga a la obligación, porque en ninguno de los dos casos, el apercibido estará exento de responsabilidad. Pero para hacerla efectiva, el tribunal civil entonces carecería de facultades, ya que, concurrirían a la especie, el inciso 4o. del artículo 217 del Código Penal que tipifica una forma del delito de estelionato y el 568 del Código de Comercio, de cuya naturaleza penal nadie duda. Así entonces, y como a un mismo hecho no pueden imponerse dos penas corporales en diversas jurisdicciones, pues ello atenta en el fondo contra el principio non bis in idem que consagra nuestra Constitución Política, se produce entonces, una primacía absoluta de la jurisdicción penal sobre la civil, correspondiéndole única y exclusivamente a aquella, juzgar la acción e imponer el castigo correspondiente (3). Ahora bien, consta en la certificación de folio 1 de este expediente, que las placas del vehículo pignorado se encuentran detenidas desde el 10 de febrero de este año a la orden de la Dirección General de Tránsito; y asimismo consta que, desde el 25 de abril del mismo año, el vehículo se encuentra detenido a la orden de Arquitectura Escolar. Por otra parte, consta en el principal que la prevención de presentación del bien a la hora del remate, fue notificada al demandado el 22 de mayo siguiente, es decir, luego de que ese objeto había sido detenido. Siendo así, estima el Despacho que hay causa razonable que imposibilita la presentación. Y no se crea que solo el caso fortuito o la fuerza mayor justifican la no exhibición. El artículo 568 del Código de Comercio es materia odiosa; su interpretación debe hacerse restrictivamente; y si no indica que solo en esos casos puede considerarse que hay imposibilidad de entrega, mal haría el Despacho en creerlo así. Y mal podría suponerse tal cosa, en presencia de disposiciones como la que contiene por ejemplo, el penúltimo párrafo del artículo 557 del cuerpo legal citado, que confiere tácitamente al deudor la facultad de alegar la imposibilidad en base a que el bien fue vendido o se encuentra en poder de un tercero, sin que sea obstáculo que la venta no se haya inscrito, pues tal es un requisito formal que si el acreedor puede obviarlo con otras pruebas (art. 570 ibídem) igual facultad debe concederse al deudor. Nadie pretenderá que tales hechos constituyan caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, por lógica consecuencia, eximen de la obligación impuesta al accionado. Por todas las anteriores razones, el incidente incoado debe acogerse, sin especial condenatoria en costas”.

Noviembre de 1975.

-
- (2) Al dolo que se refiere esta resolución es al penal, pues el dolo civil está rodeado de las mismas consideraciones que se han dado con respecto a la culpa.
- (3) Parafraseando a Quintano Ripollés, quien se refiere únicamente a la acción tercera o cuasidelictual, afirmamos con él, asimismo para el caso que nos ocupa que, “El poder de la jurisdicción represiva es tan absoluto, que con razón puede calificarse de erga omnes a los efectos de “cosa juzgada” que se impone incuestionablemente a los tribunales civiles”. (La acción tercera o cuasidelictual propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito. Revista de Derecho Privado. Madrid. Tomo XXX. 1946, p. 936.



ANÁLISIS DEL SISTEMA REGISTRAL COSTARRICENSE

Lic. Orlando López Cortés.

1) Insuficiencia de la intervención notarial y judicial respecto a la descripción de los inmuebles:

El sistema registral costarricense basado fundamentalmente en el Registro Público, no garantiza plenamente el derecho de propiedad inmueble. Si bien, los procedimientos empleados para la inscripción registral, son ajustados en buena medida a lo que las leyes establecen, concretamente el Reglamento del Registro Público (1) —por cierto, bastante desactualizado—, que de manera detallada regula la forma de llevarse a cabo la misma, lo cierto es que el sistema empleado en nuestro medio para describir la realidad física inmobiliaria (naturaleza, situación, linderos, etc.), es el que falla en perjuicio de la garantía del derecho de propiedad.

Si destacamos en cuanto al derecho de propiedad inmueble, dos aspectos importantes, cuales son: a) el **OBJETIVO** o físico, es decir, la cosa u objeto material sobre el cual recae el derecho, en otras palabras, el terreno; y b) el **SUBJETIVO** o sea el conjunto de prerrogativas y facultades, así como de deberes que tiene el titular de ese derecho con relación a un inmueble determinado, podemos decir en cuanto a este último, que la información que aparece en los libros del Registro sí cuenta con la garantía de un procedimiento legal en donde se destacan fundamentalmente la labor notarial y la judicial que le da respaldo. No ocurre así con el primer aspecto.

El notario, de acuerdo con nuestro sistema de notariado latino, es considerado como "el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin (confiriéndoles autenticidad), conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido" (2). Por otro lado, su función, para mayor seguridad y garantía, se encuentra revestida de una potestad conferida por el Estado, denominada fe pública notarial (3) y considerada como "la potestad de infundir certeza a actuaciones, hechos y actos jurídicos, robusteciéndolos con una presunción de verdad por medio de la autenticidad conferida a los documentos que los prueban. Supone la verdad oficial cuya creencia se impone" (4). Quiere decir, que el notario como abogado que es en nuestro sistema (5) cuenta con todos los conoci-

(1) Reglamento del Registro Público. Dec. Ejec. No. 15 de 3 de Mar., 1943; reformado por Dec. Ejec. Nos. 109 de 15 Jun., 1951; 11 de 4 de Mar., 1953; 30 de 17 Jul., 1956; 67 de 23 Dic., 1959; 71 de 27 Set., 1963 y 9 de 4 Ag., 1966.

(2) "Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires", 1948, I, p. 184. Se ha agregado entre paréntesis la autenticación que, en el despacho aprobado por el Congreso, ocupa un párrafo aparte". Citado por SALAS, OSCAR A. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá (Editorial Costa Rica, 1973), p. 60.

(3) Ley Orgánica del Notariado, Art. 1o: "La persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública cuando...".

(4) Supra nota 2, p. 91.

(5) Supra nota 3, el art. 3o. entre otros requisitos para optar al título de notario establece el de ser abogado.

mientos jurídicos indispensables para garantizar la legalidad de todo acto jurídico o contrato que ante él se otorgue. Como conocedor del Derecho que es, está en la facultad de orientar y asesorar a quienes ante él concurren a formalizar determinados actos jurídicos, para que estos actos sean en todo apegados a lo que las leyes establecen, "el notario tiene como uno de sus oficios, el de ser consejero, asesor jurídico o avenidor de quienes requieren su asistencia. Es, en efecto, misión suya la de instruir, con su autoridad de jurisconsulto, a los interesados, sobre las posibilidades legales requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer" (6). En consecuencia, y concretamente, en todos aquellos actos notariales que tengan por objeto la adquisición del derecho de propiedad inmueble y todos los demás derechos reales inscribibles en el Registro Público (7), se tiene la seguridad de que son realizados con base en este asesoramiento jurídico notarial que garantiza su conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. En la misma forma podemos hablar del juez o funcionario judicial, que en el marco de sus funciones realiza una labor que incide directamente en la actividad del Registro Público. Al decirnos el artículo 450 del Código Civil que en el Registro Público sólo pueden inscribirse —entre otros— los títulos que consten de ejecutoria, se está refiriendo a un documento público que sólo puede emanar de este funcionario judicial (8). Además, para casos urgentes y a falta de notario, la ley autoriza a ciertos funcionarios judiciales a ejercer funciones notariales (9), debiéndose interpretar, que el funcionario judicial también está facultado para realizar aquellas que dan origen a inscripciones en el Registro Público.

Quiere decir, que por el conocimiento del Derecho, que estos funcionarios tienen, hay garantía de que todos aquellos actos inscribibles en el Registro Público, producto de su función pública están encuadrados dentro del marco de legalidad, así como que las figuras jurídicas resultantes se conforman con lo que la ley, la doctrina, la jurisprudencia, etc., disponen y concuerdan con la verdadera voluntad e intención de los interesados u otorgantes. Por ello decimos, que ese aspecto SUBJETIVO que hemos destacado en cuanto al derecho de propiedad y que tiene que ver con las facultades, prerrogativas y obligaciones del titular, sí está garantizado en los datos que brinda el Registro Público, pues éste monta su información con base en "los títulos que consten de escritura pública, de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley..." (10), los cuales sólo pueden emanar de notario o de funcionario judicial. También están facultados a ejercer el notariado otros funcionarios como son los cónsules, de quienes afortunadamente se tramitan muy pocos documentos inscribibles en el Registro Público, ya que no es requisito la calidad de notario para ser cónsul "son nombrados por razones políticas o atendiendo a otras cualidades ajenas a sus responsabilidades como notarios y es frecuente que desconozcan las normas en que se funda el ejercicio de su función notarial" (11).

Dijimos que en nuestro medio es el sistema empleado para describir la naturaleza física inmobiliaria el que falla en detrimento de la garantía del derecho de propiedad, es decir, aquel que tiene que ver con el aspecto OBJETIVO del mismo.

Es conocido que la descripción física inmobiliaria recogida en el Registro Público (linderos, medida, ubicación, etc.), no corresponde a la realidad. Esto es, existe mucha discrepancia entre este tipo de información registrada y la realidad física inmobiliaria extra-registral, a causa fundamentalmente de que aquélla no es el resultado de un trabajo elaborado con los medios técnicos necesarios ni por las personas idóneas para hacerlo. Es costumbre que el funcionario (generalmente el notario) que confecciona un

(6) CASTAN TOBEÑAS J., Función notarial y elaboración notarial del Derecho, (Reus, Madrid, 1946), p. 49.

(7) El art. 450 C. Civ. establece "Sólo pueden inscribirse los títulos que consten de escritura pública, de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto".

(8) "La ejecutoria es la copia auténtica de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sea el documento público y solemne en que se hace constar una sentencia firme. Cód. Civil, art. 450, "Cordero Zúñiga vs. Registro Público, Sent. Cas. No. 96, 1955, I tomo, II Sem., p. 593.

(9) Supra, nota 3, art. 20. A falta de Notario, ejercerá accidentalmente sus funciones en casos urgentes, el Juez de Primera Instancia Civil de la jurisdicción y, en su defecto, un Alcalde Civil del cantón. Para que tal escritura surta sus efectos deberá ser protocolizada por un Notario dentro de los diez días hábiles inmediatos a la fecha de su otorgamiento. El Notario conservará agregado al legajo de referencias el documento original, el cual podrá ser extendido en papel común.

Cuando no exista notario domiciliado en la cabecera de un cantón menor donde haya Juez de Primera Instancia, éste podrá ser autorizado para ejercer el notariado, siempre que rinda la garantía de ley".

(10) Supra, nota 7.

(11) Supra, nota 2, p. 176.

documento inscribible en el Registro Público, en el cual se describen bienes inmuebles, lo hace con los datos que los mismos propietarios e interesados le indican o con algunos tomados de planos confeccionados sin mucho apego a las estrictas reglas y técnicas de agrimensura por lo deficiente aún de nuestro sistema catastral, resultando de ello gran inexactitud en la descripción escrituraria que se presenta para su inscripción en dicho Registro. Esta Oficina inscribe de acuerdo con estos datos y va en esta forma recopilando toda una información inexacta en cuanto a la descripción física dicha. Posteriormente los mismos notarios y funcionarios judiciales, se valen de la misma información registral, para hacer nuevas operaciones y mutaciones físicas en los inmuebles (segregaciones, reuniones, etc.), dando lugar a un círculo vicioso en ese aspecto, sin posibilidad de solución.

En un estudio que toca básicamente el problema de nuestros registros en cuanto a la descripción inmobiliaria y que además hace ver la importancia de la relación entre éstos y el catastro para mejorar ese aspecto, se dice lo siguiente:

"Es común encontrarse con descripciones que únicamente digan por ejemplo: "un lote de terreno situado al Suroeste de esta ciudad" o más frecuentemente aún, se emplea el método de describir el inmueble por sus colindantes, por ejemplo: "un lote de terreno que tiene los siguientes linderos, al Norte, don fulano de tal; al Sur, don sutano...", etc. y un inmueble colindante se describe con referencia al anterior y así se va formando una red de propietarios colindantes ya sean vivos o muertos, con el agravante de que los errores y discrepancias se mantienen una y otra vez en una cadena continua de transmisiones sin sentido ni garantía para el nuevo adquirente. Habrá que recordar que estas descripciones fueron preparadas por los notarios o jueces en su caso, sin que por esto recaiga sobre ellos la culpa de la deficiencia en la descripción adoptada, sino que el problema estriba en que la responsabilidad por el control de este elemento no fue delegada a quien efectivamente corresponde por tener la capacidad para ello, el agrimensor. La situación anteriormente descrita revela palpablemente una falla en el sistema inmobiliario, uno de los elementos constitutivos no funciona; el otro elemento puede marchar excelentemente, puede existir un perfecto control de los procesos legales por medio de los cuales se adquiere el derecho de dominio o de posesión, pero fallando el primero, el sistema es deficiente, no existe garantía para el adquirente, éste no está completamente protegido, no se le puede restituir con justicia si por algún motivo llegase a tener problemas con la cosa" (12).

Como vemos, se hace resaltar en lo anterior, la deficiencia en que están los registros inmobiliarios de brindar exactitud en la descripción física de los inmuebles cuando no se cuenta con los elementos y los sujetos idóneos. No se garantiza así, ese aspecto objetivo de que hemos hablado, aunque sí el subjetivo, por las razones ya expuestas. Cuando se logren controlar ambos aspectos a la vez, sí se estará garantizando el derecho en propiedad. Veamos esto explicado de la siguiente forma:

"En el mismo grado en que los dos elementos son controlados, estará la garantía inmobiliaria; así por ejemplo, si Juan después de ponerse de acuerdo en el precio con Pedro sobre una hacienda que le es de su agrado, decide comprarla: si la descripción contenida en el título no se ajusta a la realidad (primer elemento) o si el título mismo adolece de irregularidades que lo convierten en ilegítimo (segundo elemento), cabe preguntar ¿que garantía tiene Juan de que su vecino no invadirá con un nuevo cerco su hacienda o que no aparecerá otro propietario demostrando su legítimo derecho? Yendo aún más allá todavía, en el primer caso, en que la descripción no está acorde con la realidad física cabe la interrogante de ¿en qué elementos se basará un juez para dictar sentencia en favor de Juan o de su vecino?, en estricta justicia el juez no puede pronunciarse en uno u otro sentido y cuando de hecho lo hace, no imparte verdadera justicia puesto que no tiene los elementos para ello" (13).

Esto último es muy cierto, ¿cómo podría un juez dictar justicia en el caso de un conflicto de linderos, si los elementos de que dispone no son ciertos, no merecen fe? En esta situación se encontraría un juez ante un documento que describa una o más propiedades inmuebles, cuya descripción física no se ajuste a la realidad.

Como el Registro Público inscribe y publica todos aquellos actos que reúnan las formalidades y

(12) PORTA-PALLAIS-ELSTNER, El catastro y su concepto único, (Instituto Geográfico Nacional, 1a. Reunión Panamericana de Catastro, Caracas, Venezuela, 1971) p. 1.

(13) Ibid., p. 7.

requisitos que la ley establece (14), y su información se encuentra revestida por el conocido principio de fe pública registral, en virtud del cual se protege la apariencia jurídica que emana de sus asientos, es decir, que considera a su información como cierta y verdadera sin importar la realidad jurídica extra-registral, fácilmente da como verdaderos y ciertos algunos hechos que en la realidad no lo son. Esto ocurre frecuentemente en cuanto a la descripción física inmobiliaria, por las razones apuntadas.

Las consecuencias de este sistema son palpables. Por un lado se pone en duda el principio de fe pública registral, pilar fundamental en que se apoya la institución; por otro, la garantía plena del derecho de propiedad no existe. ¿Cómo podría existir si vemos en la realidad tanto conflicto entre propietarios por causa de los derechos aludidos?

Ciertamente, el problema que la diferencia de linderos y de cabida causa es motivo frecuente de numerosos conflictos y litigios entre colindantes, resolviéndose muchos de ellos por la vía pacífica o acuerdo entre los interesados, otros en forma violenta dando lugar a grandes discordias sociales con resultados muchas veces trágicos. Pero una gran cantidad de ellos son llevados a dilucidar ante las autoridades judiciales competentes, lo que aumenta considerablemente el volumen de trabajo para los tribunales haciendo crecer el gasto estatal en su tramitación.

Todo esto, que pareciera un asunto de muy poca trascendencia, ya que hasta el momento no se ha hecho nada efectivo por corregirlo, manteniéndose el sistema con estas deficiencias, lo cierto es que sí tiene una importancia enorme, pues lo que está en juego en realidad es el derecho de propiedad inmobiliaria, derecho que debe ser objeto de protección de lo jurídico y no hacerse descansar en el mutuo acuerdo y en la buena voluntad de los colindantes.

2) El Registro Público protege sólo el aspecto jurídico:

Por el origen de los documentos inscribibles en el Registro Público, en que participan fundamentalmente notarios y jueces, funcionarios con conocimientos amplios en Derecho, y por la calificación a que los mismos se someten en dicho registro, previamente a su inscripción, en la que se examina si los mismos se ajustan a los requisitos legales establecidos, si no contienen actos o contratos absolutamente nulos, o si carecen de las formalidades extrínsecas que las leyes exigen o de algunos requisitos que debe contener el asiento, etc. (15) es que concluimos que el Registro Público protege sólo el aspecto jurídico de los derechos inscribibles, dados ese estudio y calificación jurídicas por funcionarios especializados en la materia a que están sometidos los derechos inmobiliarios desde su constitución hasta su inscripción. No sucede así con la sustancia física de los inmuebles, objeto de esos derechos, es decir, con su aspecto descriptivo. Al no garantizarse que la cosa sobre la cual recae y se ejerce el derecho de propiedad existe efectivamente en la realidad en conformidad con los datos registrados, no se está garantizando plenamente ese derecho en comentario. Es preciso por ello una definición exacta del bien, si se desea que el mismo responda a las exigencias del derecho real.

AMPARO DE LA INSTITUCION CATASTRAL A LA SEGURIDAD INMOBILIARIA

1) Eficacia del catastro para complementar el título notarial y la inscripción registral:

Como hemos visto la falla de nuestro sistema registral inmobiliario en lo que se refiere a la descripción de las características físicas de los inmuebles, no radica en forma exclusiva en la institución misma del

(14) Art. 450 C. Civ. "Sólo pueden inscribirse los títulos que consten de escritura pública, de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto".

Art. 32 Regl. Reg. Púb. "Todos los documentos en cuya virtud deba practicarse algún asiento en el Registro deberán contener los requisitos que especial y respectivamente dispongan las leyes".

(15) Arts. 32 y 50 Regl. Reg. Púb.

Registro. La información que en ese sentido brinda el Registro, es el resultado de un trabajo elaborado anteriormente por un notario o por un juez, funcionarios que gozan de fe pública en el ejercicio de sus respectivas funciones. Pero aunque sean estos funcionarios los más autorizados para dar forma legal así como fe de todos aquellos actos que dentro del marco de su competencia realizan, no lo son para realizar en forma eficiente la descripción inmobiliaria en comentario. Debemos decir de una vez, que a quien realmente debe corresponder esa función, es al agrimensor, por ser el perito en agrimensura o arte de medir tierras (16).

No podemos tampoco hacer culpables a jueces y notarios de los vicios comentados, la deficiencia está en el sistema y en la legislación respectiva que no establece las competencias necesarias a quien realmente corresponden. En un estudio sobre este punto y hablando sobre la manera de hacerse la descripción física de un inmueble en Nicaragua, que es casi la misma que se emplea en Costa Rica, se dice lo siguiente:

"Habrá que recordar que estas descripciones fueron preparadas por los notarios o jueces en su caso, sin que por esto recaiga la culpa de la deficiencia en la descripción adoptada, sino que el problema estriba en que la responsabilidad por el control de este elemento no fue delegada en quien efectivamente corresponde por tener la capacidad para ello, el agrimensor" (17).

2) Necesaria relación Catastro-Registro para la seguridad inmobiliaria:

Dijimos que las fallas y deficiencias no tienen su origen en el Registro mismo, pero de hecho éste brinda una información muchas veces no cierta en ese aspecto comentado, que merece fe y confianza en todo momento por el carácter de fe pública con que está revestida, falseándose de esta manera todos los principios registrales establecidos para la garantía y seguridad del derecho de propiedad.

Se hace entonces necesario depurar la información registral en cuanto a esos datos descriptivos. Es preciso decir de una vez que para ello es indispensable la relación entre el Registro Público y el Catastro.

Sólo cuando el primero se apoye en el segundo en cuanto a la descripción inmobiliaria podremos hablar de depuración de la misma.

El catastro es el inventario de la riqueza territorial de un país, de la distribución de la propiedad, su tenencia, uso y potencialidad. Consiste en una serie de mapas que nos muestran, ya sea las masas de cultivo, constitución geológica, clase de suelos o la distribución de la propiedad, señalando en este caso la parcela con sus elementos constitutivos, como su relación con las demás que pueden servir para una correcta descripción e identificación del inmueble (18), valiéndose para lograr tal representación de la propiedad inmueble de planos y mapas, instrumentos fundamentales del catastro, resultado de las labores técnicas especializadas de agrimensura, cálculos matemáticos y de cartografía. De manera que es éste, por su función especializada el que puede garantizar la descripción física inmobiliaria y el que debe servir como complemento y apoyo necesario e indispensable tanto del instrumento notarial o documento judicial en que se describan inmuebles, así como de la inscripción registral. Cuando se logre dar al catastro la importancia y participación que por su naturaleza debe tener, se habrá dado un paso en favor del perfeccionamiento del sistema registral inmobiliario, contribuyéndose además a asegurar y proteger el derecho de propiedad sobre inmuebles.

(16) Diccionario de la Real Academia Española, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

(17) PORTA-PALLAIS-ELSTNER. Supra nota 12, p. 4.

(18) CATASTRO RURAL. Dirección General de Cartografía, Ministerio de Obras Públicas, El Salvador, junio de 1965, p. 1.

EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES (ACREEDOR Y DEUDOR) DURANTE LA FASE DE ACTUACION DE LA RELACION OBLIGATORIA

Dr. Víctor Pérez Vargas

Contenido:

- Parte I: La actuación de la relación jurídica obligatoria. El principio de la buena fe.**
- Parte II: El comportamiento del acreedor.**
- Parte III: El comportamiento del deudor.**

"Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum." (La sustancia de las obligaciones no consiste en hacer nuestro un bien corpóreo o una servidumbre, sino en constreñir a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa)

PAULO, Digesto, libro XLIV, tit. VII, L-3.

PARTE I:

LA ACTUACION DE LA RELACION JURIDICA OBLIGATORIA

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE: (La valoración del comportamiento de las partes según "buena fe") (1).

Toda relación obligatoria implica la existencia de "*correlativas posiciones jurídicas de las partes*" (2). Tratándose de correlativas situaciones jurídicas (efectos jurídicos) encontramos "*valoraciones interrelacionadas de comportamientos*", debido a que todo efecto jurídico es una valoración (como posible o debida) sobre un comportamiento. (3) La actuación de la relación obligatoria no es sino la realización de los intereses jurídicos (según las más recientes concepciones de tendencia real objetiva en la consideración del valor jurídico) (4) que sirven de substrato al vínculo; tales intereses encuentran

(1) Estructuralmente este trabajo sigue el orden de ideas de NATOLI, Ugo. La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa. Giuffrè-Ed., 1975.

(2) Concepto de obligación como "el conjunto (o la unidad) del derecho subjetivo del acreedor (derecho de crédito; lado activo de la relación obligatoria) y el deber (deuda) del deudor (lado pasivo de la relación obligatoria)..." MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale; Giuffrè-Ed. Milano, tomo III, 1959, pág. 3.

(3) Sobre la interdependencia de los dos lados de la relación obligatoria; MESSINEO, op. cit., supra 2, pág. 3.

(4) La anterior idea encuentra fundamento en lo que Falzea denomina "concepción real objetiva" basada en el mismo método de Jhering llamado "Utilitarismo social" v. STONE, J. Human Law and Human Justice. Cap. 5. Cit. p. Hampstead. Introduction to Jurisprudence, London, 1972, pág. 355. También Pound utiliza el término "utilitarismo social" en el mismo sentido y lo caracteriza como "una tendencia a medir las reglas y las doctrinas según la extensión en que ellas favorezcan a los fines para los cuales el Derecho existe" (POUND, Roscoe. Philosophy of law (Revised Ed. 1964), The end or Purpose of Law. I. to J. op. cit., págs. 360 y ss.

Sobre Bentham, en cuanto fundador del utilitarismo, su doctrina y su influencia, puede consultarse: POUND, Roscoe. Lo spirito della Common Law. Giuffrè-Ed. Milano, 1970, págs. 142 y 143, donde, entre otros elementos del pensamiento de Bentham destaca su fe en la legislación, idea que también encontramos en el pensamiento de Jhering. También en Bentham se encuentra una oposición al método de definición mediante "genus et differentiam". BENTHAM. A fragment of Government. Ogden Bentham's theory of fictions and The limits of Jurisprudence defined. (Columbia Univ. Press) pág. 317, cit. p. HART, H.L.A. Contributi all'analisi del Diritto. Giuffrè-Ed. Milano, 1964, págs. 55, 57 y 47. Tal oposición a la conceptualización mediante procedimientos lógicos será desarrollada y aplicada a la Ciencia Jurídica por Jhering y por la Jurisprudencia de Intereses. V. LATORRE. Introducción al Derecho, pág. 161.

Sobre diferencias entre Jhering y Bentham v. PASSINI. Saggio sul Jhering. Giuffrè-Ed. Milano, págs. 62, 88 y 89, donde se destaca especialmente la afirmación individualista de este último. En cuanto a antecedentes del utilitarismo en el mundo antiguo v. DIOGENES LAERTIUS. Lives of Eminent Philosophers. Harvard University Press. Cambridge, Mass. MCMLXVI, quien, en relación con el pensamiento de Aristipo recuerda que sus seguidores (cirenaicos) distinguían entre "fin" y "felicidad", considerando esta última como la suma total de todos los placeres particulares, en contraposición al "fin" que es el placer particular (en tomo I, pág. 217); también en el pensamiento de Epicuro encontramos algunas ideas que pueden considerarse como antecedentes del utilitarismo, si bien se encuentran en términos hedonísticos, por ejemplo la negación de una justicia absoluta y la afirmación de un acuerdo social para evitar el sufrimiento (en tomo II, pág. 675) y la idea de que cuando juzgadas según sus consecuencias las leyes no corresponden a la justicia pierden su razón de ser (en tomo II, pág. 677); V. con en BAUMGARDT, D. Bentham and the Ethics of Today. Princenton, New Jersey. Princenton Univ. Press, 1962, pág. 44.

Por otra parte, en el pensamiento de Mandeville encontramos la idea referida al campo económico de que los deseos individuales de los hombres los obligan en cierta forma a servir a sus semejantes por lo que se promovía con ello una natural armonía de intereses que tenía como consecuencia una más efectiva producción y distribución de los bienes.

"Así, cada una de las partes estaba llena de vicios, pero el conjunto era un paraíso "MANDEVILLE, Bernard. La favola delle Api (1714). Paolo Boringhieri. Torino, 1961, pág. 26, "aún la peor de las abejas hacía algo por el bien común" op. ult. cit. pág. 27 y comentarios en pág. 85. V. com. HAMPSTEAD, op. cit. pág. 338; BAUMGARDT. Op. cit. págs. 507, 55, 57, 61 y 62.

También ya en el pensamiento de Hume se encuentran los fundamentos del utilitarismo de Bentham: "útil" ¿pero para quién? para el interés de alguno ciertamente... se debe tratar, pues del interés de aquellos que obtienen ventaja de la cualidad o de la acción que es aprobada... Poniendo en evidencia este principio, descubriremos una gran fuente de distinciones morales". HUME, David. Ricerche sull'intelletto umano. Editori Laterza. Bari. 1957, págs. 235 y ss. sobre la influencia de Hume en el pensamiento de Bentham y en general en el utilitarismo v.: LETWIN, Shirley Robin. The Pursuit of Certainty. Cambridge. At The University Press, 1965, págs. 13 y ss. a 123, 131, 139 y 155, BAUMGARDT. Op. cit. págs. 38, 42 y ss., a 403 y 507; HAMPSTEAD op. cit. págs. 375 y 153.

Otras influencias en el pensamiento de Bentham son Hobbes (v. HAMPSTEAD op. cit. págs. 338, RADBRUCH, Gustav. Lo spirito del diritto inglese. Giuffrè-Ed. Milano, 1962, pág. 43), Beccaria (v. LETWIN. Op.

satisfacción cuando los sujetos asumen el comportamiento (componente de hecho del efecto jurídico) (5) correspondiente al contenido de sus respectivas posiciones (ejercicio del derecho y cumplimiento de la obligación). Ambos momentos son indispensables (6) faltando uno de ellos no puede considerarse verdaderamente actuada la relación obligatoria, a pesar de que el interés del acreedor se vea satisfecho, o bien, se verifique la liberación del deudor (modo de actuación de la obligación y modo de extinción de la misma no son conceptos coincidentes) (7). En síntesis, en la relación obligatoria encontramos dos posiciones (acreedor y deudor) y, en su fase de actuación, dos correspondientes comportamientos, ambos indispensables. Estos dos comportamientos se encuentran subordinados (según la opinión generalizada de que hay una exigencia fundamental en todo Ordenamiento: que sus sujetos actúen de buena fe. Tanto es ello así que la mala fe es tendencialmente castigada por el Ordenamiento, en cuanto productora de efectos jurídicos perjudiciales para el sujeto cuyos comportamientos la conllevan) a un único criterio de valoración: el principio de la buena fe.

PREMISA:

EL PRINCIPIO DE BUENA FE, CRITERIO DE VALORACION:

Para el mejor entendimiento de este principio debe aclararse que el mismo no tiende a ampliar los efectos que componen la estructura de la obligación, sino a proporcionar al juez un criterio de valoración de la actividad desarrollada por las partes con el fin de realizar concretamente el contenido de las respectivas posiciones (8).

EL PRINCIPIO DE BUENA FE ES REFERIBLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y A LAS EXTRA CONTRACTUALES.

Si bien los datos positivos en que se encuentra mencionado el principio se refieren en su mayor parte a las relaciones contractuales, el carácter expansivo del mismo (en cuanto *substrato* genérico de la actividad jurídica) base común de los comportamientos ajustados a Derecho, permite considerarlo como uno de los principios generales del sistema. En los mismos datos positivos se encuentran referencias del principio a vínculos extracontractuales o a comportamientos que no pueden ser considerados como actos debidos (9).

cit. pág. 131, BAUMGARDT, op. cit. pág. 38 donde se refiere al principio de Beccaria de la "máxima felicidad para el mayor número", pág. 61, HAMPSTEAD. Op. cit. pág. 153), Priestley (LETWIN. Op. cit. pág. 131. BAUMGARDT, págs. 24, 36, 40, 42, 44, 47, 49 y 80: HAMPSTEAD. Op. cit. pág. 153 quien cita la frase de Bentham: "el primero que enseñó a mis labios a pronunciar esta sagrada verdad (se refiere al principio de utilidad fue Priestley)", Helvetius (v. HAMPSTEAD, op. cit. pág. 153, BAUMGARDT, op. cit., pág. 61), John Locke (v. BAUMGARDT op. cit. pág. 47 —Essay Concerning Human Understanding, 1960— HAMPSTEAD, op. cit. pág. 376 quien recuerda que Locke en "The second Treatise of Civil Government and Letter Concerning Toleration. Ed. J. W. Gough. Oxford, 1948, pág. 126" llama a la vida, la libertad, la salud, la posesión de las cosas externas, "intereses civiles"). Sobre el hedonismo en Bentham v. BAUMGARDT. Op. cit. pág. 267, en cuanto a los fundamentos de este hedonismo HAMPSTEAD, op. cit. pág. 375 recuerda que Bishop Butler trata a los intereses y al placer como intercambiables.

En general sobre el utilitarismo v. HODGSON, D. H. *Consequences of Utilitarianism*, Clarendon Press. Oxford, 1967. V. tamb.: POUND, Roscoe. *Lo spirito della Common Law*. Giuffrè-Ed. Milano, 1970, págs. 142 y 143. HART, H.L.A. *Contributi all'analisi del diritto*. Giuffrè-Ed. Milano, 1964, págs. 108 y ss. POUND, Roscoe, *Giustizia-Diritto-Interesse*. II Mulino, Bologna, págs. 134 y 135.

(5) Según la conocida tesis de FALZEA, Angelo. *Eficacia Jurídica*. Facultad de Derecho, 1973, pág. 60.

(6) NATOLI, op. cit. *supra* 1.

(7) Sobre la distinción entre cumplimiento y otras hipótesis de extinción de la obligación aunque esta no haya sido cumplida. TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. Giuffrè-Ed. Milano, 1968, pág. 388.

(8) NATOLI, op. cit. *supra* 1.

(9) El término "Acto debido" se remite una clasificación de los fenómenos jurídico temporales en función de la valoración jurídica preexistente, v. PEREZ, Víctor. *Los hechos jurídicos*. Instituto de Derecho Privado, 1974, pág. 20.

según se verá más adelante. En síntesis, tal criterio de valoración es aplicable tanto a la actuación de las obligaciones de origen contractual como a las de origen extracontractual (10).

Si bien nuestro Ordenamiento no lo contempla expresamente, la doctrina generalmente admite, por ejemplo, que las partes durante el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse según buena fe (11), que la buena fe debe presidir el comportamiento de las partes durante la pendencia de la condición suspensiva en un negocio jurídico sujeto a ella (12), que la interpretación del contrato, en general debe hacerse según buena fe, etc. (13). Es extraño que nuestros legisladores cuando redactaron el artículo 1022 del Código Civil "*transcribieran*" parcialmente el artículo 1134 del Código Civil francés, el cual expresaba: "*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*" (hasta aquí fue debidamente transcrito). "*Deben llevarse a ejecución de buena fe*" (esta parte fue eliminada). También en materia comercial encontramos múltiples aplicaciones del principio; así, por ejemplo se entiende por competencia ilícita o desleal todo acto o hecho engañoso que sin constituir alguno de los delitos especificados en el artículo 53 y 55 (de la ley de marcas) viole la buena fe comercial. (Así el artículo 52 de la citada ley).

ESTE CRITERIO DE VALORACION SE ENCUENTRA REFERIDO A LAS DOS PARTES DE LA RELACION OBLIGATORIA.

El principio en examen, por su amplitud sirve para la valoración de los comportamientos de actuación de la relación obligatoria, sin distinción entre el comportamiento del deudor y el del acreedor (14).

Sobre este problema específico la doctrina ha manifestado diversas posiciones:

NICOLO considera que el criterio de valoración en examen se refiere, lógicamente, al comportamiento del deudor, pues él es el obligado.

Pero, si bien es cierto que la actividad del deudor es la que más relieve adquiere como comportamiento capaz de satisfacer el interés que sirve de substrato a la obligación, debe reconocerse que no es el único. Además, el principio se refiere, como hemos visto, en general a la actuación de la relación obligatoria cubriendo por ello tanto el cumplimiento de la obligación como el ejercicio del derecho.

FALZEA Y GIORGIANNI, por otra parte, consideran que el principio en cuestión se refiere, más bien, al comportamiento del acreedor, en razón de que el comportamiento del deudor se encuentra ya vinculado por otras disposiciones específicas.

A ello puede observarse que no existe incompatibilidad entre estas otras disposiciones específicas y la buena fe como criterio genérico de valoración.

En síntesis, el principio es aplicable tanto a la valoración del comportamiento del sujeto activo (ejercicio del derecho) como al del sujeto pasivo (cumplimiento de la obligación).

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CARECE DE CONTENIDO APRIORISTICO. SOLO ENCUENTRA CONTENIDO EN LA VALORACION DE CONCRETOS COMPORTAMIENTOS.

En consideración del carácter eminentemente tópico de la ciencia jurídica (15) y a la estrecha

(10) NATOLI, op. cit. supra 1.

(11) Sobre la rectitud en las tratativas TRIMARCHI, Pietro Istituzioni di diritto privato. Giuffrè-Ed. Milano, 1973, pág. 273.

(12) V. BRUSCUGLIA, L. Cessione del contrato, buona fede e condizione suspensiva. En Studi... Op. cit. supra 1, pág. 305.

(13) La interpretación del negocio jurídico está dominada por el principio de la buena fe. TORRENTE, op. cit. supra 7, pág. 464.

(14) El principio de la buena fe se refiere tanto al acreedor como al deudor. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 27.

(15) Según la tesis de VIEHWEG, T. Topica e giurisprudenza. Giuffrè-Ed. Milano, 1962.

conexión de sus conclusiones con los problemas concretos (16), el concepto de buena fe es esencialmente tópico; se ha dicho (DE LOS MOZOS, profesor de la Universidad de Salamanca) que es imposible por la variedad de su materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general de buena fe... porque... no cabe esclarecer conceptos generales de los que, por vía de deducción (17) vayan a establecerse consecuencias particulares, como lo creía el conceptualismo mediante lo que se denominó método de inversión sino una serie de criterios de orientación que requieren en cada caso, una precisión distinta, según el contenido a que respondan", lo que se puede considerar como una simple aplicación del principio de conveniencia del efecto al hecho (18).

En síntesis, el principio de buena fe no es determinable a priori sino que necesariamente se especifica con relación a las circunstancias del caso concreto. Por ello, la definición del contenido de las reglas de la buena fe solo puede ser aproximada, relativa.

LA DOCTRINA TRADICIONALMENTE HA ASIGNADO AL PRINCIPIO UNA FUNCION INTEGRATIVA.

Con base en un concepto de buena fe (nada estable por cierto, cuyo contenido es mutable de autor a autor, de juez a juez) la doctrina conceptualista (en cuanto del concepto deducían ideas de pretensiones normativas), ha intentado la construcción, (invención), —método criticado por la jurisprudencia de intereses— de una serie de posiciones de vínculo derivadas del mismo (se trata de una serie de efectos jurídicos, integrados a los efectos normales de la obligación, en los que el componente de valor es de "necesidad", deberes).

Así la DOCTRINA ALEMANA (ESSER, WEBER) ha establecido una serie de posiciones accesorias, con base en las siguientes directivas:

- a) necesidad para el deudor de realizar los comportamientos instrumentalmente indispensables para la realización de la obligación principal (Nebenleistungspflichten), o sea deberes secundarios de rendimiento.
- b) necesidad para ambas partes de evitar un daño (Sicherungs y Schadenverhütungspflichten), o sea deberes de prevención de daños, deberes de seguridad.
- c) necesidad de respeto del fin (Rücksichtspflichten), deberes de consideración.
- d) necesidad de cooperación recíproca (Mitwirkungspflichten), deberes de colaboración (19).

(16) Falzea hacía notar que "...el punto verdaderamente decisivo del trabajo científico del jurista es que el mismo está dirigido a resolver problemas prácticos, reales, puestos por los casos de la vida y que, como sabemos, los efectos jurídicos, entendidos en su sentido sustancial, no son otra cosa que la respuesta a estos problemas" FALZEA, Eficacia Jurídica, op. cit. supra 5.

(17) Tal como lo sostenía la ciencia jurídica conceptualista del siglo XIX que buscó la unidad lógico formal del Derecho mediante la creación de un sistema conceptual, que fue concebido en forma piramidal. La Ciencia Jurídica fue vista como la construcción de una pirámide conceptual en cuya amplia base estaban los conceptos más específicos, mientras que en los planos superiores estaban aquellos conceptos de mayor capacidad sintética v. RUMELIN, Max. Legal theory and teaching, pág. 9.

El jurista que representó este conceptualismo piramidal, heredero de la idea de sistema fue Puchta. V. SOLARL Storicismo e diritto privato. Torino, 1971. Pág. 265, COING, op. cit. pág. 178. PARESCE. Dogmatica giuridica, Enc. dir. XIII, pág. 192.

El sistema jurídico es concebido como pirámide. Para obtener el conocimiento sistemático es necesario poder recorrer en sentido ascendente tal pirámide, comprendiendo con ello la procedencia de cada concepto. Así, por ejemplo, el concepto de servidumbre de paso es comprensible sólo si se comprende el concepto de derecho subjetivo y, dentro de los derechos subjetivos, sólo si se comprende el concepto de derecho sobre una cosa o derecho real, y, dentro de los derechos reales, sólo si se comprende el concepto de derecho real de goce. En tal forma, la servidumbre de paso puede ser comprendida como derecho real de goce. Por otra parte, Puchta dio otro paso, un paso que le haría merecer las críticas de la Jurisprudencia de Intereses: llegó a admitir la posibilidad de obtener máximas jurídicas de los conceptos. V. COING, Helmuth. La giurisprudenza sociologica e la situazione del diritto privato in Germania. Nuova rivista di diritto commerciale. Cedam. Padova, 1951, vol. 4, pág. 177. En cuanto a las críticas de la Jurisprudencia de Intereses v. RUMELIN, op. cit. pág. 10. HECH, The formation of Concepts, Harvard, pág. 103 y Jurisprudence of Interests. Harvard, págs. 32 y ss.

(18) V. FALZEA, Eficacia jurídica, op. cit. supra 5, pág. 26.

(19) Sobre ellos se ha aclarado:

"Dado que,... la cooperación es prestada por el acreedor en su propio interés, ella no constituye objeto de una obligación suya frente al deudor. Es claro, por ejemplo, que quien ha adquirido un billete de teatro es libre de asistir

La **DOCTRINA ITALIANA**, por su parte ha hablado de una serie de deberes integrativos y de deberes de protección (cuya función es la tutela y protección de la persona y bienes de la contraparte). Se trata en síntesis de a) deberes instrumentales (correspondientes a los *Nebenleistungspflichten* de la doctrina alemana) y de b) deberes de protección y seguridad (correspondientes a los "*Sicherungs*" y "*Schadenverhütungspflichten*" de la doctrina alemana).

A esta posición tradicional (que ha construido esta serie de deberes integrativos) debe observarse: (20)

- a) con relación a los deberes instrumentales, que, ellos son simplemente especificaciones de la obligación principal aplicaciones del principio de conveniencia del efecto al hecho, y no nuevos efectos).
- b) con relación a los "*deberes*" de la segunda categoría puede comprobarse que también, en su mayor parte son especificaciones de la obligación principal.

Veamos algunos ejemplos:

Los llamados deberes "*de cuidado y conservación*".

El contrato de transporte de personas o cosas tiene como prestación el transporte sin daño (y no simplemente el transporte). Expresa el artículo 697 del Código Civil: "*La obligación de dar lleva consigo la de conservar la cosa hasta la entrega*" (21) y el 698: "*La obligación de velar por la conservación de una cosa, (o sea la obligación de conservar) derivase de una principal de dar, o de una de hacer, compele al deudor a emplear en la conservación los cuidados de un buen padre de familia...*". Específicamente dispone el artículo 335 inciso e) del Código de Comercio: *El porteador está obligado:*

- e) *a cuidar y conservar las mercaderías en calidad de depositario desde que las reciba hasta que las entregue a satisfacción del destinatario*".

En materia de arrendamiento encontramos también algunos ejemplos de "*obligaciones*" que no son sino especificaciones de una principal. (Este es un ejemplo de deducción lógica admisible en Derecho, de norma a norma, jamás de concepto a norma). Encontramos por ejemplo el artículo 1128 del Código Civil, según el cual, "*El arrendador... debe entregar al arrendatario la cosa con sus accesorios en estado de llenar el objeto para el cual se arrendó*". El artículo 1130, que expresa: "*El propietario debe hacer las reparaciones...*" (22). El 1133 que dice: "*Los vicios o defectos que impidan o desmejoren notablemente el uso de la cosa no conocidos por el arrendatario al hacerse el contrato, o sobrevenidos en el curso del arriendo, dan lugar a la resolución del contrato o a una disminución del precio según el caso. Si por cualquier motivo el arrendatario se viere privado de una parte de la cosa podrá según el caso, exigir disminución del precio o resolución del contrato*".

Los llamados deberes de protección.

También, en términos generales, en materia de "*cuidado de las cosas*", confirmamos el hecho de que pertenece a la esencia misma de ciertas prestaciones que se lleven a cabo en modo que sean protegidos los bienes (y en ciertos casos la persona) del acreedor. Así, en tema de arrendamiento, el artículo 1144 expresa: "*El arrendatario debe restituir la cosa, al fin del arrendamiento, en el estado en que la recibió, salvo su exención de responsabilidad por las pérdidas o deterioros de que no fuere culpable*". En materia de transporte vemos que (art. 1177) "*El porteador es responsable de la pérdida o de las averías de las cosas que le hayan sido confiadas, salvo pacto en contrario*" (23). También en el mandato podemos ver el deber del mandatario de proveer a la custodia de las cosas (1262 y 1267 C. C.). Igualmente, con relación al depósito (que se constituye precisamente para la guarda y custodia de una cosa mueble) vemos que

o no a la representación... son inaplicables al acreedor las reglas relativas al incumplimiento de las obligaciones". TRIMARCHI, op. cit. supra 11, pág. 325.

(20) NATOLI, op. cit. supra 1.

(21) La obligación de dar conlleva la de conservar. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 42 y 292. págs. 42 y 292.

(22) V. MESSINEO, op. cit. supra 2, vol. IV, 1954, pág. 168.

(23) Responsabilidad del transportista por los daños de las cosas transportadas. MESSINEO, op. cit., supra 2, vol. IV, 1954, pág. 217. Sobre la obl. de custodia en el transporte de cosas. V. TORRENTE, op. cit. supra 7, pág. 520.

"...el depositario no puede usar de la cosa depositada..." (1348 C.C.) y que *"...es obligado el depositario a prestar en la guarda y conservación de la cosa el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas"* (1349 C. C.).

También en materia de Comodato vemos que *"El comodatario no puede emplear la cosa, salvo que la convención se lo permita, sino en el uso a que por su naturaleza está destinada"* (1335 C.C.) y que *"El comodatario está obligado a cuidar de la cosa como buen padre de familia"* (1336 C. C.).

De las anteriores disposiciones puede deducirse la inutilidad de la construcción de una particular categoría de deberes (derivados del principio de buena fe), pues, en general puede admitirse que los llamados deberes integrativos instrumentales no son más que especificaciones de la prestación principal, la cual por su misma esencia sólo encuentra plena satisfacción de un modo determinado. (Modalidades de conducta que ha de ser llevada a cabo para satisfacer el interés que sirve de substrato a la obligación). Del mismo modo pueden considerarse ciertas *"obligaciones"* de seguridad y protección.

Otros ejemplos de deberes de protección específicos (no generalizables) se encuentran en materia laboral. Así, *"Son obligaciones de los patronos: e) proporcionar local seguro para la guarda de los instrumentos y útiles del trabajador"* (art. 69, Código de Trabajo) y, en cuanto a la seguridad no ya de los bienes, sino de la persona de una de las partes de esta relación obligatoria vemos que *"Todo patrono está obligado a adoptar las precauciones necesarias para proteger eficazmente la vida, la salud y la moralidad de los trabajadores"* (art. 193 C.T.) y que *"Es también obligación de todo patrono acatar y hacer cumplir las medidas que tiendan a prevenir el acaecimiento de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales"* (art. 194 C.T.).

El llamado "deber" de comunicación.

Además de este deber de protección la doctrina ha construido con base en el principio de buena fe la exigencia (necesidad axiológica) de que sea asegurada a las partes el completo conocimiento de las circunstancias.

Al efecto se han construido las obligaciones integrativas de: dar aviso y de suministrar información.

Los ejemplos en esta materia se encuentran, en particular en materia contractual:

Así, el artículo 1084 del Código Civil expresa: *"Si el comprador de la cosa mueble deja de recibirla, al vendedor después de constituirlo en mora (24), tiene derecho a cobrarle los gastos de conservación y los daños y perjuicios que se le causen con tener en su poder la cosa; y puede, o hacerse autorizar para depositar la cosa vendida en un lugar determinado y perseguir el pago del precio o demandar la resolución de la venta"*. Por su parte, el artículo 1135 dice: *"El arrendatario pierde el derecho de reclamar la garantía cuando no ha denunciado al arrendador la perturbación o embarazo que sufre..."* y el 1184: *"El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria (para la ejecución de una obra) no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla o que la destrucción haya provenido de mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño"*.

Como puede observarse de los ejemplos citados en general, en estos casos, más que de una obligación se trata de una carga (un límite formal al ejercicio del derecho del acreedor) (25).

Además existiendo todas estas (y muchas otras) disposiciones específicas, ¿dónde estaría la función integrativa del principio de la buena fe?

CARACTERES GENERALES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE:

El principio de la buena fe desarrolla su relevancia en la fase de actuación de la relación obligatoria influyendo sobre las modalidades concretas de ella y, más específicamente, imponiendo al juez valorar el

(24) La función de la mora es la de constatar formalmente el incumplimiento. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 442. En este sentido se considera como hecho de conocimiento del cual deriva su función comunicativa.

(25) En línea general la cooperación del acreedor en el cumplimiento constituye una carga y no una obligación del acreedor mismo. TORRENTE, op. cit. supra 7, pág. 395.

comportamiento de las partes, no sólo sobre la base del mero criterio formal, sino en función de las exigencias concretas que las modalidades del caso pueden revelar. De lo dicho aquí se deriva la consideración del Principio de buena fe como instrumento para la concreta realización del Principio de Convención del efecto al hecho.

En la determinación del contenido de este principio se ha dicho que *"impone a las partes el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la legítima tutela del interés propio"* (26).

Algunos autores (CARNELUTTI, SANTORO PASSARELLI) dan contenido (impreciso) al principio; dicen que es exigencia de lealtad, respeto a la confianza recíproca y escogencia de la solución menos gravosa para la contraparte con base en un principio de solidaridad derivado de la pertenencia de las partes a una misma comunidad jurídica.

Ya esta conceptualización aproximada del principio nos revela que la valoración según las reglas de la buena fe no es una valoración subjetiva o arbitraria. Se trata de una valoración (jurídica) de la relevancia de los hechos, con base en un criterio del cual el juez es intérprete (él no lo crea). De ello deriva que tal valoración está sujeta al control de Casación.

El principio de la buena fe sirve para tener advertido al juez de la necesidad de que, para la valoración de los comportamientos de los sujetos en la fase de actuación de la relación obligatoria, él realice la indispensable conexión entre las disposiciones particulares con las directivas ético-sociales de todo el ordenamiento (expresadas sintética y omnicomprensivamente en la Constitución: respeto de la personalidad de los sujetos, de su seguridad, de su libertad, de su dignidad humana). Ya sabemos según se vio al analizar la teoría de la eficacia jurídica que *"el efecto se determina en función del entero sistema y no del artículo de ley particular"* (27). Se trata de una valoración que debe darse necesariamente (de oficio) una vez agotada la valoración *"sub specie stricti iuris"* y sea constatada la correspondencia o disconformidad formal del comportamiento de las partes con la previsión legal. Se podrá entonces constatar una coincidencia, o falta de ella, entre las dos valoraciones: la legalista y la verdaderamente jurídica. En el primer caso (o sea en caso de conformidad) no hay problema. En el segundo caso (en el de disconformidad) se tratará de decidir cuál de las dos valoraciones debe prevalecer. La solución correcta debe dirigirse hacia la preferencia de la valoración según buena fe. Ella es, un criterio para determinar la conformidad de los comportamientos de los sujetos con las directivas axiológicas del Ordenamiento, en función de su capacidad para satisfacer los concretos intereses jurídicos.

De lo anterior puede concluirse que no es una valoración meramente subsidiaria, a la que se recurre sólo cuando no se pueda determinar la común intención de las partes, sino que es una valoración que necesariamente ha de encontrarse presente en todo examen de los comportamientos de actuación de una relación obligatoria (contractual o extracontractual).

(26) El mismo implica el deber de comportarse en modo de no sacrificar el interés ajeno y de no sobrepasar los límites de la legítima tutela del interés propio. MESSINEO, op. cit. supra 2, pág. 27.

(27) V. FALZEA, op. cit. supra 5, pág. 38.

PARTE II:

EL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR

LA POSICION DEL ACREEDOR:

Tradicionalmente el estudio de la relación obligatoria, en su fase de actuación, se encuentra referido al deudor (examen del cumplimiento y de la satisfacción del interés del acreedor).

Sin embargo, la posición del acreedor es la posición jurídicamente predominante de la relación obligatoria. Tal preponderancia se mantiene se verifique o no el cumplimiento.

Caracteres del comportamiento del acreedor:

Es expresión de un derecho subjetivo (es, como se ha visto, la realización del componente de hecho de un efecto jurídico, en el que el componente de valor es de posibilidad).

Es facultativo. La valoración jurídica que recae sobre él es "*de posibilidad axiológica*".

Su falta de ejercicio no tiene otra consecuencia más grave que la posible extinción del derecho, sea por verificación de la prescripción, (art. 865: "*Por la prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo*"), o bien por sobrevenir una imposibilidad de cumplimiento de la prestación por una causa no imputable al deudor, (art. 830: "*Se extingue la obligación cuando perece la cosa cierta y determinada, debida pura y simplemente o a término, que era objeto de la obligación...*". Art. 831: "*Para que esa pérdida produzca la extinción de la obligación es necesario: que la pérdida haya acaecido por caso fortuito sin que haya mediado hecho o culpa del deudor... etc.*") o porque se considera realizado el interés, a pesar del comportamiento pasivo del acreedor (en el caso de mora del acreedor: depósito si el acreedor no acepta).

En síntesis, en principio, el comportamiento del acreedor se presenta como un comportamiento libre (no necesitado).

A pesar de lo dicho, algunos (28) piensan que en determinados momentos de la actuación de la relación obligatoria, el comportamiento del acreedor se presenta como "*necesitado*" (no libre); se habla de particulares obligaciones que pesan sobre el acreedor en cuanto tal (y no en cuanto deudor, a su vez, como ocurre en las obligaciones con recíprocas prestaciones).

Tales obligaciones que se quieren atribuir al acreedor son:

- a) la necesidad de no agravar la posición del deudor.
- b) la necesidad de no obstaculizar o impedir el cumplimiento por parte del deudor.
- c) la necesidad de cooperar en tal cumplimiento.

Ejemplos:

- a) Responsabilidad del hotelero si hay aviso inmediato.
- b) Aviso al asegurador inmediatamente.

Tales deberes son expresión de determinados límites formales inherentes al derecho del acreedor.

Se trata, en efecto, de actividades que el acreedor debe desarrollar no en el interés del deudor, sino en su propio interés y, precisamente por ello, no pueden ser consideradas como una obligación en sentido técnico. Son condiciones esenciales para que el acreedor pueda obtener el resarcimiento de su propia pretensión.

Estos tales "*deberes*" representan la especificación del más general deber que la ley impone al titular

(28) FALZEA, Angelo. L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore. Giuffrè-Ed. Milano.

de todo derecho subjetivo, de cualquier categoría, de no sobrepasar los límites de las facultades que le ha otorgado el ordenamiento, agravando la posición del sujeto pasivo.

En cuanto a la "obligación" de no obstaculizar el cumplimiento y a "la" de cooperar en él:

En realidad estos tales "*deberes*" cuando no vienen realizados no pueden considerarse como "obligaciones incumplidas", sino como hechos que vienen a excluir el incumplimiento por parte del deudor. (Hechos que han producido el incumplimiento por razones imputables al acreedor; entonces, no generan responsabilidad por incumplimiento para el deudor).

En consecuencia, no se trata de obligaciones del acreedor.

Veamos un ejemplo:

Se habla del deber del acreedor de cooperar a la actividad de cumplimiento del deudor, por ejemplo en una compraventa tiene el "*deber*" de recibir el bien.

Sin embargo, encontramos disposiciones como el artículo 1084 del Código Civil:

"Si el comprador de la cosa mueble deja de recibirla, el vendedor, después de constituirlo en mora, tiene derecho a cobrarle los gastos de la conservación y los daños y perjuicios que se le causen con tener en su poder la cosa; y puede, o hacerse autorizar para depositar la cosa vendida en un lugar determinado y perseguir el pago del precio, o demandar la resolución de la venta".

Así, el destinatario podrá no valerse del derecho de recibir las cosas, pero no podrá impedir que el obligado (que ha hecho cuanto debía) se libere de toda ulterior responsabilidad depositando las cosas.

En síntesis, en esta hipótesis no es necesario hablar de un especial deber del acreedor de cooperar con el deudor, puesto que legalmente se encuentra la previsión que, atribuyendo un derecho potestativo al deudor, le permite prescindir de esa cooperación.

Es interesante además observar que en este caso el depósito por cuenta del comprador no es una sanción (derivada del incumplimiento de una "*obligación*" sino una medida que es adoptada también en el interés del mismo comprador, además que con el fin de liberar al vendedor de toda responsabilidad.

¿Cuáles son las razones generales que fundamentan la idea de que existe una obligación del acreedor de cooperar con el deudor?

Se habla de la positiva relevancia del interés del deudor a conseguir la liberación del vínculo obligatorio.

Es cierto que para el Ordenamiento es relevante el interés del deudor a conseguir la liberación del vínculo; sin embargo la tutela de este interés es asegurada mediante ciertos mecanismos, como el que hemos analizado anteriormente, que permiten al deudor liberarse del vínculo sin la cooperación del acreedor constatando al mismo tiempo que él había hecho todo cuanto debía hacer para el exacto cumplimiento de la obligación.

En síntesis, para la explicación del medio de satisfacción del interés del deudor no es necesario recurrir a la configuración de la obligación, o sea, no es necesario utilizar el esquema de la obligación. Basta el reconocimiento de una posición típicamente instrumental, como lo es el derecho potestativo.

MODOS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE CREDITO

Uno de sus modos de ejercicio se produce mediante actos dispositivos:

Ej.: cesión, (art. 1104 del C.C.): "*La propiedad de un crédito pasa al cesionario por el solo efecto de la cesión...*".

Tal cesión produce una modificación subjetiva de la relación (eficacia innovativo-modificativa).

Ej.: Remisión (821-825 del Código Civil) que es también un acto dispositivo (como una donación).

Tal remisión da lugar a una hipótesis de liberación del deudor y extinción de la relación (efecto innovativo-extintivo) independientemente de la correspondiente actuación.

El ejercicio de la facultad de disposición no es, sin embargo, la modalidad más característica de ejercicio del derecho de crédito. Los derechos reales la contienen también. Ella consiste más bien en el

ejercicio de actividades concretas tendientes a obtener el cumplimiento por parte del deudor, que se dividen en dos grupos:

- a) Requerir la prestación.
- b) Recibir la prestación.

Además, un tercer aspecto conexo con los anteriores:

Actividades dirigidas a la conservación de la garantía patrimonial.

Encuentra sus más relevantes expresiones en:

- la acción subrogatoria.
- la acción revocatoria.

Veamos separadamente estos tipos de comportamientos del acreedor:

- a) Comportamiento del acreedor dirigido a requerir el cumplimiento del deudor:

La relevancia de este comportamiento se manifiesta en diversas disposiciones; de especial importancia las relativas al tiempo del cumplimiento.

Art. 774: Si la época en que debe ser exigible la deuda no está indicada en el título, "el acreedor puede inmediatamente demandar el pago...".

Art. 773: (Que impide que el acreedor pueda exigir la prestación antes de su vencimiento):
"lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste...".

Art. 777: (Que legitima al acreedor a exigir la prestación inmediatamente, no obstante la existencia de un término a favor del deudor, cuando ocurren ciertas circunstancias que hacen caducar el beneficio del plazo).
"El deudor no puede reclamar el beneficio del plazo, a menos de garantizar el pago de la deuda:

- 1) Cuando se le hubiere declarado insolvente.
- 2) Cuando se han disminuido las seguridades que había dado al acreedor en el contrato, o no ha dado las que por convenio estaba obligado a dar,... etc...".

Por otra parte existen algunas disposiciones que determinan ciertos efectos jurídicos derivados de un comportamiento de este tipo (del acreedor). Por ejemplo, el efecto conservativo-fortalecedor que encontramos en materia de interrupción de la prescripción.

Art. 876 C.C.: "Toda prescripción se interrumpe civilmente: 2— por el emplazamiento judicial, embargo o secuestro notificado al deudor...".

Art. 879: "La prescripción negativa se interrumpe también por cualquier gestión judicial o extra-judicial para el cobro de la deuda y cumplimiento de la obligación (29).

Ello confirma la relevancia del comportamiento del deudor dirigido a requerir la prestación.

Esta conducta del acreedor da lugar a un comportamiento unilateral, que, por estar destinado a una persona determinada (el deudor) puede ser calificado como recepticio.

Se trata de lo que la doctrina ha denominado tradicionalmente un acto jurídico no negocial, (a pesar de ser manifestación de voluntad) por cuanto es evidente que los efectos no son conformados por una voluntad dirigida a producirlos. (La consecuencia práctica de ello es la inaplicabilidad al requerimiento de las reglas relativas a la capacidad de actuar de los sujetos y a los vicios de la voluntad negocial).

FORMA Y CONTENIDO DEL REQUERIMIENTO:

Forma (del acto de requerimiento): Para ciertos efectos (como la interrupción de la prescripción) no son necesarias formalidades especiales. Para otros efectos sí (demanda judicial exigiendo el pago).

(29) V. SALA DE CASACION, No. 109 de las 16:15 hrs. de 29 de noviembre de 1966. Tomo 2, II semestre, pág. 704, y No. 57 de 15:45 hrs. de 6 de junio de 1961, II tomo, I semestre, pág. 686.

Contenido (del acto de requerimiento): Basta que el mismo revele la intención del acreedor, (debe ser del acreedor. Así: *"la prescripción negativa no se interrumpe por gestiones de un tercero"* (30) de solicitar el cumplimiento.

Como se ha dicho, el requerimiento de cumplimiento es recepticio; en consecuencia debe ser llevado a conocimiento del deudor que es su destinatario natural (con comunicación a él dirigida).

Hemos examinado hasta aquí forma y contenido del requerimiento de cumplimiento. Veamos ahora la colocación temporal y espacial de este comportamiento del acreedor.

TIEMPO DURANTE EL CUAL EL ACREEDOR PUEDE EXIGIR O DEMANDAR EL CUMPLIMIENTO.

Dos hipótesis:

1.— Que no se haya fijado preventivamente ningún término o plazo en el cual deba cumplirse la prestación.

Dos posibilidades:

- a) Que dependa de la voluntad del acreedor (art. 774).
- b) Que dependa de la voluntad del deudor (775).

2.— Que se haya fijado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación.

Veamos estas hipótesis:

I. Que no se haya fijado preventivamente el plazo.

El término es un límite al ejercicio del derecho del acreedor. Si no existe tal límite el ejercicio del derecho puede realizarse de inmediato (1774 C.C.).

Esta regla debe entenderse en sentido relativo. Ella es aplicable *"a menos que la obligación por su naturaleza o por disposición especial de la ley, requiera, para ser exigible, el lapso de cierto tiempo"* (art. 774 C.C.).

En consecuencia, en ausencia de una fijación comercial de término, el mismo puede ser deducido de la naturaleza de la obligación, en consideración a sus finalidades normales, o bien, puede considerarse que la falta de fijación de un término debe interpretarse como un tácito acuerdo de las partes sobre un término considerado normal en relación a la naturaleza de la prestación y a los recíprocos intereses jurídicamente relevantes.

La limitación que esta segunda parte del artículo 774 establece al principio debe referirse a particulares situaciones de hecho.

Hay hipótesis donde la necesidad de un término es algo inherente a la estructura de la obligación misma. Tales hipótesis tienen una regulación propia.

Así: Con relación al contrato de mutuo (préstamo gratuito de cosas fungibles) tenemos el 2o. párrafo del artículo 1344 del C.C.:

"No habiéndose dicho nada acerca del plazo, la restitución se hará treinta días después de la entrega de la cosa, hecha al mutuario".

En las otras hipótesis donde la naturaleza de la prestación exija un plazo para el cumplimiento, pueden presentarse algunos problemas: puede ocurrir que las partes no se pongan de acuerdo sobre la necesidad (derivada de la naturaleza de la prestación) de un plazo, o bien, que no se pongan de acuerdo para fijar la medida de este plazo.

En tales casos corresponde al juez establecer la medida en que la obligación (por su naturaleza) exige la existencia de un cierto lapso para su cumplimiento. Se trata de una valoración de hecho mediante la

(30) SALA DE CASACION, No. 11 de 10:30 hrs. de 28 de enero de 1956, tomo I, I semestre, pág. 164.

cual se establece, dada la situación, cuál es el término dentro del cual la prestación puede cumplirse. Para tal valoración se acude a los usos (El art. 1023: *"Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta"*).

El poder del juez sirve para contener dentro de límites razonables el principio general que legitima al acreedor para exigir inmediatamente la prestación, adecuando la relación obligatoria a las efectivas exigencias de hecho. Se trata de una intervención del juez de carácter integrativo, en cuanto sirve para integrar la programación negocial.

II. Que haya sido fijado el plazo en la regulación negocial.

En esta segunda hipótesis desaparece toda posibilidad de intervención integrativa para el juez, al cual no le queda otra cosa que constatar la existencia del término convencional. La particular relevancia del término no puede ser alterada por el juez; ella sólo puede ser superada por la ley o por las partes.

I. Por la ley: como ocurre con la llamada decadencia del beneficio del término (según el art. 777 del Código Civil).

II. Por las partes:

- a) modificación convencional
- b) concesión de una prórroga (comportamiento del acreedor)
- c) anticipación del cumplimiento (comportamiento del deudor; art. 773, última idea).

Antes de analizar el esquema planteado veamos cuáles son las reglas del Código relativas al cómputo del término para el cumplimiento de las obligaciones.

En esta materia se tiene un campo de aplicación extensiva del art. 881 del C.C.: *"En las prescripciones por meses y por años, se cuentan unos y otros de fecha a fecha, según calendario gregoriano. Si el término fuere de días, el día en que principia se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que termina debe ser completo"*.

La aplicación extensiva referida encuentra justificación en el artículo 882 del mismo Código: *"La disposición del artículo anterior se aplicará también a todos los plazos o términos señalados por la ley o por las partes, en las convenciones y relaciones civiles de las personas, salvo que en la misma ley o en el convenio o acto jurídico se disponga otra cosa"*.

Veamos las posibles hipótesis de fijación convencional del plazo:

- a) Sin que se especifique a favor de quien.
- b) Especificado que es a favor del acreedor.
- c) Especificado que es a favor del deudor.
- d) Especificado a favor de ambos.

En realidad son 3 porque a) y c) coinciden ya que el artículo 776 del C.C. establece una presunción (iuris tantum) por la cual *"el plazo se presume estipulado en favor del deudor..."* por lo cual, en ausencia de acuerdo expreso sobre el punto, el término juega a favor del deudor. (Debe aclararse que esta presunción tiene vigencia siempre, cualquiera que sea la fuente de la obligación).

La función del término a favor del deudor la encontramos en el artículo 773 C.C.: *"Lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste"*, o sea, el acreedor no puede exigir la prestación antes del vencimiento del término.

TERMINO Y CONDICION.

Teoría tradicional: (BARASSI): la no exigibilidad del crédito es la prueba de inactualidad de la relación obligatoria antes del vencimiento del término. En este sentido, se dice, la función del término inicial es del todo análoga a la de la condición suspensiva, en cuanto ambos provocan un *"atraso"* en el nacimiento de la relación; la diferencia se ha establecido con base en que mientras se mantiene esta situación de falta de exigibilidad en el caso del término existe una expectativa cierta, mientras que en el

caso de la condición suspensiva se trata de una posición de interés solamente eventual, no seguro. Se establece la diferencia con fundamento en la antítesis certeza-incerteza.

T. de Natoli: la diferencia puede encontrarse más bien en que en el caso de la condición suspensiva existe una situación de relevancia, mientras que en el caso del término surge la situación jurídica pero se atrasa su ejecución.

No faltan sin embargo los casos en que se habla indiferentemente de crédito sujeto a término o a condición suspensiva. Un artículo de nuestro Código Civil da la base para establecer la distinción. Expresa el 604: *"El legatario adquiere el legado... a término cierto... desde que muere el testador. El legado o herencia cuya existencia dependa de condición suspensiva no se adquiere por el legatario o heredero, sino al cumplirse la condición"*.

La diferencia se nota si se observa que el acreedor bajo condición suspensiva puede antes del verificarse de la condición ejercer todos los actos conservatorios de su derecho (art. 683 del C.C.), sólo los actos conservatorios; la realización de su interés se encuentra excluida porque su derecho todavía no existe y él no es todavía acreedor. Esta posibilidad existe, en cambio, para el acreedor a término, aún antes del vencimiento (aunque dentro de ciertos límites). La plena validez del pago anticipado y la consecuente exclusión de la repetición de lo que ha sido pagado antes del vencimiento; *"lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado"* (art. 773 C.C.) son la demostración más convincente de la perfecta existencia del crédito desde antes del vencimiento, y al mismo tiempo, aclaran que la función del término (a favor del deudor) se desarrolla no respecto a la existencia, sino con relación solamente al ejercicio del derecho de crédito, sin excluir la eventualidad de una realización anticipada del interés del acreedor. Una confirmación ulterior se tiene con la llamada decadencia del beneficio del término (art. 777 C.C.) que eliminando todo límite temporal al ejercicio del crédito legitima al acreedor a exigir inmediatamente la prestación.

TERMINO A FAVOR DEL ACREEDOR O A FAVOR DE AMBOS SUJETOS (ACREEDOR Y DEUDOR)

Estas dos hipótesis tienen en común la característica de depender de una previsión específica (en la ley o en la voluntad expresa o tácita de las partes). Se diferencian en razón de que la primera implica una inversión de las reglas válidas cuando el término es a favor del deudor, mientras que la segunda, dando lugar a la aplicación contemporánea de reglas opuestas, quita al término toda elasticidad y lo hace fijo.

En cuanto al término a favor del acreedor encontramos que en tal caso éste está legitimado para pedir la prestación en cualquier momento. El ejercicio de su derecho no encuentra un límite temporal. Correlativamente el deudor no puede exigir ser liberado antes del vencimiento si el acreedor no lo quiere.

No da lugar a ulteriores consideraciones la hipótesis en que el término vale para ambas partes como ocurre con el mutuo oneroso.

Las reglas expuestas hasta aquí se refieren al término inicial, considerando como tal el momento a partir del cual la prestación llega a ser exigible.

MODALIDADES ESPACIALES DE LA ACTIVIDAD DEL ACREEDOR DIRIGIDA A REQUERIR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

Hemos analizado:

COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR.

A) Sentido y caracteres (facultativo)

B) Modos de ejercicio de la posición del acreedor

1) **Actos dispositivos** (no es característico específicamente de los derechos de crédito).

2) **Actos característicos.**

a) **Requerir la prestación.**

—modalidades
temporales.

Pasemos ahora al examen de las modalidades espaciales y al comportamiento del acreedor relativo a la recepción de la obligación:

Modalidades espaciales.

Lugar del cumplimiento (o sea lugar donde se RECIBE la prestación) y lugar del REQUERIMIENTO de cumplimiento pueden coincidir, pero también pueden ser diversos.

Art. 778 C.C.: El pago debe hacerse en el lugar designado expresa o implícitamente en el título de la obligación; en defecto de designación, en el domicilio del deudor al contraerse la deuda, a menos que la obligación tenga por objeto una cosa determinada, pues entonces se hará el pago en el lugar en que se encontraba al firmarse la obligación.

COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR DIRIGIDO A RECIBIR LA PRESTACION.

El "recibir" la prestación es el segundo aspecto del ejercicio del derecho de crédito.

Este comportamiento (de recibir la prestación) no es "necesitado" (no existe una obligación para el acreedor).

LA CAPACIDAD DEL ACREEDOR.

En principio existe la regla del que el acreedor en el momento de recibir el cumplimiento de la prestación debe ser capaz (de actuar). La incapacidad produce la invalidez del pago como tal; en consecuencia: la prestación efectuada al incapaz no libera al deudor.

Este principio tiene una excepción que veremos seguidamente.

Principio y excepción se encuentran previstos en el artículo 768 del Código Civil: "*El pago hecho al acreedor que no tiene la libre disposición de sus bienes no es válido sino en cuanto le aprovecha*".

Como se observa la ley ha puesto a cargo del deudor el probar que lo que fue pagado al acreedor incapaz ha sido (parcial o totalmente) beneficioso para él, ha sido efectivamente empleado en su ventaja. En los límites en que esta demostración se verifique se produce la liberación del deudor.

Para que el pago de una deuda a un incapaz pueda desarrollar su normal eficacia liberatoria (innovativo-extintiva) es necesario que sea hecho al representante legal. (Art. 766: El pago debe ser hecho al mismo acreedor o a quien legítimamente represente sus derechos).

ASPECTOS DIVERSOS QUE PUEDE PRESENTAR EL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR DE RECIBIR LA PRESTACION.

En general (salvo las llamadas obligaciones negativas) todas las otras requieren el concurso de la actividad del acreedor, (aunque mínima).

EN LAS OBLIGACIONES DE DAR:

El cumplimiento se verifica cuando el deudor en el tiempo y en el lugar convenidos, o bien establecidos por la ley, pone a disposición del acreedor la cosa (o cosas) objeto de su prestación.

Correspondientemente, en este caso, el comportamiento del acreedor consiste, generalmente, en acoger en su esfera de propia disposición material la cosa o las cosas debidas.

SUJETOS DE LOS CUALES LA OFERTA DE CUMPLIMIENTO PUEDE VENIR.

En principio, del deudor es el verdadero obligado, y, por ello es el sujeto del cual normalmente puede venir la oferta de cumplimiento. Sin embargo, puede ocurrir que tal oferta venga de un tercero (respecto a los sujetos originarios de la relación).

Nuestro Código Civil en su artículo 765 expresa: *"Cualquiera puede pagar a nombre del deudor, aún oponiéndose éste o el acreedor; en caso de concurso un coacreedor puede hacer el pago aún contra la voluntad de ambos."*

Si para la obligación de hacer se han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor".

El término tercero se emplea para indicar un sujeto, extraño a la relación que liga acreedor y deudor.

El cumplimiento del tercero está caracterizado por un elemento volitivo debidamente exteriorizado que consiste en el *"animus"* de realizar el derecho del acreedor. La extinción de la obligación del deudor respecto a tal elemento se presenta como un momento ulterior y puramente eventual; ya que la obligación no se extingue si se produce una subrogación (según el artículo 786 que al respecto dice: *"El acreedor que recibe de un tercero el pago de la deuda, aunque no está obligado a subrogar a éste en sus derechos y acciones, puede hacerlo, con tal que la subrogación y el pago sean simultáneos y que conste aquella en la carta de pago"*) según veremos más adelante.

De lo dicho se observa que para los fines de la realización del interés que se encuentra en la base del derecho del acreedor, la ley no considera siempre indispensable la prestación del deudor.

La actividad del deudor se presenta como un medio, (pero no necesariamente el único) para la realización del interés del acreedor (NICOLO). De ahí se ha hablado de la fungibilidad del comportamiento del deudor.

Frente a la oferta del tercero, el acreedor, no siempre puede oponerse. Sin embargo, la obligación de hacer no puede ser cumplida por un tercero contra la voluntad del acreedor si este tiene interés de que sea cumplida por el mismo deudor, esto es, cuando se han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor.

PAGO CON SUBROGACION.

Cumplimiento efectuado por un tercero y subrogación.

La liberación del deudor cuando el cumplimiento es realizado por un tercero es una consecuencia meramente eventual, que se verifica solamente cuando no tenga lugar la subrogación y el tercero no se coloque en la posición del acreedor satisfecho, asumiendo él mismo la posición del acreedor.

Es una facultad del acreedor dar lugar a la subrogación, pero ello debe ocurrir precisamente en el momento en que el tercero ofrece la prestación y el acreedor la recibe. El citado artículo 768 C.C. afirma: *"con tal que la subrogación y el pago sean simultáneos"*. Se requiere, pues, una específica manifestación de voluntad, que se concreta en un típico negocio unilateral y que en todo caso, debe ser hecha en modo expreso. No sería, por ello, suficiente la declaración del acreedor de haber recibido del tercero la prestación debida (o sea por medio de un recibo). Dice el artículo en examen: *"con tal de que conste aquella en la carta de pago"*.

La subrogación realizada por el acreedor recibiendo la prestación del tercero, se diferencia bajo ciertos aspectos de la cesión del crédito (art. 1104 C.C.). La diferencia se refiere no solamente a la estructura del negocio que, en un caso se caracteriza como unilateral (subrogación) y en el otro como bilateral (cesión), sino también a su relevancia. Si bien, en efecto, en ambos casos tenemos una modificación relativa al sujeto activo de la relación, la subrogación pone *"fuera de juego"* al acreedor originario, también frente al deudor sin necesidad de la notificación, necesaria al efecto en la cesión (art. 1104 C.C.).

ASPECTOS MARGINALES DEL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR.

Como consecuencia del recibir la prestación se presentan algunos aspectos ulteriores. Se trata de

comportamientos necesarios del acreedor (verdaderos deberes) como tal, en cuanto (y en los límites en que) su derecho ha sido satisfecho.

Tales obligaciones son sustancialmente dos: por una parte, en efecto, debe dar al deudor el recibo en el cual hace constar la recepción de la prestación (esta obligación genérica se deduce de los artículos 779 y 781 C.C.) y además, debe permitir la liberación de los bienes que le han sido dados en garantía de la satisfacción de su derecho (respecto a los vínculos que limitan su disponibilidad).

A ambas obligaciones corresponden dos precisos derechos del deudor (que ya ha dejado de serlo): el derecho al recibo (puede también corresponder al tercero que efectúa el pago) y el derecho a la liberación de la garantía (que también corresponde al tercero que haya vinculado sus propios bienes, en la hipótesis —por ejemplo— del artículo 409 C.C. relativa a la hipoteca para garantizar deudas ajenas).

PARTE III:

EL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR DURANTE LA FASE DE ACTUACION DE LA RELACION OBLIGATORIA

En la primera parte de este trabajo hemos visto como la actuación de la relación obligatoria se realiza con el comportamiento de las partes (como expresiones concretas de las respectivas posiciones de acreedor y deudor).

Ambos comportamientos se encuentran sometidos a un único y general criterio de valoración: el de la buena fe.

Del comportamiento del acreedor hemos analizado sus dos posibles momentos de desarrollo (momento de requerir la prestación y momento de recibirla).

Para completar el cuadro es necesario pasar ahora el análisis del comportamiento del deudor, esto es, del sujeto pasivo de la relación obligatoria.

Para seguir con el mismo método de análisis veremos el sentido y las modalidades del referido comportamiento.

LA POSICION DEL DEUDOR.

A diferencia del comportamiento del acreedor que, en cuanto expresión del ejercicio de un derecho subjetivo es, como se ha visto, esencialmente libre y facultativo, el comportamiento del deudor, como expresión del cumplimiento de una obligación es, en cambio, por naturaleza típicamente necesitado o debido.

Ello se explica en cuanto el deudor no es jurídicamente árbitro de decidir si realizar o no aquella actividad que corresponde al contenido de su obligación; él debe realizarla, ya que, en caso contrario, se encontraría automáticamente en la situación de ilegitimidad (esto es, de no conformidad con la ley) que se suele denominar INCUMPLIMIENTO que, en cuanto dependiente de su culpa conlleva la aplicación de determinadas sanciones (resarcimiento del daño, resolución de la relación, art. 692 Código Civil).

ANALISIS DE LA TESIS DE FALZEA:

Este autor ha querido ver, como lo hemos analizado, la existencia de una valoración de necesidad sobre el comportamiento del acreedor (que según analizamos era fundamentalmente libre). Del mismo modo, correlativamente, desde el punto de vista del interés del deudor a la liberación del vínculo obliga-

torio ha hablado de un "verdadero" derecho subjetivo del deudor (derecho al cumplimiento de la obligación). Según esta tésis, el comportamiento del deudor no es solamente necesitado o debido, sino también expresión de un derecho subjetivo (libre y facultativo). Se ha planteado así la existencia de un "derecho del deudor a conseguir la liberación mediante cumplimiento".

Como fundamento de la afirmación anterior se ha hecho notar que el Derecho Civil permite al deudor rechazar las ventajas de una liberación por renuncia unilateral (remisión) del acreedor (según el artículo 821 "La remisión está sometida en cuanto al fondo a las reglas de las donaciones...", y las donaciones deben ser aceptadas. Art. 1399 Código Civil).

Estas disposiciones, sin embargo lo que parecen demostrar es que la ley no considera indiferente el punto de vista (y por ello la decisión) del deudor con relación al modo en el cual deba producirse la extinción de la obligación.

En realidad estas disposiciones que establecen que la declaración del acreedor de remitir la deuda debe contar con la aceptación del deudor, encuentran justificación no tanto en el interés del deudor a cumplir, sino en su interés (jurídicamente considerado importante) a rechazar una solución que aunque ventajosa es fruto de una concesión del acreedor que puede que no sea deseada y que, al mismo tiempo, puede ser capaz de dar a la relación un colorido equívoco al cual pueden conectarse reflejos sociales negativos.

En síntesis, es innegable la existencia del derecho de rechazar esta solución ventajosa derivada de un acto unilateral del acreedor. Es, sin embargo, innegable también que este derecho no implica (lógicamente) un derecho al cumplimiento (el cual es, en todo caso un deber).

Se podría, superficialmente, describir la situación diciendo que con el rechazo de los efectos de la remisión el deudor prefiere (escoge) el cumplimiento. Sin embargo, se trata de una escogencia puramente aparente, pues la alternativa no tiene por polos el cumplimiento o el incumplimiento, sino el aprovechar o no de la renuncia del acreedor.

En cuanto a la llamada liberación coactiva del deudor, como ya lo hemos analizado en la parte II, es claro que ella no comporta la afirmación de un derecho del deudor a pretender la cooperación del acreedor para los efectos del cumplimiento (y, pues, de una obligación del acreedor de cooperar).

El interés a la liberación del vínculo es relevante en cuanto el acreedor no puede pretender más de lo que le es debido y el deudor no debe prestar más (de lo que está "in obligatione") y por ello no está obligado a sufrir la continuación del vínculo obligatorio más allá de sus límites normales de duración (por causa de una decisión arbitraria y unilateral del acreedor). Ello justifica la existencia de mecanismos de tutela como la posibilidad reconocida al deudor de liberarse (coactivamente), o bien (más precisamente) de obtener la liberación no obstante la actitud negativa del acreedor cuando este rechaza o no recibe "sin motivo legítimo" la prestación debidamente ofrecida.

Lo anterior significa que el interés del deudor a la liberación funciona como límite (externo) del derecho del acreedor, cuyo ejercicio, visto como "no recibir la prestación" se justifica solamente cuando se encuentre motivado por una exigencia prevaleciente.

Precisamente con el fin de tutelar la posición del deudor, la ley reconoce a éste un particular derecho potestativo, esto es, una posición subjetiva activa meramente instrumental. No es posible apoyarse en esta posición instrumental para afirmar la existencia de un derecho del deudor al cumplimiento.

OTRAS HIPOTESIS EN LAS QUE SE PLANTEA EL PROBLEMA DE LA "LIBERTAD" JURIDICA DE DETERMINACION DEL DEUDOR.

- a) Este problema se plantea cuando el contenido de la prestación deba determinarse en concreto con relación a un fin específico pre-fijado, de modo que corresponda al deudor apreciar cuáles son los medios en cada caso necesarios e idóneos para el logro de tal fin, así como dirigir en el sentido respectivo la propia actividad.

Ello ocurre por ejemplo en el caso de la obligación de administrar, que se da en el mandato en el que hay poder general. El artículo 1255 del Código Civil enumera una serie de "Facultades" ("celebrar los convenios y ejecutar los actos necesarios para la conservación o explotación de los bienes, intentar y sostener judicialmente las acciones posesorias y las que fueren necesarias para interrumpir

la prescripción respecto de las cosas que comprende el mandato, alquilar o arrendar los bienes muebles e inmuebles hasta por un año..., vender los frutos así como los demás bienes muebles que por su naturaleza están destinados a ser vendidos o se hallen expuestos a perderse o deteriorarse, exigir judicial y extrajudicialmente el pago de los créditos y dar los correspondientes recibos, y ejecutar todos los actos jurídicos que según la naturaleza del negocio se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como consecuencias necesarias al mandato.").

Debe aclararse que si bien es cierto que en estos casos y otros semejantes se habla de facultades, de poderes o de derechos y no de obligaciones, con tal término no se hace otra cosa que fijar los límites de la legitimación del administrador en relación al contenido de la obligación. En efecto, se trata de una "libertad" que no se refiere a la prestación en cuanto tal, sino solamente a sus modalidades; la prestación sigue siendo siempre debida. Más que de una libertad de tal actividad debe hablarse de una discrecionalidad, puesto que ella, no sólo es necesaria sino que está vinculada al fin.

- b) Un fenómeno análogo se tiene también en las obligaciones genéricas dado que en ellas se reconoce al deudor una cierta facultad de escoger con relación a la cosa que es objeto de la prestación. Se trata también aquí de una pseudo-facultad (contenido en límites bastante estrechos) que se refiere sólo a las modalidades y no a la prestación en cuanto tal (que siempre es debida).

Las mismas consideraciones sirven para las obligaciones alternativas en las cuales puede corresponder (art. 654) del Código Civil) al deudor la escogencia de la prestación.

Con relación a las obligaciones facultativas que, como se sabe, se distinguen de las precedentes porque la prestación es única, pero está permitido al deudor el escoger una prestación diversa (arts. 659 y 660 Código Civil) también observamos que la decisión del deudor se refiere sólo al "como" (a las modalidades) de la prestación, pero no a la misma prestación en cuanto tal (que aquí también es debida).

NATURALEZA JURIDICA DEL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR

Para algunos autores el carácter "debido" del comportamiento del deudor es expresión de una modalidad puramente extrínseca, ya que el referido comportamiento tiene relevancia en cuanto acontecimiento objetivo del cual derivan determinadas consecuencias, no interesando ningún perfil subjetivo del fenómeno.

Dentro de los que sostienen tal posición encontramos: aquellos que consideran el comportamiento del deudor como un puro y simple hecho jurídico (OPPO, CARIOTA-FERRARA, BARASSI), los que lo consideran como un acto no voluntario o meramente exterior (MIRABELLI) y los que lo califican de acto efectual (MESSINEO), etc.

Todas estas posiciones presentan una desvaloración (con diversas gradaciones) del elemento psicológico del comportamiento del deudor.

Otra parte de la doctrina se ha planteado el problema de la naturaleza del pago atendiendo a algunos de sus aspectos subjetivos.

La negación de relevancia de los momentos subjetivos se ha basado en la afirmación de la inaplicabilidad al pago de las normas relativas a los vicios del consentimiento. De ahí se ha llegado a la negación de naturaleza negocial al pago sin que ello implique que el pago tiene naturaleza de mero hecho jurídico.

Veamos:

ERROR: fuera de los casos de pago hecho a persona diversa (del verdadero acreedor) que serían los únicos donde el error podría presentar el carácter de esencialidad, es difícil encontrar otras hipótesis.

Sin embargo en esta hipótesis ni siquiera se puede hablar de pago (o cumplimiento) pues el error transforma la figura dando lugar a una figura primaria diversa: el pago indebido (previsto en el art. 803 del C.C.: "El que pagare, por error de hecho o de derecho, o por cualquier otro motivo, pagare lo que no debe, tendrá acción para repetir lo pagado", precisamente porque la prestación efectuada no corresponde a una obligación).

Otra posible hipótesis de relevancia del error se encuentra en la norma que excluye la repetición del

pago anticipado (aunque la anticipación se deba a error sobre el momento de vencimiento del plazo: "*La norma afirma*". Art. 773: "*Lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes de la expiración de éste; pero lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado*").

El problema que se plantea con esta disposición exige una interpretación, una escogencia entre dos alternativas: relevancia o irrelevancia del error; nuestro Código no lo toma en cuenta; en el 773 parece comprenderse la hipótesis de pago anticipado por error sobre el momento del vencimiento).

DOLO: Solamente en la hipótesis en que el error haya sido provocado por el dolo del acreedor tendría relevancia, pero no para efectos de determinar la invalidez del pago, sino (ya en una nueva figura primaria) para reclamar el derecho (del mismo que ha pagado) al resarcimiento del daño frente a quien con sus comportamientos, de mala fe lo ha llevado a realizar una prestación no debida actualmente o no debida (1020 Código Civil).

VIOLENCIA MORAL: En cuanto al pago obtenido mediante violencia moral:

Dos tesis:

OPPO: "*El deudor, no obstante la influencia del vicio no ha hecho más que observar el vínculo al cual estaba ligado*".

Pero, ello sería ensanchar en exceso los límites del principio de la Autotutela (que por su parte se justifica en casos especiales como el derecho de retención) el cual es excepcional. No puede justificarse jurídicamente que sus instrumentos (los que hacen operante el principio) sean el fraude y la violencia.

GIORGIANNI: "*el pago, hecho por el deudor, en estado de violencia, debe considerarse repetible*". El instrumento para tal fin es el de la tutela posesoria por aplicación analógica, a pesar de que según el art. 653 del Código de Procedimientos Civiles "*los interdictos sólo proceden respecto de bienes raíces...*" Se trataría de un mecanismo de tutela análogo al interdicto de restitución (art. 664) "*Corresponde este interdicto al que estando en la posesión pacífica de una cosa, ha sido despojado de ella*".

La justificación de la analogía se basa en un argumento A FORTIORI (con mayor razón):

Si estas acciones posesorias se justifican aún ante el propietario (titular de un derecho considerado por el legislador digno de tutela) con mayor razón deben permitirse frente al acreedor.

Debe notarse sin embargo que en esta hipótesis (de violencia moral) el pago se produjo, pero la violencia moral, sobre el deudor ejercida, es suficiente para producir su invalidez, y en consecuencia ello basta para demostrar que si bien no parece justificado afirmar la naturaleza negocial del pago (por no existir una programación conformadora-normativa de los intereses) tampoco puede éste ser reducido a mero hecho.

Dentro de la clasificación tradicional de los fenómenos jurídicos temporales el pago pertenece a la categoría del acto.

Veamos su ubicación dentro de la nueva tendencia fenomenológica:

El pago es un comportamiento en cuanto es necesariamente el resultado de una iniciativa humana.

Su esfera de incidencia depende del tipo de prestación, por lo que estructuralmente el cumplimiento (o pago) puede ser un comportamiento material, o un comportamiento relativo a la esfera superior.

La naturaleza negocial del cumplimiento se da cuando el cumplimiento mismo es, a la vez, fuente de efectos jurídicos programados por las partes. Ello ocurre así, por ejemplo, cuando de un contrato preliminar surge la obligación de transmitir un derecho. La actuación del citado contrato preliminar se realizará cuando se verifique el negocio jurídico mediante el cual se transmite ese derecho.

Estas ideas confirman la falta de nitidez de la clasificación de los actos según la situación jurídica preexistente en debidos, lícitos e ilícitos (según que la valoración preexistente sea de deber hacer, de poder o de deber-no-hacer) ya que la hipótesis en examen puede recibir dos de las calificaciones (acto lícito y acto debido).

Hay, además de la obligación de transferir, otras en las que el contenido está representado por una actividad negocial. Por ejemplo, la actividad del mandatario con poder generalísimo (1253 C.C.). Se trata de casos en los que el deudor cumple (satisface el interés del acreedor) mediante la realización de un negocio jurídico.

En síntesis, el cumplimiento es siempre, necesariamente, un acto debido; tal es su naturaleza jurídica constante (si bien en ciertos casos puede tener estructura negocial). La relevancia de los momentos subjetivos ha de determinarse en cada caso, según las modalidades de la prestación.

MODALIDADES DEL COMPORTAMIENTO DEL DEUDOR

Con el examen realizado sobre la relevancia de los momentos subjetivos del comportamiento del deudor, es posible ahora pasar a los principios generales que determinan las modalidades del comportamiento del deudor, es decir, el "como" de su prestación. Se ha considerado que existe un principio jurídico que sirve de criterio para la determinación de estas modalidades: es el criterio de la diligencia, al cual se encuentran referidos los particulares deberes concretos de diligencia establecidos en nuestro Ordenamiento con relación a determinadas relaciones obligatorias.

- VEAMOS ALGUNOS EJEMPLOS de disposiciones positivas en las cuales se encuentra expresamente previsto el deber de diligencia como criterio para calificar las modalidades del comportamiento del deudor: (ellos se encuentran concretamente en las obligaciones del arrendatario, del gestor, del comodatario y del depositario).

ART. 698 C.C.: *"La obligación de velar por la conservación de una cosa, derívase de una principal de dar o de una de hacer, compele al deudor a emplear en la conservación los cuidados de un buen padre de familia, salvo en los casos en que la ley especialmente atempera o agrava la responsabilidad"* (31).

ART. 1138 C.C.: *"El arrendatario es obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia y responde no sólo de sus faltas sino de las que cometieren los miembros de su familia, sus huéspedes, criados, obreros y subarrendatarios o cesionarios de su contrato. Responde también de los perjuicios que se sigan al arrendador por usurpaciones de terceros de que no hubiere dado cuenta a aquél en tiempo oportuno"*.

ART. 1296 C.C.: *"El gestor es obligado a emplear todos los cuidados de un buen padre de familia. Sin embargo, las circunstancias que lo han determinado a hacerse cargo de la gestión pueden autorizar al juez para moderar la condenación en daños y perjuicios ocasionados por su falta o negligencia"*.

Se trata en este ejemplo de uno de los casos que según la disposición examinada del artículo 698 del Código Civil atemperan la responsabilidad del deudor. Nótese que la disminución de responsabilidad en razón de las particulares circunstancias del caso no se refiere solamente a las obligaciones de velar por la conservación de una cosa, sino que tienen un carácter más amplio, ya que perfectamente puede referirse a prestaciones concretas de hacer en las que el gestor debe emplear la diligencia de buen padre de familia.

ART. 1336 C.C.: *"El comodatario (aquel que recibe en préstamo gratuito una cosa no fungible para su uso) está obligado a cuidar de la cosa como buen padre de familia."*

ART. 1349 C.C.: *"Es obligado el depositario a prestar en la guarda y conservación de la cosa el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas"*.

Esta regla se encuentra prevista en el Código Civil dentro del Capítulo relativo al depósito convencional (o sea aquel que resulta de un contrato), pero es aplicable también el depósito judicial, en virtud de la previsión del artículo 1360 C.C.

Constatada la existencia de un deber de diligencia en nuestro Ordenamiento surgen algunas cuestiones:

(31) V. SALA DE CASACION, No. 65 de 16:10 hrs. de 22 de junio de 1965, tomo II, I semestre, pág. 1399.

El principio referido puede enunciarse en los siguientes términos: *"en el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia"*.

El principio así enunciado proporciona un reconocimiento del fundamento subjetivo de la eventual responsabilidad del deudor por el incumplimiento, o sea, de la conexión existente entre el incumplimiento y la falta de observación del deber de diligencia (la culpa del deudor).

OTROS ORDENAMIENTOS:

Este planteamiento ha sido transformado en otros ordenamientos. El cambio se ha producido en el siguiente sentido: La fórmula mediante la cual se establece el deber de diligencia del deudor parece proponer en forma a-priorística una medida abstracta de valoración del comportamiento del deudor.

Se ha considerado preferible evitar toda definición preconcebida de la diligencia y dejar al juez la valoración en concreto de la diligencia usada por el deudor, en consideración a la naturaleza de la prestación y a las circunstancias en que esta haya sido (o debió haber sido) realizada. En este sentido encontramos el artículo 99 del Código suizo de las Obligaciones que remite para la concreta determinación de la responsabilidad del deudor a la *"nature particuliere de l'affaire"* (la naturaleza particular del negocio, o más genéricamente de la misma obligación); del mismo modo el Código Civil alemán hace referencia genéricamente a la diligencia requerida en los negocios (*"die im Verkehr erforderliche Sorgfalt"*); finalmente, el artículo 277 del reciente Código Civil húngaro se refiere *"al comportamiento que comúnmente se podría esperar en cada determinada situación"* en la cual se encuentra un deudor (nuestra jurisprudencia, en la calificación de la negligencia, ha utilizado un criterio semejante. Ha hablado de *"las medidas necesarias que las circunstancias exigían"* (32).

Veremos más adelante hasta qué punto presenta utilidad la referencia al *"bonus pater familias"*.

NEGLIGENCIA Y DILIGENCIA EN LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRA-CONTRACTUALES:

El artículo 1045 del Código Civil hace responsable a quien causa un daño a otro, por dolo, falta, negligencia o imprudencia (33).

Entendiendo la negligencia como la falta de diligencia y siguiendo las premisas del artículo citado puede pensarse en la existencia de un deber genérico de diligencia cuyo incumplimiento, cuando ocasiona daño, genera responsabilidad.

Tal deber es referible tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales; sin embargo, las implicaciones, son diversas en cuanto en las primeras tienen carácter específico y en las segundas genérico.

OBLIGACIONES EXTRA-CONTRACTUALES:

Veamos lo que esto significa: la figura primaria de una obligación extracontractual en la que encuentra aplicación esta idea se encuentra constituida por dos elementos: un aspecto subjetivo que consiste en una omisión de diligencia (un no hacer algo que según el criterio de la normalidad —contenido como vimos expresamente en el Código Civil húngaro— se debió haber hecho) y un aspecto objetivo: un resultado que consiste en la producción de un daño. Ambos elementos se encuentran relacionados por un vínculo de causalidad directa (34). Así entendido el deber de diligencia consiste en realizar la actividad necesaria según el criterio del *"comportamiento que comúnmente se podría esperar en cada situación"* para evitar la producción de un daño. El carácter genérico de este deber impide su determinación contextualista particularizada.

(32) SALA DE CASACION, No. 73 de 10:15 hrs. de 16 de julio de 1959, tomo I, II semestre, pág. 116.

(33) V. SALA DE CASACION, No. 28 de 16:15 hrs. de 10. de abril de 1954, tomo I, I semestre, pág. 391.

(34) Sobre este vínculo de causalidad directa en materia contractual v. SALA DE CASACION, No. 29 de 16:00 hrs. de 25 de marzo de 1958, tomo II, I semestre, pág. 567.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES:

Una particularización, sin embargo, es posible con relación a las obligaciones de orden contractual. En ellas la característica principal radica en el hecho de que los sujetos se encuentran ligados por un vínculo jurídico y uno de ellos debe realizar una determinada prestación (un determinado comportamiento). El deber de diligencia no tiene aquí un carácter genérico (como sí ocurre en las obligaciones extracontractuales) sino que en cada relación obligatoria se concretiza con respecto a la *"naturaleza misma de la obligación"*.

El deber de diligencia es el mismo deber de comportamiento según las condiciones mismas de la prestación. El análisis desde el punto de vista sustancial es el siguiente: toda obligación contractual expresa la existencia de un estado de insatisfacción de determinados intereses tutelados por el ordenamiento (el interés del acreedor). La satisfacción de estos intereses es impuesta (por medio de una valoración de necesidad, de deber, según lo hemos analizado) a otro sujeto (el deudor). El deber de comportamiento del deudor está referido evidentemente a la satisfacción del interés del acreedor. La diligencia no es algo distinto que una manifestación del mismo deber de comportamiento concreto; en otras palabras: el deudor debe realizar el comportamiento en la forma en que éste dé satisfacción al interés del acreedor. La falta de realización (total o parcial) de este comportamiento es lo que se denomina incumplimiento (total o parcial) y es, en nuestro Ordenamiento, la misma falta de este comportamiento capaz de satisfacer el interés del acreedor lo que genera la responsabilidad por daños y perjuicios del deudor. Expresa, en este sentido, el artículo 702 del Código Civil: *"El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito"*, (o sea que el hecho que sirve de motivo exculpatório sea actual o imprevisto, o aunque previsible no haya posibilidad de evitarlo (35).

Con relación a la exención de responsabilidad por hecho del acreedor a la que hace referencia en el citado artículo existe, en materia extracontractual, un paralelismo en tema de culpa pasiva, como ocurre, por ejemplo, en el caso en que la causa de un accidente radique en la negligencia del accidentado, caso en el cual nuestra jurisprudencia ha considerado que siendo la víctima la que determina su propio daño la otra parte queda exenta de responsabilidad (36).

El deber de realizar el comportamiento capaz de satisfacer el interés del acreedor ha sido considerado como un deber de diligencia (pero, insistimos, no es un deber diverso, sino que es expresión del mismo estado de vínculo en que se encuentra el deudor) y por ello nuestra jurisprudencia ha considerado la existencia de negligencia contractual cuando el deudor no realiza el comportamiento debido (37). A mi juicio la calificación de negligencia era irrelevante en este caso, en razón de lo expresado en el artículo 702 del Código Civil antes examinado. Bastaba la constatación del hecho de la falta de cumplimiento (sin que este hubiera sido provocado por hecho del acreedor, fuerza mayor o caso fortuito) para que surgiera *"por este mismo hecho"* la responsabilidad ante los daños y perjuicios, independientemente de la constatación de una actitud subjetiva de negligencia (38).

DILIGENCIA, CRITERIO DE VALORACION:

Considerada la diligencia como criterio de valoración del comportamiento del deudor sería muy

(35) Así: SALA DE CASACION, No. 89 de 15:45 hrs. de 23 de agosto de 1961, tomo I, II semestre, pág. 204.

(36) Así: SALA DE CASACION, No. 33 de 9:30 hrs. de 9 de abril de 1953, tomo I, I semestre, pág. 657.

(37) Así, en sentencia No. 121 de 16:10 hrs. del 18 de setiembre de 1959, tomo II, II semestre, pág. 937, caso en el cual se había contratado el transporte en lancha de unas vagonetas y no obstante la existencia de embarcaciones en las que pudo haberse realizado el traslado, ese transporte no se practicó; se admitió por ello un incumplimiento por negligencia en la sentencia referida.

(38) Así, lo había ya dicho anteriormente la misma Sala: "Establecido que el demandado incumplió una obligación contractual, la de reparar los daños y perjuicios deriva de lo estatuido en el art. 702 del Código Civil". Cas. No. 96 de 16:00 hrs. de 13 de noviembre de 1956, tomo II, II semestre, pág. 1903.

difícil poder obtener de ella la construcción de particulares deberes (por ejemplo, los llamados deberes instrumentales integrativos) que pueden tener un autónomo fundamento sustancial.

En realidad con tal exigencia de diligencia del deudor no se hace otra cosa que expresar con palabras distintas la misma exigencia que sirve de fundamento a la relación obligatoria, ya expresada en el citado artículo 702 del Código Civil, esto es, la necesidad del exacto cumplimiento de la obligación, la cual se resuelve claramente en la necesidad (deber) de que el deudor realice todo cuanto es indispensable para que el cumplimiento tenga lugar correctamente.

La verdad es que las reglas positivas relativas al deber de diligencia (la diligencia de un buen padre de familia, la diligencia que se acostumbra usar en los propios asuntos, etc.) proporcionan un criterio de valoración, que no sirve para enriquecer en abstracto el contenido de la relación obligatoria, pero que sí sirve para guiar la valoración de legitimidad del comportamiento concreto asumido por el deudor, tomando en cuenta las particulares características del caso.

LA IDENTIFICACION DEL CREDITO (Imputación de pagos)

La ejecución de la prestación debida no debe necesariamente estar acompañada de una específica mención del crédito que el deudor trata de satisfacer; mientras no haya posibilidad de duda sobre el crédito al cual la prestación se refiere, tal mención debe, en efecto, considerarse superflua.

Las cosas, sin embargo, cambian cuando exista tal posibilidad de duda, por ejemplo cuando entre deudor y acreedor hay una pluralidad de relaciones diversas correspondientes a prestaciones de la misma especie. El caso más común es el de varias deudas pecuniarias. También el problema puede plantearse cuando la obligación es sustancialmente única, pero la ejecución de la misma está dividida en varios cumplimientos parciales.

El mecanismo, que, en los casos referidos lleva a la identificación del crédito al cual se refiere la prestación efectuada se denomina legalmente "*imputación de pagos*" y está disciplinado en los artículos 779 a 783 C.C.

Cuando falta una manifestación del destino de los pagos dichos, la imputación se presenta como resultado de aplicación de una regla legal. Esta regla, prevista en el art. 783 del C.C. tiene función meramente supletoria: interviene en cuanto las partes no hayan declarado nada al respecto.

Nuestro Derecho reconoce en primer lugar al deudor el derecho de imputación de pagos (779 C.C.): el derecho de declarar cuál deuda pretende satisfacer. Se trata de un derecho potestativo y al acreedor no le queda más que soportar las consecuencias del respectivo ejercicio, salvo, sin embargo los límites indicados en el artículo 780 al cual se hará referencia más adelante; tales límites pueden por ahora ser sintetizados afirmando genéricamente que el deudor no puede, sin el consentimiento del acreedor, liberarse antes de la deuda principal y luego de los respectivos aspectos accesorios. El deudor no podría, en consecuencia, declarar la imputación del pago al capital dejando subsistentes los aspectos accesorios. Una declaración de este tipo en sí misma no tendría ningún valor (39) y la imputación ocurriría "*ex-lege*", en primer lugar a lo accesorio y luego a la deuda principal ("*inciso I art. 783*").

Esta prioridad del derecho del deudor de proceder a la imputación se comprende como una expresión residual del "*favor debitoris*" que inspiraba la tradición romanista.

Como ya se ha dicho (y se encuentra previsto en el art. 779 C.C.) la imputación supone la existencia de varias deudas de la misma especie "*varias obligaciones vencidas que tengan por objeto prestaciones de la misma especie*" dice el citado artículo). Ello significa que debe tratarse de obligaciones en las cuales la prestación tiene el mismo objeto, de modo que abstractamente el pago puede referirse indiferentemente a una o a otra. Debe pues existir una fungibilidad en las diversas prestaciones.

(39) Ya los mismos textos romanos establecían que "Si el deudor sólo deposita una parte, no se suspende la prestación de intereses por todo a la deuda el débito". ("*Nom retardatur totius debiti usurarum praestatio, si debitor solam partem deposuit*") MODESTINO: Lib. XXII, tit. I, ley 41, I), regla que además salvaguardaba la de que "el acreedor no está obligado a recibir por partes el pago de una obligación" (prevista en nuestro C.C. en el art. 772).

Por otra parte, no basta la existencia simultánea de varias deudas; es necesario que todas sean (no solo líquidas sino también) exigibles. En el art. 779 C.C. se habla de "*obligaciones vencidas*". Esta condición representa un límite natural a la posibilidad de imputación por parte del acreedor ya que este no puede pretender la obtención del pago antes del vencimiento, a menos que se haya verificado la decadencia del beneficio del término (en la hipótesis del art. 777 C.C.).

Cuando los diversos créditos sean todos exigibles la imputación no sufre límites. Puede referirse a cualquiera de ellos y la referencia al más reciente no implica de por sí presunción de pago del más antiguo.

La solución legal se dirige en el sentido de la imputación que sirve concretamente para liberar lo más posible al deudor, esto es, para que él obtenga del pago hecho la máxima ventaja práctica (comprometiendo al mínimo el interés del acreedor) según el art. 783 C.C.

"Cuando la carta de pago no indique la deuda en extinción de la cual se ha efectuado el pago se imputará este según las reglas siguientes:

- 1) *El pago debe imputarse en primer término a los intereses devengados, y luego a la deuda vencida, de preferencia a la que no lo está.*
- 2) *Cuando las deudas se hallen todas vencidas, o todas no vencidas la imputación se hará a la deuda que el deudor tenga más interés en satisfacer.*
- 3) *Si todas las deudas están vencidas y el deudor no tiene interés en satisfacer una con preferencia sobre la otra, la imputación se hará a la más antigua, según la fecha en que se contrajo (o sea, comprometiendo al mínimo el interés del acreedor).* *
- 4) *Si todas se hallan en igualdad de circunstancias, la imputación se hará a todas proporcionalmente".*

A una particular hipótesis de pago parcial se hace referencia como ya se ha observado, en el art. 780 C.C. que, como se ha dicho, fija el límite de la facultad de imputación que tiene el deudor. Tal disposición parece plantear a primera vista una hipótesis de concurso entre varias deudas distinguiéndose entre la deuda del capital y la deuda relativa a accesorios, esto es a intereses y a gastos. Una vez que el acreedor ha aceptado un pago parcial en el sentido referido, el art. 780 regula la imputación de las sumas pagadas, excluyendo que el deudor pueda pretender en primer lugar la cancelación del capital, pues en tal modo eliminaría la posibilidad de una ulterior fructificación (intereses: frutos civiles) en ventajas del acreedor. En consecuencia la imputación debe ser hecha "*ex-lege*" antes a los intereses y a los gastos y luego al capital. La imputación que se haga sólo al capital no tiene valor.

Queda sólo por agregar que en materia de imputación de pagos las reglas generales relativas a la prueba no sufren modificaciones. Es por esto claro que en ausencia de declaración del deudor (o de válida declaración del acreedor) es necesario ante todo, proceder a la constatación del monto de las deudas particularmente consideradas, de los respectivos vencimientos y cualidades. Del mismo modo el acreedor que afirma que el pago recibido se refiere a una deuda diversa tiene la carga de probar la existencia de ese otro crédito suyo, así como la existencia de las condiciones necesarias para la diversa imputación que exige. También, si el deudor afirma la imputación del pago recibido a una deuda y no a otra, corresponde a él la carga de la prueba de las condiciones de tal imputación.
