

AÑO II

Nº 7

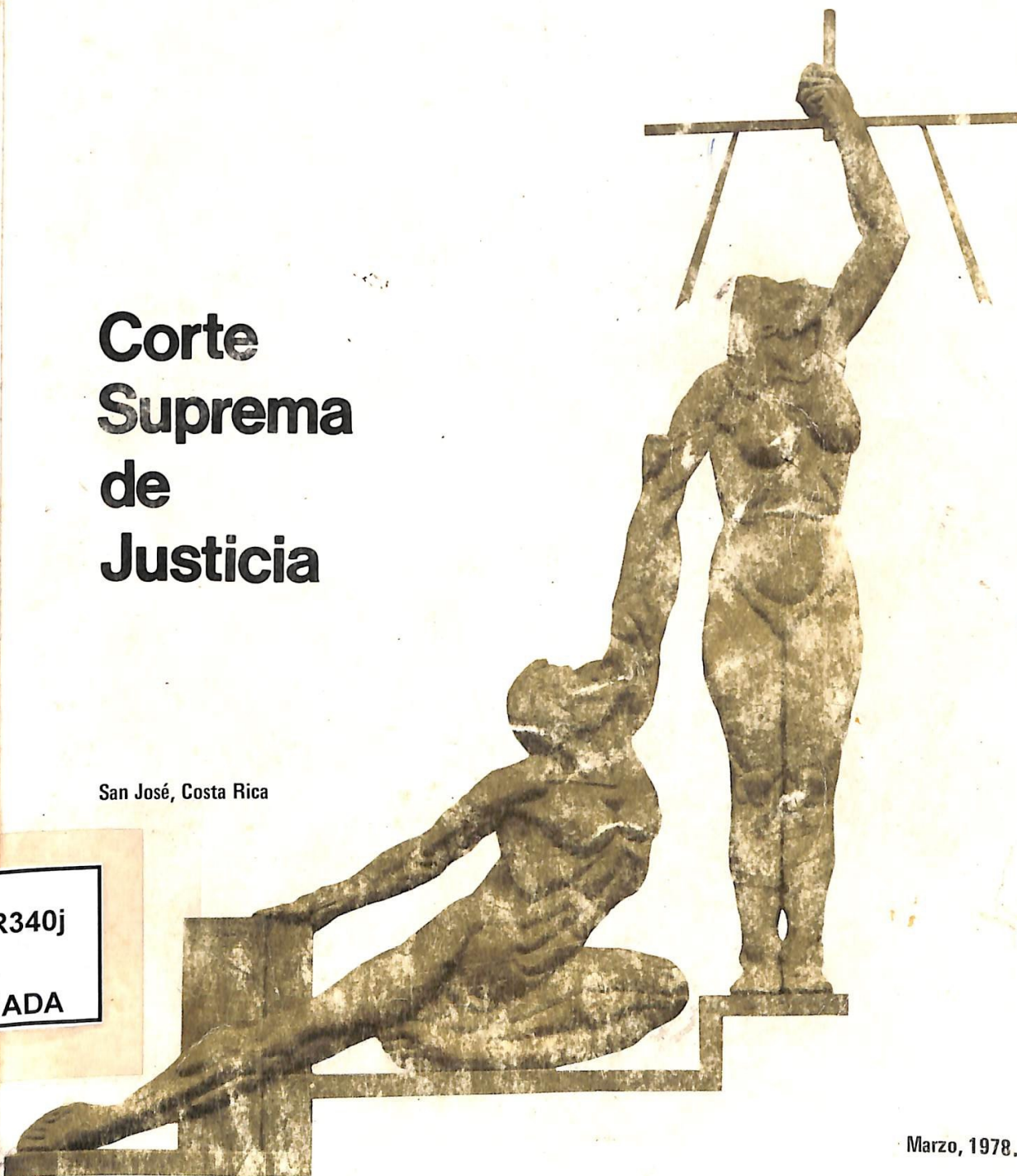
REVISTA JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

R340j

GUADA



Marzo, 1978.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL



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

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

S U M A R I O

Presentación	5
Discurso académico de la apertura del Tercer Congreso Jurídico Nacional	7
Dr. Fernando Mora R.	
- En el 57 aniversario de la creación de la Inspección Judicial 22053	11
Lic. Oscar Sáenz Soto	
Sra. Emilia Prieto Tugores.	
Bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense	17
Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.	
Rápidos comentarios y sugerencias sobre las bases de trabajo para el Código Procesal Civil	41
Dr. Olman Arguedas Salazar.	
Sugerencias metodológicas para la elaboración del Código Procesal Civil de Costa Rica	51
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
- Los requisitos cambiarios 23054	55
Dr. Gastón Certad M.	
- Riña y agresión 73	83
Dra. Gladys Díaz Delgado (coordinadora)	
Lic. Víctor E. Soto Cruz	
Licda. Mayra Zeledón	
Licda. Ofelia Vincenzi	
Lic. Bernal Chavarría.	
- La detención provisional 23056	93
Dr. Luis G. Herrera.	
Reseña Bibliográfica	97
Dr. Víctor Pérez Vargas.	
Información Normativa	99
Licda. Marcelina Zeledón.	
Jurisprudencia	105
Digesto.	
Fe de erratas	295

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

Nos honramos en ofrecer en el presente número el texto del discurso académico de apertura del Tercer Congreso Jurídico Nacional, pronunciado por el Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Fernando Mora. Se destaca ahí la necesidad de someter a una revisión general nuestro Código Civil, el que ya ha sido objeto de múltiples "intervenciones quirúrgicas" parciales. Estas intervenciones y las recientes elaboraciones jurisprudenciales sobre temas específicos, así como las exigencias de los tiempos actuales, en particular las derivadas de los procesos inflacionarios hacen impostergable la tarea. Se patentiza además la importancia de que se incluyan en el nuevo texto instituciones como el negocio jurídico, la teoría de la imprevisión, el cambio en la base del negocio, una más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual y una propiedad privada con verdadero contenido social.

Ofrecemos también el texto de los discursos pronunciados por el Lic. Oscar Sáenz Soto y doña Emilia Prieto Tugores en el homenaje al primer Inspector Judicial, que se verificó el 22 de noviembre de 1977, 57 aniversario de haberse instituido la Inspección Judicial.

Presentamos al juicio crítico de los señores abogados y funcionarios judiciales las bases de trabajo para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense, elaboradas por el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Las presentes bases fueron sometidas, por iniciativa del Magistrado Miguel Blanco, a la consideración de algunos distinguidos juristas nacionales. En aquel momento hubo silencio, con excepción de los comentarios remitidos por el Lic. Antonio Picado Guerrero, quien realizó algunas observaciones sobre las bases. El documento fue también presentado al Congreso Jurídico Nacional 1977 y ahí se realizaron algunas observaciones de interés. Hoy presentamos a la consideración pública el texto, esperando que la publicación sirva para motivar el interés de nuestros abogados y funcionarios sobre las nuevas direcciones generales y la solución de problemas específicos en la nueva normativa que se gesta.

Dentro de esta misma materia ofrecemos el estudio realizado por el Dr. Olman Arguedas sobre los diversos puntos planteados en las bases. Se acepta ahí la denominación "Código Procesal Civil", y la estructuración del Código en cuatro libros. Se propone la conveniencia de una enunciación de principios "cuya ausencia se nota en las bases propuestas". Después de interesantes observaciones sobre los diversos temas anota el Dr. Arguedas que "no se prevé un proceso destinado a decidir las pretensiones de menor cuantía que no tengan asignado un trámite sumario". Estudios como el presente son una clara muestra del valioso aporte que pueden dar nuestros juristas en una tarea de tanta importancia para el país como la redacción de un Código Procesal.

Incluimos también, con relación al tema en comentario, algunas sugerencias de orden metodológico; ellas se resumen en la necesidad de, que con anterioridad a la formulación de las soluciones procesales legislativas se realice un estudio científico-social con miras a la determinación de la problemática (intereses y necesidades) que presenta la realidad, para que así el nuevo ordenamiento procesal sea, en verdad, solución a las exigencias reales de nuestro medio.

Hemos venido publicando en los últimos números el interesante trabajo del Dr. Gastón Certad sobre la letra de cambio. En la Revista Judicial No. 5 ofrecimos el capítulo sobre "Los títulos valores y los títulos cambiarios en general", en el No. 6 publicamos el relativo a la "evolución histórica y función económica de la letra de cambio". Hoy presentamos el correspondiente a "los requisitos cambiarios", capítulo de obligada consulta para cualquier estudio sobre la materia, en particular por la acertada conjugación que ahí se realiza entre los más modernos principios doctrinarios y la realidad positiva (legislación y jurisprudencia) nacional.

En el Primer Seminario de Derecho Penal fue presentado un interesante estudio sobre "Riña y agresión llevado a cabo por la Dra. Gladys Díaz Delgado y los licenciados Víctor E. Soto Cruz, Mayra Zeledón, Ofelia Vincenzi y Bernal Chavarria. El presente trabajo analiza los artículos 139, 140 y 141. Se destaca la existencia del dolo indeterminado en todo aquel que participa en la riña, ilicitud que se sanciona, según la doctrina alemana, por su resultado el que, según Soler, está por lo menos admitido previamente en forma tácita por los participantes. De interés son las observaciones sobre las normas vigentes y las propuestas específicas de reforma.

El Dr. Luis G. Herrera colabora en este número con algunas interesantes observaciones sobre la detención provisional, con el ánimo de colaborar en la reforma del Código de Procedimientos Penales. Comenta el Dr. Herrera que las normas actuales plantean serios problemas legales —por falta de una regulación clara— y constitucionales —relativos al valor libertad—. Concluye el trabajo con propuestas concretas de regulación. Estudios de este tipo contribuyen indudablemente al mejoramiento de nuestro sistema jurídico.

Continuamos finalmente las secciones de "Reseña bibliográfica", "Información normativa" y "Digesto de Jurisprudencia". Cabe destacar que estas dos últimas secciones han sido de gran aceptación en nuestro medio por brindar instrumentos eficientes para la investigación legislativa y jurisprudencial.

Víctor Pérez Vargas.



DISCURSO ACADEMICO DE LA APERTURA DEL III CONGRESO JURIDICO NACIONAL

Pronunciado por el Decano de la Facultad de
Derecho, Dr. Fernando Mora, el 21 de no-
viembre de 1977.

Sr. Presidente de la República
Sr. Presidente de la Asamblea Legislativa
Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia
Sr. Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones
Sr. Presidente del Colegio de Abogados
Sr. Ministro de Gobierno

Estimados Colegas:

Se me ha pedido que diga algunas palabras con ocasión de la apertura de este nuevo Congreso Jurídico Nacional y deseo aprovechar la oportunidad para referirme a un tema que debe girar en la mente de todos ustedes como en la mía, pero sobre el que, quizá, no nos hemos detenido a meditar suficientemente. Me refiero a la incidencia que tiene el proceso inflacionario en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y que hace que el acreedor reciba en definitiva una suma nominal de dinero cuyo valor real se ha devaluado por efecto de la inflación permanente en que se vive hoy en día.

Probablemente se preguntarán ustedes por qué me refiero a un tema que no puede estar incluido en las comisiones de este Congreso, porque no es un tema procesal civil, ni procesal penal, ni constitucional.

Lo hago pensando en que no tiene mayor sentido que trate de analizar hoy asuntos que serán discutidos exhaustivamente en los próximos días por ustedes: sería duplicar el esfuerzo. En cambio, pienso que refiriéndome a los problemas que la inflación causa en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, abro una ventana hacia el futuro, que revele lo importante del tema, y la necesidad de que se le estudie, en modo tal que se llegue a proponer soluciones concretas, legislativas o jurisprudenciales, quizá en nuestro próximo Congreso Jurídico Nacional.

En primer lugar y como método de ubicación del tema concreto, permítaseme decir que cada día es más urgente reconocer la necesidad de someter a revisión general nuestro Código Civil, que se acerca ya al siglo de existencia.

Obra monumental que ha demostrado su valor a través de los años, se presenta el Código Civil, hoy en día, como un instrumento jurídico cuya renovación es imperativa.

Es cierto que ha sido sometido a importantes intervenciones quirúrgicas. Por ejemplo, todo lo referente a existencia, capacidad de las personas, domicilio y ausencia, se moderniza, en lo necesario, conforme al artículo 2 del Código de Familia de reciente promulgación. Ese mismo artículo introduce un título novedoso sobre "Derechos de la Personalidad y Nombre de las Personas". En general, se reforman los artículos 13 a 48 del Código Civil y se derogan los artículos 62 a 231 de ese cuerpo legal, que son sustituidos por el Código de Familia mismo. Los artículos 232 a 252, sobre "Registro del Estado Civil" fueron también derogados en 1952. Los artículos 441 a 447, sobre la prenda, fueron derogados en 1941. Los artículos 889 a 893 fueron derogados en 1969, lo mismo que el 947. El Código de Trabajo derogó los artículos 1169 a 1174 inclusive, así como el inciso 2 del artículo 870 y el inciso 3 del artículo 991. La ley número 8 del 29 de noviembre de 1937 derogó los artículos 1387 a 1389, sobre compromisos. Prácticamente, casi un 25 por ciento del Código ha sido derogado o reformado. Sin embargo, esas mismas intervenciones quirúrgicas y el cambio de los tiempos, imponen ya una revisión de la ley común.

Nuestro Código Civil, por vía directa o indirecta, se inspiró en el Código Napoleón. Pero, se hace necesario reconocer que los pilares en que se fundamentó este Código, y por ende el nuestro, distan mucho de tener actualidad.

El Code Civil miró con desconfianza a los jueces y en general no pensó en una jurisprudencia dinámica, progresiva, ni mucho menos en el llamado hoy en día derecho libre. El uso de la equidad fue reducido al mínimo y el principio inspirador fue la omnipotencia de la ley. Cien años de valiosa jurisprudencia en Costa Rica han volcado los papeles, dando a aquélla una fuerte autoridad legislativa material, aplicando en innumerables casos la equidad y convirtiendo los conceptos de buena fe, de mala fe o de lo razonable, en elementos generales de interpretación de la conducta de las partes.

Otro principio básico del Código Civil, la igualdad ante la ley, ha sido atemperado en su frío racionalismo por innumerables fallos de los tribunales o por leyes como el Código de Trabajo o el de Familia.

Por otra parte "a la propiedad territorial de

origen feudal, llena de trabas y limitaciones, sucedió, con el advenimiento de la ley revolucionaria francesa, la propiedad particular y libre". El artículo 266 de nuestro Código Civil dice, siguiendo ese concepto, que *"la propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límite que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley"*. De esa enunciación de principios hay gran distancia al artículo 6 de la ley de Tierras y Colonización que reza *"toda persona tiene derecho a denunciar o informar ante el organismo correspondiente, la existencia de tierra en cuya explotación no se cumple con la función social de la propiedad"*.

Finalmente, el último principio básico del Código Civil fue la libertad de contratación, fundamentada en la autonomía de la voluntad y que lleva al artículo 1022 de nuestro Código Civil, cuando dice *"los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes"*. Sin embargo, bien sabemos que hoy en día el derecho económico ha penetrado profundamente la libertad contractual, fijando precios, mínimos o máximos, cuotas de producción o mercadeo, márgenes de utilidad, salarios mínimos, y otros aspectos, y poniendo en crisis el principio mismo de libertad contractual.

Las anteriores y otras razones que no enumero para no alargar esta intervención, señalan la necesidad de revisar profundamente nuestra legislación común, con miras a un remozado Código Civil, que además de seguir las orientaciones reales de nuestro actual ordenamiento jurídico, acoja instituciones necesarias como el negocio jurídico, la teoría de la imprevisión, el enriquecimiento sin causa, el cambio en la base del negocio jurídico, una más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, una propiedad privada de alto contenido social. Situados en otra vertiente del problema, no podemos ignorar que las directrices que marcan hoy los rumbos del desarrollo jurídico no son las mismas de hace cien años: en el aspecto económico, la veloz y evidente adquisición de la técnica en nuestro medio y su desarrollo, y con él, el desarrollo del comercio y de la circulación de la riqueza que desvanece la importancia del Código Civil frente a la ley comercial; en el plano social la aparición de un proletariado industrial desamparado frente a la clase empresarial que detenta los productos del agro y los medios de producción; en el plano espiritual el nacimiento en las masas de un auténtico sentimiento de desigualdad, la existencia de una

igualdad formal y el deseo de aquéllas de obtener una igualdad real.

Dentro de toda esta problemática de reforma al Código Civil pienso que deberá ocupar primordial lugar el tema al que me referí al inicio de estas palabras.

El estado crónico de devaluación monetaria, hace pensar en la necesidad de discutir ya, a fondo y en forma general, el asunto de la adecuación de las obligaciones pecuniarias, en modo tal, que se tome en cuenta ese efecto del proceso inflacionario, a fin de que el acreedor reciba un monto revaluado en su indemnización y no una mera suma nominal expresada en colones, con el consiguiente e injusto enriquecimiento sin causa del deudor.

Existen ya en nuestra legislación algunos atisbos de reconocimiento del fenómeno. Tales son, por ejemplo, la Ley de Salarios Mínimos, cuyos reajustes deben hacerse conforme al aumento en el costo de la vida; la Ley de Honorarios de Notario, que contempla el aumento automático de la tarifa en un 10 por ciento cada dos años, en relación directa y dependiente de la existencia o menos, de un aumento general de salarios; la ley que autoriza aumentos quinquenales del precio de los arrendamientos de casas o locales comerciales, industriales o para profesionales; las leyes de impuestos con escalas porcentuales y no absolutas; la ley que autoriza a los constructores de edificaciones u obras para el estado, a cobrar a éste las diferencias de costos producidas por fenómenos inflacionarios. No se trata, en ningún caso, de la teoría de la imprevisión, ni de aquella que habla del cambio de la base en el negocio jurídico, que se fundamentan precisamente en causas sobrevinientes, no previstas ni razonablemente previsibles. Se trata de la pérdida que la devaluación monetaria ocasiona, especialmente en los casos de litigios prolongados y otros, al acreedor, que recibe un monto meramente nominal de la indemnización que le corresponde, monto de un valor real inferior al justo. Fenómeno este, de la desvalorización monetaria, no sólo previsible, sino prácticamente endémico en la economía actual.

En Francia, después de la Segunda Guerra Mundial, punto de partida de una devaluación monetaria constante y más o menos acelerada, se viene discutiendo la incidencia de tal devaluación en la indemnización de perjuicios.

Un sector de juristas sostiene que la base para la fijación de la indemnización debe tomarse de la

situación monetaria imperante en el momento en que se causó el daño. Equivaldría esta posición a la de la llamada teoría monetaria nominalista, reflejada plenamente en nuestra vigente Ley de la Moneda, cuyos artículos 3 y 4 dicen: "*el medio de pago legal en la República estará constituido por los billetes y las monedas emitidos y puestos en circulación por el Banco Central de Costa Rica...*" y el artículo 4: "*los referidos billetes y monedas tendrán en el territorio de la República poder liberatorio ilimitado y servirán para liquidar toda clase de operaciones pecuniarias, tanto públicas como privadas*".

Otro sector de juristas afirma que para fijar la indemnización se debe tomar en cuenta la cantidad de unidades monetarias necesarias como compensación del perjuicio que se pretende reparar.

Los tribunales franceses, en un primer período, siguieron el primer criterio, es decir, que la indemnización se fija conforme al valor en unidades monetarias, que tenía el perjuicio al momento de causarse el daño.

Sin embargo, en 1942, la jurisprudencia cambió de orientación afirmando que el daño debe indemnizarse con una cantidad de unidades monetarias equivalente al valor de aquél a la fecha de la sentencia, ya se trate de responsabilidad delictual, cuasicontractual o contractual.

Esta última posición ha sido objetada afirmando que el responsable del daño no es responsable de la devaluación monetaria. Se redarguye a esto que fijar la indemnización según los parámetros monetarios del momento de la sentencia no varía el valor intrínseco del daño, sino sólo el número total de unidades monetarias en que ese valor se expresa.

Sería importante discutir, como lo ha sido en la jurisprudencia francesa, qué influencia tiene en el tema el artículo 704 de nuestro Código Civil, que dice: "*en la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación se hayan causado o deban necesariamente causarse*", y el artículo 706 del Código Civil que reza: "*si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo*".

En todo caso, a semejantes objeciones de los artículos 704 y 706 del Código Civil, se debe decir que esas disposiciones no son aplicables al caso,

puesto que la obligación del culpable de un daño no es pagar una suma de dinero, sino reparar el daño mismo, "cuyo contenido intrínseco permanece invariable".

"La doctrina y jurisprudencia alemanas distinguen entre "deudas pecuniarias nominales" y "deudas pecuniarias de valor". El objeto de las primeras es entregar una suma de dinero. Para ellas rige el nominalismo monetario pues sólo así se da pleno cumplimiento a las leyes que regulan el valor de la moneda y su curso forzoso para asegurar la circulación de los bienes mediante la moneda, como medio de cambio y medida común de valores. El objeto de las segundas, en cambio, es restituir, compensar o entregar un valor económico determinado. Tales son las que nacen de las obligaciones cuya finalidad es: reparar un perjuicio causado; compensar los valores recibidos por los coherederos en una sucesión; fijar el monto definitivo de las asignaciones forzosas; solventar necesidades de subsistencia dentro de cierto nivel de bienestar; restituir un enriquecimiento sin causa; etc." En las "deudas de valor" la desvalorización monetaria impone un reajuste proporcional de la cantidad numérica de monedas adeudadas, pero no a título de desvalorización, sino a título de reactualización del valor de lo adeudado.

"El tribunal determinará soberanamente y en conciencia los perjuicios adeudados y, por regla general, señalará como monto el que tengan en la fecha de la sentencia. Como el Código no sienta ninguna regla expresa al respecto, puede fijar los

perjuicios conforme a las circunstancias propias de una época anterior al fallo, si de esta manera se cumple mejor el principio de la indemnización completa o se evita un enriquecimiento indebido".

La indemnización debe reparar el daño sufrido efectivamente por la víctima y de manera que sea colocada en la misma situación en que se encontraría si el hecho culpable o doloso no se hubiera cometido.

Probablemente Alemania es el país que mayor experiencia tiene sobre el tema, pues empezó a conocer los efectos nocivos del fenómeno económico mismo desde 1923. Este asunto ha sido ampliamente debatido en otros países y en Chile, inclusive, el primer Congreso Nacional de Abogados lo discutió a fondo en 1954, reconociendo la necesidad de estudiar el asunto partiendo de una verdad indudable que acepta que nuestros Códigos fundamentales se dictaron en una época de estabilidad monetaria para obligaciones con cumplimiento diferido a plazos razonables, condiciones que hoy en día ya no existen.

Es mi propósito, con las anteriores palabras, justificar mi interés en este problema e intentar por esa vía, que el mismo sea introducido, junto con la discusión general para una reforma del Código Civil, en el próximo Congreso Jurídico Nacional.

No me resta señores, sino desear a los participantes en el Congreso una valiosa y productiva labor que redundará sin duda alguna en el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

Muchas gracias.



EN EL 57 ANIVERSARIO DE LA CREACION DE LA INSPECCION JUDICIAL

Palabras pronunciadas por el Inspector General Judicial, Lic. Oscar Sáenz Soto, el 22 de noviembre de 1977 en el homenaje al primer Inspector Judicial, Lic. Blas Prieto Zumbado.

Señoras, señores:

Hace aproximadamente dos meses vino a mi oficina un colega salvadoreño a inquirir informes sobre la forma de trabajar la Inspección Judicial con el propósito, me dijo, de recomendar en su patria la creación de una institución similar. Cuando quiso saber desde cuándo funcionaba no le pude dar el dato exacto, el que le prometí buscar; pero sí le aseguré que desde antes del año 1930 porque, habiendo sido alumno de don Juan Rafael Vargas a principios de los treintas, ya don Juan Rafael nos hablaba de su posición como Inspector General Judicial, y agregaba, para regocijo de sus alumnos, que tenía jurisdicción "de frontera a frontera y de mar a mar".

Fiel a mi promesa busqué la ley que creó la Inspección Judicial y con no poca sorpresa encontré que se remontaba al primer año de la Administración de don Julio Acosta, habiéndose promulgado un día como hoy, 22 de noviembre de 1920, para entrar en vigencia el 1 de enero siguiente como una cosa trae la otra, me interesó conocer quiénes habían sido los primeros Inspectores, y fue sumamente grato saber que el primer Inspector que se nombró fue el licenciado Blas Prieto Zumbado a quien sucedió un tiempo después, el también licenciado don Pedro Pérez Zeledón. Prudente y sabia fue la Corte de esos días, como Prudente y sabia lo ha sido siempre, en escoger a tan eminente abogado y distinguida personalidad para arrancar

con las difíciles tareas a la Inspección encomendadas por la ley y que, en lo fundamental, se conservan iguales hasta hoy.

Así nació esta Inspección, honrada bajo la dirección de don Blas y así se honra hoy al colocar su retrato en este recinto, como justo homenaje a las virtudes que lo adornaron en su larga y fructífera carrera.

Representado por su hija, y por sus demás descendientes, herederos de su nombre y sus virtudes, le pedimos a doña Emilia respetuosamente, que descubra su retrato que quedará como paradigma de los que le seguimos.

Aprovechamos también tan solemne ocasión para cumplir con los términos de la última voluntad del licenciado don Gontrán Naranjo, Secretario de toda la vida de la Inspección e Inspector Judicial Segundo en sus últimos años, que donó por testamento a la Inspección el diploma y la medalla de oro con que la Corte premió sus cuarenta años de trabajo a su servicio, colocando ambos en lugar preeminente de la presidencia.

Valga la oportunidad para hacer una reseña de los Inspectores que han servido desde entonces. De los nombrados en propiedad, el que tiene el honor de hablarles fue el quinto, nombrado en mayo de 1948, y me complace el lugar, porque como dicen en España, "no hay quinto malo".

NOMBRE DEL FUNCIONARIO	SESION
Blas Prieto Zumbado	4-7-21
Pedro Pérez Zeledón	10-10-21
Juan Rafael Vargas Valverde	23-4-23
José Joaquín Quirós Salazar (interino)	24-6-41
Rogelio Robles Peralta	14-5-46
Oscar Sáenz Soto	19-5-48
Francisco Esquivel Hurtado	23-1-50
Gontrán Naranjo Rodríguez	9-12-52
Edwin Phillips Avalos	2-5-72
Pedro A. Peña Carrillo	27-8-73
Oscar Fco. González Murillo	(1975)
Eduardo Ching Murillo	21-1-74
Franciso Roldán Poblador	10-7-75
Marco Tulio González	29-8-75
Erick Neurohr Trejos	26-1-76
José Ma. Fernández Yglesias	12-8-76
Oscar Sáenz Soto	18-10-76
	Inspectores
Gerardo Morales Valverde	asistentes.
Carlos Ernesto Mora Morera	Abril 1977

* * *

PALABRAS DE DOÑA EMILIA PRIETO TUGORES*

Señores Magistrados,
Señores funcionarios de la Corte Suprema de Justicia
y asistentes a este acto:

Nunca habría podido imaginar que, al encontrarme ya en los días avanzados de mi existir, llegara uno tan sorpresivo y grato como este 22 de noviembre de 1977 en que se cumple el 57 aniversario de haberse instituido la Inspección Judicial, como organismo de señalada importancia dentro de las funciones oficiales administradoras de Justicia.

Al saludar muy cordial y atentamente a los señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia

y a los funcionarios de la Inspección Judicial, les expreso nuestro más cálido agradecimiento, por haber tenido a bien proponer y acordar —que en este particular día se tributara un homenaje en honor de mi padre el Lic. Blas Prieto Zumbado— como primer Inspector Judicial en el país, mediante la ley que creó el cargo y el nombramiento respectivo en enero de 1921.

Lo acogedor, lo gentil y relevante de este acto, me dan ánimos para permitirme decir unas pala-

* Pronunciadas al agradecer el homenaje que la Corte Suprema de Justicia rindió a su padre, Lic. Blas Prieto Zumbado, primer Inspector Judicial.

bras y trazar, a grandes rasgos una breve semblanza de mi padre. Y creo oportuno hacerlo, siguiendo el propósito de exaltar valores que hoy se hallan notablemente deteriorados y venidos a menos. Consciente en mi caso de lo impostergable que sería, reivindicar hasta sus últimas consecuencias esos valores del derecho y la libertad, no podría omitir aquí considerar la aleccionadora trayectoria cívico-política del Lic. Blas Prieto Zumbado, quien siempre exento de vanidades o propensiones publicitarias, —recluido en el silencio crítico y vigilante de una inveterada modestia—, supo afirmar su rectora y ejemplarizante conducta de ciudadano incondicional y resuelto, cuando la conciencia de tales responsabilidades le señalaba actuaciones justas y cabales de servicio a la patria.

Podría decirse que hizo él de su licenciatura en Leyes un apostolado cuando dedicó su tiempo profesional, paciente, empeñoso y sin cobrar honorarios a la defensa, hasta ponerlos en libertad, de los clientes perseguidos, encarcelados y maltratados por la primera de las dictaduras que correspondió históricamente a sus años de ejercicio de su profesión.

Y con motivo del golpe de Estado que derrocó al gobierno constitucional del Lic. Alfredo González Flores, fue papá de los pocos que rechazaron —ajustados a sus convicciones democráticas— la inconcebible alternativa de servirle a un gobierno de facto.

Ocupaba el Lic. Prieto en enero de 1917 su cargo de Magistrado en la Sala de Casación.

Al producirse el cuartelazo del 27 de ese mes y año, sin dilaciones, envió a la Corte Suprema de Justicia un telegrama respetuoso, lacónico y terminante por lo claro e incontestable de su argumentación cuyo texto es el sigte.:

"Habiendo sido roto el orden constitucional que juré cumplir al asumir las funciones de Magistrado, estoy en la obligación de renunciarlas y así vengo a hacerlo muy atentamente ante ese alto Tribunal. Blas Prieto".

Tal honorable proceder que habría de traerle sin demoras arbitrarias vejaciones, fue comentado, con motivo de la muerte de papá y en uno de nuestros diarios bajo el título de:

"Hay actitudes que valen por una biografía".

Y es que, si bien se analiza el corto mensaje transcrito con fecha 28 de enero del año 17, su contenido viene a ser la síntesis o esencia de altos principios que normaron durante toda una vida la conducta de un justo y un hombre de bien.

Austeros principios de rectitud y bienandanza que, como puede verse —ante las emboscadas de lo eventual e impredecible—, orientan, fortalecen y agilizan la resolución a tomar —señera— con su inmediata e impostergable acción.

Al considerar mis circunstancias de relación filial podría citar —modificándolas— aquellas palabras de Sarmiento en "Recuerdos de Provincia".

"El mejor padre es el que nos ha tocado en suerte".

Porque a veces ésta nos depara algún privilegio. Pero entre ellos, considero prodigioso el de sentir por una misma persona el noble e innato amor filial dentro del corazón unido indisolublemente a la admiración profunda y constante dentro de la conciencia, por los supremos valores de la inteligencia, el humanismo y la cultura que desde sus años de muchacho, fueron ideal mantenido y razón de su vida en el caso de mi padre, el Lic. Blas Prieto Zumbado.

Sinceramente no tendría palabras para agradecerles a los señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los funcionarios de la Inspección Judicial tanta amabilidad y gentileza en este cordial, justo y para mí tan emocionante homenaje a mi papá.

Sólo decirles que "honrar, honra" y que al hacerlo ustedes así, sentimos que trasciende, de manera fecunda, por los ámbitos de nuestro mundo cívico-cultural, lo excelente y preclaro de sus nobles espíritus.

Muchas gracias.



En la fotografía el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Lic. Fernando Coto con la señora Emilia Prieto Tugores, hija de don Blas Prieto Zumbado, primer Inspector Judicial quien fue también Magistrado de la Sala de Casación.



La señora Emilia Prieto Tugores acompañada de los tres Inspectores Generales Judiciales, licenciados José María Fernández Yglesias, Oscar Sáenz Soto y Francisco Roldán Poblador.

BASES DE TRABAJO PARA REDACTAR EL ARTICULADO DEL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL COSTARRICENSE

Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

1) El vigente "Código de Procedimientos Civiles" costarricense de 1887, emana fundamentalmente, como la inmensa mayoría de los que rigen en los países hispanoamericanos —incluidos, dicho se está, los numerosos de las entidades federativas en Argentina y México—, de la legislación española; y ésta, aun hecha la referencia a la ley de enjuiciamiento civil de 1881 y no a su matriz y antecesora la de 1855, de mayor gravitación en el Nuevo Mundo, nació anticuada, por dos principales razones.

2) La primera fue el atraso evidente de los estudios procesales civiles en España en las fechas citadas, pese a que en la más reciente de ellas hacía tiempo que se había producido en Alemania el advenimiento del procesalismo científico, pero sin que Manresa y sus colaboradores lo tuviesen para nada en cuenta al reformar, para alargarlo, hasta darle una longitud desmesurada, el texto de 1855, ni supiesen tampoco extraer partido, que habría sido mucho y bueno, de las enseñanzas que a cada paso brindaba, en cuerda procedimentalista, a causa de la época, el máximo expositor de éste, José de Vicente y Caravantes, en su Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil (Madrid, 1856-8). A su vez, Gómez de la Serna, el autor de la ley de 1855, probablemente impresionado por la actitud del Colegio de Abogados de Madrid frente a la "Instrucción de procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria", formulada en 1853 por don José

de Castro y Orozco, Marqués de Gerona, dio marcha atrás respecto de la misma, y en lugar de mirar hacia el futuro, como siempre ha de hacerse en cometidos codificadores, sin perjuicio de tener muy en cuenta el pasado —tanto en sus resultados positivos como negativos—, se atuvo con exceso a la base primera de las que condicionaron su labor, es decir, a la que dispuso *"restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejen"* (válvula de escape que, bien aprovechada, habría permitido neutralizar en gran medida el mandato estampado en primer término) *"y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica"* (por obra, en buena parte, de la acumulación de opiniones más o menos prestigiosas esgrimidas con fines de bombardeo dialéctico). De ese modo, se produjo el curioso contraste de que mientras Gómez de la Serna, hombre de ideología avanzada entonces, redactó una ley regresiva (retorno esencial a la Partida III y, a través de ésta y de la Escuela de Bolonia, a la recopilación justiniana y, en definitiva, siempre retrocediendo cronológicamente, al *ordo iudiciorum publicorum* y al procedimiento formulario), el Marqués de Gerona, Ministro de Gracia y Justicia de uno de los gobiernos más reaccionarios de la España decimonónica, compuso un texto progresivo, aunque la vehemencia con que se expresó en la exposición que lo encabeza y la energía con que en su articulado se propuso extirpar rutinas y corruptelas profesionales fuertemente

arraigadas, provocasen la airada protesta del Colegio de Abogados madrileño, con la consiguiente derogación de un ordenamiento que de haber perdurado, hubiese conducido, con indudables ventajas para la antigua metrópoli y los nuevos Estados hispanoamericanos, a un régimen procesal civil incomparablemente superior al instaurado en aquella y derivado en éstas de la ley de 1855.

3) La segunda razón consistió en que si bien en 1881 e inclusive en 1855 se habían ya promulgado en el mundo diversos códigos procesales civiles (baste recordar el francés de 1806, el ginebrino de 1819 o, en América, el de procedimientos Santa Cruz para Bolivia de 1832), no repercutieron sobre las leyes españolas de dichos años y, además, todos ellos, desde el punto de vista de su trayectoria, ordenación y contenido, eran muy inferiores a los que desde fines del siglo XIX y todo lo largo del actual constituyen los grandes modelos a contemplar cuando se aspire a mejorar a fondo el enjuiciamiento de un país. En efecto, el francés, muy por bajo del civil substantivo, fue desde el día mismo de su sanción legislativa uno de los más deficientes del quinteto napoleónico; el ginebrino de Bellot, aunque elogiado más de una vez, ha sido superado con creces, y el boliviano, de raigambre ciento por ciento hispánica, nada nuevo podía aportar, salvo en vena de llevar hierro a Vizcaya, a la codificación española de 1855, que, en cambio, no pudo inspirarse en los códigos alemán de 1877, asentado en las realizaciones del propio Leonhardt en Hannover; austríaco de 1895-8, en que cristaliza la profunda y genial transformación efectuada por Klein; húngaro de 1911, obra de Plösz; italiano de 1940-2, debido a los tres grandes de su procesalismo por entonces (Calamandrei, Carnelutti y Renti), aunque, acaso por tal circunstancia, sin alcanzarse en él la armonía que sin duda se habría conseguido de empuñar uno solo de ellos la batuta; unitario sueco de 1942-8, compuesto por Natanael Gärde y precedido en esa dirección, entre otros, por el danés de 1916-9, menos logrado; como tampoco en el del Vaticano de 1946, de méritos superlativos, a enorme distancia del proceso regulado por el *codex iuris canonici* de 1917. Añádanse, en el continente americano, y aparte el interesantísimo proyecto de Couture en 1945, inexplicablemente relegado al olvido en su patria uruguaya, el guatemalteco de 1963, debido principalmente a Aguirre Godoy; el nacional argentino de 1967; el colombiano de 1970, surgido de la pluma de Devis Echandía, con quien cooperó en algunos aspectos

el profesor italiano Cappelletti; el brasileño de 1973-4, fruto de la perseverante actividad de Buzaid; e inclusive el de rasgos tan singulares, como el proyecto que en idioma inglés, pero sobre un cimiento institucional de ascendencia primordialmente española y en segundo término francesa, dio a publicidad en 1960 Mac Mahon para el estado norteamericano de Luisiana.

4) A los dos motivos enunciados, que cabría calificar de extrínsecos, por provenir, a la postre, de la legislación española, súmase en Costa Rica uno importantísimo de índole intrínseca, a saber: el cambio radical operado en los últimos años, primero en la esfera de la justicia administrativa (1966) y después en la de la penal (1973), mediante la promulgación de enjuiciamientos asentados, respectivamente, en la ley sobre la materia redactada para España por el catedrático Jesús González Pérez y en los diversos códigos del jurista argentino Alfredo Vélez Marínconde, en alguno de ellos en compañía más nominal que efectiva de su compatriota Sebastián Soler. El avance que ambos ordenamientos representan, hace que en la comparación con los mismos resulte malparado el que sigue rigiendo en el campo del proceso civil, cuya vejez y deficiencias notorias reclaman de manera apremiante su pronto reemplazo por uno que se halle al mismo envidiable nivel de sus congéneres.

5) Ahora bien: si se aspira sinceramente a que esa sustitución no resulte perturbadora o desemboque en frustración, hará falta no olvidar las recomendaciones formuladas por eminentes juristas a propósito de las metas perseguibles por reformas legislativas de tanta envergadura, como la que se pretende llevar a cabo en Costa Rica respecto de su justicia civil, de la misma manera que en toda renovación de códigos deberán acatarse fielmente principios técnicos esenciales, a fin de evitar temerarios saltos en el vacío, violentas rupturas con soluciones que merezcan ser respetadas o entronización de dispositivos que no se compaginen con las posibilidades e idiosincrasia nacionales, aun en el supuesto de que hayan rendido óptimos frutos en otras naciones o en circunstancias diferentes.

6) En el primer sentido, debe recordarse la frase de Chiovenda, autor del proyecto italiano de 1919 y recogida luego por Buzaid en su anteproyecto brasileño de 1964, de que hay que "*decidirse por una reforma fundamental o renunciar a la*

esperanza de un serio progreso”, afirmación que no pugna con el consejo de prudencia hace un instante mencionado, como veremos pronto. Por su parte, Jiménez de Asúa diferenciaba en la producción del jurista la doctrinal y la legislativa: respecto de la primera, sostenía que cada quien es dueño de afiliarse a las escuelas u orientaciones que prefiera, es decir —puntualizó—, sin cortapisas ideológicas de ninguna especie por razón del tiempo o del espacio y sin otros riesgos que el de los palmetazos de la crítica si sustenta opiniones trasnochadas (baste evocar el anatema de Carnelutti en 1954 contra los que se obstinan todavía en “construir el proceso sobre el concepto de cuasi contrato”, como si su empeño no fuese “hoy teóricamente imposible”), salpica sus trabajos de errores y tergiversaciones flagrantes o incurre en notorias y graves omisiones informativas, siempre, claro está, que se exprese en países donde impere una efectiva libertad de pensamiento y no en aquellos cuyos gobiernos impriman marchamo nacionalista o partidista a la investigación científica. En cambio, cuando en sus manos se pone la elaboración de una ley, máxime si se trata de una de la complejidad y de la previsiblemente larga vida de un código (calculable en decenios, y los hay que se acercan al siglo, como, precisamente, el procesal civil costarricense, y que incluso rebasan la primera centuria y se van aproximando a la segunda, cual acontece con los que más o menos retocados subsisten de la época napoleónica), entonces ese mismo jurista ha de atenerse al medio para el que legisle y pesar y sopesar los factores que hagan viable o, por el contrario, imposible en él fórmulas experimentadas con éxito en otras latitudes. A primera vista, la tesis de Jiménez de Asúa se encontraría, sin embargo, contradicha por el ejemplo de los países que en su afán de pasar rápidamente de la noche a la mañana, importaron, por decirlo así, códigos extranjeros con nulas o insignificantes variaciones: casos, verbigracia, del Japón en el siglo pasado o de Turquía y otras naciones de Asia y Africa en el actual; pero como acerca de la segunda puso de relieve Andreas B. Schwarz, que vivió largo tiempo en ella y en estrecho contacto con sus medios forenses, al ser aplicado en ambientes distintos de los originarios y por jueces y abogados con formación diversa de la de sus colegas foráneos, se han producido desviaciones y hasta derogaciones de facto respecto del modelo, del que se apartan así en mayor o menor medida por exigencias de acomodación a la vida nacional. En definitiva, se trata de

componer un código procesal civil para regir no en cualquier parte, sino concretamente en Costa Rica, con arreglo a las posibilidades y perspectivas orgánicas, financieras, profesionales, etcétera, de su administración de justicia, y dotado de la elasticidad indispensable como para que sin necesidad de reformas continuas o de derogación al poco tiempo pueda satisfacer las exigencias de un buen enjuiciamiento durante bastantes decenios: si el a todas luces defectuoso de 1887 ha podido funcionar durante casi un siglo, no constituye ambición desmesurada aspirar a que el nuevo se aplique, por lo menos, durante una cincuentena de años.

7) Acabamos de hablar de código nuevo, y en los números 5 y 6 nos hemos referido al alcance que debe darse a la reforma. Completando ahora las indicaciones susodichas, puntualizaremos, ante todo, que redactar un código nuevo no se reduce a entrar a saco en cualquiera de los existentes, y para disimular el plagio cambiar a capricho unas cuantas materias de sitio, ni a alterar en apariencia el texto (no el contenido o la orientación) de una crecida cantidad de artículos (tarea facilitada en nuestro idioma por su extraordinaria libertad constructiva —si el modelo comienza, verbigracia, la frase por el sujeto, el copista la inicia por el verbo— y la riqueza de su conjugación —se sustituye el subjuntivo por el indicativo o el futuro por el presente—), ni a valerse de otros trucos por el estilo, al solo objeto de presentar como obra original un simple calco. Redactar un nuevo código significa, por el contrario, y en primer término, examinar a fondo el que se pretenda reemplazar, para tras inventariar con absoluta objetividad sus aciertos y sus errores, determinar qué es lo que de él merezca subsistir y qué lo que haya de ser eliminado. Entran de esa manera en juego los principios que en 1950 designé como de conservación e innovación, con nomenclatura acogida luego por Buzaid en la exposición de motivos del código procesal civil brasileño. El reformador no debe olvidar nunca que por muy viejo que sea un edificio, siempre de su derribo cabe obtener materiales para construcciones futuras; y si, verbigracia, en el código antiguo existe una buena distribución de materias o cuenta con preceptos de correcto enunciado jurídico y gramatical, sería absurdo llevar el prurito innovador hasta prescindir por completo de aquella o de éstos, como si la experiencia no revelase que la asimilación por jueces, abogados, secretarios judiciales, etcétera, de un nuevo código civil, mercantil

o penal suele casi siempre resultar mucho más rápida y sencilla que la de nuevos ordenamientos procesales, que son vividos a diario por las profesiones forenses y no meramente aplicados, como aquéllos. La resistencia o la incomprensión mostradas por las mismas, en diversas épocas y países, frente a reformas constitutivas de mejora evidente, confirman hasta qué extremo los mencionados profesionistas se sienten afectados en mayor medida por los cambios en la legislación procesal que por los de la de carácter sustantivo, sin perjuicio de que también en ocasiones, aunque acaso más raras, se hayan adelantado al legislador en la introducción de reformas, operadas al margen y hasta en contra de la ley, antes de que ésta terminase por consagrarlas. En ambas direcciones se manifiesta, pues, esa mayor sensibilidad de las profesiones forenses respecto de la legislación procesal, hasta el punto de que todavía en algunos países los prácticos, que no se atreverían a reclamar para sí el monopolio en la redacción de los códigos sustantivos, propenden a adueñarse de la confección de los procesales, a veces hasta con prescindencia de los auténticos procesalistas, como si éstos viviesen por completo de espaldas a la realidad de la administración de justicia, en una especie de limbo de inútiles divagaciones teóricas. En todo caso, el reformador procesal hará bien en calcular las resistencias que vayan a salir al paso de sus innovaciones, para vencerlas, si las cree infundadas y dispone de medios al efecto; para orillarlas, si mediante rodeos o concesiones cabe evitar choques frontales, o, finalmente, para someterse a ellas, si son razonables o invencibles. En cuanto al porcentaje que tales principios (de índole técnica y no política, como concernientes a la construcción y no a la orientación de la reforma) representen en el conjunto del nuevo código, una doble tabla de concordancias suyas con el antiguo —a saber: directa, es decir, de aquél con éste, e inversa, o sea, del derogado con el derogante— contribuirá a establecerlo con bastante aproximación, máxime si con diferente tipografía se marcan los artículos en que la correspondencia sea plena (abstracción hecha de que la redacción coincida o no del todo) y aquellos otros en que sea relativa, escasa (abordan el mismo tema, pero dándole soluciones discrepantes) o nula. Y esas tablas contribuirán asimismo a que los profesionistas habituados al ordenamiento que cesó de regir, se acomoden con rapidez al manejo del que lo sustituya. Para cerrar la referencia al principio de innovación, que debe ser previsor y

hasta audaz en las soluciones postuladas, porque los códigos se elaboran sobre enseñanzas del pasado, pero para funcionar en el futuro, diremos que su empleo requiere evitar cuidadosamente cuatro escollos: a) el de la fiebre reformadora, que lleve a la frecuente sustitución de textos, tanto si las diferencias entre el nuevo y el viejo son escasas, porque entonces bastarían modificaciones parciales, como si son profundas, por la perturbación que implicarían: los códigos han de componerse despacio y durar mucho, en vez de gestarse de prisa y vivir poco; b) el del personalismo, que conduzca a leyes en que prevalezca el capricho o la fantasía de los reformadores y no la conveniencia general de la administración de justicia; c) el de la improvisación, singularmente temible cuando la preparación sería y sedimentada, que es fruto de años, se quiere suplir con lecturas precipitadas, insuficientes, mal elegidas y peor asimiladas; y d) el de la introducción de novedades discutibles, con olvido de que los códigos no deben acoger principios o doctrinas que se hallen en la fase de ebullición.

8) Terminadas las consideraciones generales acerca del planteamiento de una reforma procesal civil, paso a ocuparme de las directrices a que creo debe responder en concreto el código de enjuiciamiento cuya preparación me ha encomendado la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. A tal fin, y de acuerdo con la pauta a que me he atenido en varios de mis estudios sobre reforma procesal, examinaré sucesivamente los siguientes aspectos: nombre, extensión, estructura, técnica legislativa, terminología, orientación, y contenido del código que se halla en el telar.

9) Pero antes de desarrollar tales epígrafes, consignaré tres advertencias. La primera concierne a que las normas de procedimiento requeridas por el código costarricense de la familia, ya lo sean de jurisdicción contenciosa, es decir, de la que lo es en estricto sentido, o pertenezcan al ámbito de la pseudo jurisdicción voluntaria, se incluirán en el Código Procesal Civil, por haberlo así decidido la comisión asesora del ponente en su sesión vespertina del 10 de septiembre de 1976. La segunda atañe a la conveniencia de revisar coetáneamente la Ley Orgánica del Poder Judicial y disposiciones complementarias, tanto para eliminar duplicaciones e interferencias con normas de naturaleza procesal inequívoca (principalmente en los títulos VII a IX de aquélla, más algunos artículos dispersos), como

para que el nuevo enjuiciamiento se asiente sobre una base sólida, que evite retrocesos o frustraciones no imputables a él, sino a una administración de justicia que no puso a su servicio el equipo de funcionarios y los medios técnicos indispensables para alcanzar las metas deseadas. Recordaré al efecto dos experiencias hispanoamericanas y una europea: a) en la provincia argentina de Córdoba, el Código Procesal de 1970, redactado, como el de 1939, a cuyos lineamientos esenciales se acomoda, por Vélez Mariconde, hubo, sin embargo, de dar marcha atrás respecto del modelo en cuanto a los principios de concentración y de oralidad, porque el aumento demográfico y correlativamente delictivo en dicha entidad federativa, no fue acompañado de uno proporcionalmente igual en la cifra de juzgadores; b) en Colombia, según el irrecusable testimonio de Devis Echandía, autor principal, según dije (*supra*, núm. 3), del Código Procesal Civil de 1970, éste no había aún rendido en 1976 los frutos esperados, porque en Bogotá harían falta cien jueces, y sólo cuenta con veinticinco, y en otras ciudades habría que triplicar su número actual; y c) pasando a Suecia, la entrada en vigor de su código unitario de 1942 tuvo que aplazarse hasta 1948, porque como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial no cupo importar determinados materiales de construcción que se reputaban necesarios para instalar de modo funcional plenamente satisfactorio los nuevos tribunales de apelación. La tercera, por último, se relaciona con la debatida cuestión de la unidad o diversidad del derecho procesal: sea cual fuere la actitud que en el plano teórico se adopte acerca de la misma, resulta indudable en el terreno legislativo y en el área docente la conveniencia de unificar en todo lo posible los diversos enjuiciamientos: no tiene, en efecto, sentido que materias cual los exhortos, la tramitación de las cuestiones de competencia, las notificaciones, la recusación, las correcciones disciplinarias, las resoluciones judiciales, el procedimiento de los recursos de casación y de revisión, etcétera, sean objeto de dos o más regulaciones o de múltiples explicaciones de cátedra, cuando en ambas direcciones con una sola es suficiente. Otro tanto cabe sostener acerca del extenso sector de la prueba, siempre que los criterios a que se acomoden su admisión y su apreciación sean idénticos, según debe suceder en un mismo país, a fin de evitar contradicciones en su ordenamiento jurídico, como la resultante de que adoptada la libre convicción en el cuadro de la justicia penal y el

régimen de valoración tasada en litigios civiles, quepa en el primero condenar, inclusive a muerte (recuérdese el caso del correo de Lyon en Francia), a una persona a base de la declaración de un solo testigo y, en cambio, en los segundos se descarte la prueba testimonial respecto de contratos superiores a una determinada suma. Precisamente en Costa Rica, la ley de lo contencioso-administrativo de 1966 brinda un argumento de gran fuerza en pro de la solución preconizada, ya que el texto en que se inspiró, o sea, la española de 1956 (*supra*, núm. 5), redujo a sólo 108 artículos la precedente ordenación de 1888-94, que sumaba entre ley y reglamento 624, sin más que remitirse en los temas comunes a la ley de enjuiciamiento civil de 1881, e incluso pudo haberse quedado en muchos menos todavía, si las fórmulas de ésta hubiesen sido más certeras. Se dirá que obrando así, es decir, erigiendo al código procesal civil en una especie de texto matriz, respecto del cual el enjuiciamiento penal y el administrativo ocuparían la posición de filiales, quedarían en ellos series enteras de preceptos sin razón de ser. Pero correr en ellos la numeración del articulado para no dejar huecos y establecer unos cuantos preceptos remisivos es tarea harto sencilla, realizable sin dificultad en escaso tiempo, y sería un primer paso hacia el código procesal único. En todo caso, si de momento no se quiere o no se puede marchar tan lejos, sí debe aspirarse, preparando así el terreno para la unificación ulterior, a que no se establezcan divergencias minúsculas y artificiales entre instituciones y conceptos jurídicos esencialmente idénticos, sin otro beneficio (?) que el de complicar su aprendizaje en las Facultades de Derecho y su aplicación en la vida forense.

10) a) Nombre. Abordaré sucesivamente la cuestión relativa al continente y la referente al contenido. Acerca del primero, la denominación debe continuar siendo en Costa Rica la de código, como en 1887, sin que en este punto la posición de Prieto-Castro y sus seguidores en orden a la reforma procesal desde hace algunos años planeada en España, deba prevalecer. El hecho de que en Alemania y Austria se hable de *Ordnung* a propósito de los procesales, en contraste con *Gesetzbuch*, que se reserva para los substantivos, como el de que en España se designen como leyes las todavía subsistentes para la justicia civil y la penal, respectivamente, que es el argumento utilizado por aquéllos, carece de fuerza decisiva, puesto que en la inmensa mayoría de las naciones del orbe, comen-

zando por las hispanoamericanas (y en ellas desde el primer momento: recordemos en 1832 el de "procederes" Santa Cruz para Bolivia o en 1836 el de Aranda en Venezuela) y en su día (1914)^o por la que fue zona española de protectorado en Marruecos, es código el nombre utilizado. En la misma España, la exposición de motivos de la "ley de enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882", le llama "código" diez veces, sin contar con las que se vale del vocablo para referirse a los de otros países (en cinco ocasiones) ni con el hecho de que su redacción corriese a cargo de la "Comisión de Códigos", mencionada en una oportunidad por aquélla. Es más: expresamente hablan de código los artículos 1 y 2 del real decreto (también de 14 de setiembre de 1882) aprobatorio del susodicho cuerpo legal, y, lo que todavía es más elocuente, este mismo se autodesigna así en artículos como el 1, el 16, el 111, el 426, el 746 o el 762. Además, ¿por qué se han de bautizar los ordenamientos procesales con nombres de menor categoría indicativa que los de derecho material? ; ¿o es que acaso éstos son textos legislativos de primera clase y aquéllos de segunda?

11) Mayores dudas suscita la etiqueta endosable al contenido. Aquí, en cambio, entiendo que la actual costarricense —"de procedimientos"— no debe perdurar, siendo extraño que se haya conservado en el de enjuiciamiento criminal, dado que el código de 1973 se basa, como es notorio, en el argentino de Córdoba, en el cual Vélez Mariconde, que en 1939 se sirvió de aquella rúbrica, la reemplazó en 1970 (e incluso antes, en su proyecto para la Capital Federal de 1961 y en el código de 1953 para la provincia de Mendoza) por la de "procesal penal". La noción de procedimiento, que por una singular paradoja la escuela procedimentalista del siglo XIX —todavía con adeptos en ambientes que marchan con enorme atraso en el cultivo de nuestra disciplina— se limitó a describir, ofrece el grave inconveniente de no abarcar la totalidad de la materia a regular en los correspondientes códigos o a desenvolver en las exposiciones doctrinales que sobre ella versen. En efecto: toda una serie de extremos (función y fines del proceso; naturaleza jurídica del mismo —sea cual fuere la tesis explicativa que se adopte—; jurisdicción, competencia, auxilio judicial; disposiciones relativas a las partes o a la capacidad y constitución de los órganos jurisdiccionales; a los actos procesales contemplados en su individualidad, a los principios

y sistemas procesales, etcétera) escapa "a lo que por procedimiento en una acepción rigurosa cabe entender, o sea, en líneas generales, la mera coordinación de actuaciones en marcha hacia un determinado objetivo", que puede ser el de un proceso de fondo o el de una fase o fragmento suyo. Finalmente, la noción de procedimiento no está monopolizada por la rama jurídica a cuyos dominios se propende a adscribirla, sino que funciona en otras varias, principalmente en el cuadro del derecho administrativo.

12) Se impone asimismo descartar otras caracterizaciones, para, en definitiva, quedar la opción, a mi entender, entre dos sólo. Al primer sector, y sin ánimo de efectuar un recorrido exhaustivo, pertenecen las tres siguientes: a) judicial, empleada, por ejemplo, en Colombia antaño y todavía, como noción segregada de ella, en Panamá: aparte de su escaso uso en comparación con "procedimiento" y con las dos a que pronto pasaré revista, ofrece el inconveniente de que el mencionado adjetivo resulta equívoco, ya que deriva por igual de juez y de juicio, y en la primera de tales variantes podría interpretarse como vinculada a un texto legislativo más orgánico que funcional, según ocurre, justamente, en los dos citados, donde junto a los enjuiciamientos civil y penal, figuran los preceptos sobre organización de tribunales. Además, judicial se utiliza también para bautizar la modalidad de derecho consuetudinario producida en la esfera jurisdicente; b) de justicia, como en numerosos países se denominan los que rigen en materia castrense; pero los mismos suelen desbordar el contenido ciento por ciento procesal, porque junto a él incluyen a menudo las normas sobre organización de los tribunales militares y los preceptos penales sustantivos; y c) jurisdiccional, sustentado en España por los profesores Fenech y Montero Aroca, aunque por separado y con más detenimiento el segundo que el primero, para designar nuestra disciplina, con olvido de que si bien la jurisdicción opera a través del proceso y se proyecta, en tal sentido sobre los códigos de enjuiciamiento, éstos no se reducen a la actividad del juzgador (aparte de que no toda la que despliega es jurisdicente), sino que junto a ella, y sin ser susceptible de reabsorción en la misma, se encuentran los actos o actuaciones de los restantes sujetos procesales, sean principales (partes) o secundarios (auxiliares, testigos, peritos, etcétera). Aún cabría mencionar la solución italiana, criticada por Calamandrei en línea doctrinal y

lingüística, pero utilizada, sin embargo, en el código en que tanta intervención tuvo, el de 1940, así como en el procesal penal de 1930, en los antecesores de ambos y en el del Vaticano, consistente en valerse de la palabra *procedura* (traducción casi literal de la francesa *procédure*): su trasplante a los países hispanoamericanos, además de innecesario, ya que lo mismo significa *procedimiento*, sólo representaría la perturbadora introducción de un feísimo galicismo.

13) Al término del recorrido nos quedan sólo dos denominaciones aprovechables para el contenido: *procesal* (o "del proceso", como en Brasil) y *enjuiciamiento*. La primera ha sido acogida, por ejemplo, en Argentina en el cuadro de su justicia civil por el código nacional de 1967 y en el de la penal por el cordobés de 1970; la segunda es la española, que no proviene de la edición del famoso *Diccionario de Escriche* de 1847, y menos todavía de la posterior ley de 1855, como con manifiesto error cronológico supuso Beceña, sino de la "ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio" de 1830, texto en que su autor Sáinz de Andino la consagró por primera vez en un cuerpo legal y de la que poco antes se había servido él mismo en el artículo 1219 del Código de Comercio de 1829. Una posición vacilante en cuanto al primero de esos dos epígrafes se nota en el Código colombiano de 1970, que va encabezado como de "procedimiento civil", pero que luego en su fundamental libro tercero (e incluso en varias rúbricas del primero y del segundo) lo hace de "proceso", dando así la impresión de que aquel concepto, impreciso e insuficiente, según vimos (*supra*, núm. 11), tuviese mayor alcance que éste, en virtud de una engañosa relación de todo y parte. Ahora bien: entre *procesal* y *enjuiciamiento*, ¿por cuál optar? Adviértese a este propósito una contradicción manifiesta en los códigos hispanoamericanos: con alguna excepción, como la hace un instante señalada del colombiano, no suelen hablar de "proceso" (vocablo que la larguísima ley española de 1881 sólo empleó una vez, con sentido, además, documental o de expediente, en su artículo 308, por añadidura suprimido en 1924), sino de "juicio", inclusive los de la justicia penal, y sin embargo, con esas salvedades, como la de los derogados códigos ecuatorianos de 1917 y de 1938 (uno para cada sector), la del vigente venezolano de 1926 en materia penal o en diversas provincias argentinas la de los *jurys* (léase, jurados) para la

exigencia de altas responsabilidades, no se han decidido a etiquetarse como de *enjuiciamiento*. Huelga decir que este vocablo deriva de *juicio* y que refleja, a la par, el desarrollo de la actividad necesaria para desembocar en el juicio que pronuncie sobre el litigio sustanciado a lo largo del proceso. Porque como recuerda la ley I, título XXII, de la Partida III, "juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín"; pero junto a ese su significado estricto, hallamos en el lenguaje jurídico hispanoamericano, inclusive en el mencionado cuerpo legal (aunque en él posea mayor relieve "pleito"), uno más amplio, que ha acabado por prevalecer, en virtud del cual, su originaria acepción se ha dilatado hasta identificarse con *proceso*, por lo menos con el de conocimiento. Así, en la legislación procesal civil todavía vigente en Costa Rica, en epígrafes como "juicio ordinario de mayor cuantía", "juicio de menor cuantía", "juicio arbitral", "juicio ejecutivo", "juicio ejecutivo hipotecario" o, aunque el título quinto del libro cuarto esté derogado, "juicios de cuantía mínima", y en el campo punitivo, "juicio común", "juicio ante el juez penal", "juicio de faltas y contravenciones" y "juicio por delitos de acción privada". Por consiguiente, si en el proyectado código para la justicia civil va a seguir imperando "juicio", lo lógico sería llamarle de *enjuiciamiento* y, en cambio, si se le denomina *procesal*, entonces reemplácese en su texto aquel sustantivo por *proceso*.

14) b) *Extensión*. Fluctúa enormemente, por múltiples causas, desde, por ejemplo, los 87 artículos (incluidos los dos de disposiciones finales y transitorias) de la Ley suiza de 1947 sobre *procedimiento civil federal* a los 2182 de la de *enjuiciamiento española* de 1881. Entre esos dos extremos, creo que el proceso civil de un Estado puede sin dificultad regularse en un código de unos ochocientos artículos (831 son los del italiano y 924 los del de la ciudad del Vaticano); y como el actual de Costa Rica, contando también los derogados, abarca sólo 1089, el exceso no es desaforado y puede sin dificultad reducirse a la cifra indicada. Pero bueno será puntualizar que la exacta longitud de un cuerpo legal no la refleja el número de sus disposiciones, sino el total de las palabras que lo integra, ya que sus artículos pueden ser muy breves o muy largos. Con la experiencia que me da el haber practicado varias veces tan sencillo como pesado cómputo, estimo que los ochocientos artículos de un código *procesal* no deben exceder las sesenta

mil palabras, con un promedio, por tanto, de 75 palabras por artículo. En orden al promedio, deben evitarse los grandes altibajos: que en un código haya oscilaciones en la proporción de uno a diez a lo sumo (por ejemplo: que los preceptos no desciendan de cuarenta palabras ni rebasen las cuatrocientas), se explica sin dificultad alguna, pero que, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, junto a artículos con once palabras (como el 1908 y el 1996) existan otros con más de mil (a saber: el 63 con 1267 y el 2161 con 1327), revela negligencia evidente en la realización de la tarea legislativa. En este sentido, los contrastes no son en el código de Costa Rica tan agudos como en España, y esa tendencia debe persistir en el que se proyecta.

15) c) Estructura. Me ocuparé aquí tan sólo de la externa, con especial referencia a la sistemática del código de 1887, y luego al final de estas bases, bajo la rúbrica contenido, trataré de la interna, o sea, de la que, a mi entender, debe adoptarse en el proyecto. El vigente Código costarricense acoge una división en cuatro libros, carentes de encabezamientos, que con ciertas reservas, y habida cuenta de su ascendencia hispánica, podrían haber sido éstos: I, Disposiciones generales (Ley de 1855) —o "comunes" (Ley de 1881)—; II, Jurisdicción contenciosa (sacando de él el título I, que habría encajado mejor en el libro I, y con algunas salvedades acerca de los juicios universales —sucesorio y concursario—, que en México el derogado código distrital de 1884 incluyó en libro aparte, el cuarto, como de jurisdicción mixta); III, Jurisdicción voluntaria, y IV, uno final harto heterogéneo y, por tanto, difícil de rotular, porque no sería serio designarlo como cajón de sastre, aunque lo sea en rigor, comprensivo de cinco títulos, de los cuales el primero sobre recursos, el segundo relativo a la ejecución de las sentencias y el quinto, dado de baja desde 1958, concerniente a los juicios de cuantía mínima, deberían haberse incorporado, dentro de la trayectoria hispánica a que responde el cuerpo legal de 1887, al libro II, mientras que el cuarto (costas) y el quinto (disposiciones comunes) habrían tenido su lugar en el libro I, con eliminación consiguiente del cuarto, quedando así reducido a tres libros, como la Ley española de 1881, a diferencia en este punto de la de 1855, que redujo a dos sus divisiones máximas, una para la jurisdicción contenciosa y otra para la voluntaria, si bien dentro de aquélla incluyó las "disposiciones generales", luego independizadas en su con-

tinuadora, que extrajo así dos libros consecutivos del primero de su antecesora. Pero el criterio de las leyes españolas no es aconsejable en este punto, porque el deslinde entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, proveniente de un insípido pasaje de Marciano (Digesto, I, 16, 2), máxime si no es auténtico sino interpolado, suministra una base sumamente movediza como para sobre ella alzar una sólida construcción procesal: desde 1855 hasta la fecha, el crecido número de investigaciones acerca de la segunda arroja el saldo de que casi seguramente no es ni jurisdicción ni voluntaria y de que, por tanto, lo más sensato respecto de la misma es hacerla objeto de una ley especial, como en Austria y en Alemania, una vez reducido su ámbito a las hipótesis en que no sea posible o conveniente reemplazar la intervención del juez por la de notarios, registradores de la propiedad o del estado civil, corredores de comercio, etcétera. En último extremo, cabría también incorporar las normas subsistentes sobre jurisdicción voluntaria (a caracterizar mejor como actividad judicial —no jurisdiccional— extraprocesal o extralitigiosa) a un apéndice del Código Procesal Civil, que inclusive tuviese articulado independiente, para poderlo desgajar de aquél en un momento dado sin dejar en él un hueco o vacío de bastantes preceptos, como sucede hoy día, en otra y menos justificada dirección, en diversos códigos mexicanos a propósito de la justicia de paz.

16) Descartada, pues, esa fórmula como cimiento del proyectado código, y abstracción hecha de la perspectiva de iniciarlo por un título preliminar, que contenga principios y declaraciones acerca de la aplicación del propio texto, porque sería un feo saliente de fachada, sin la menor dificultad reabsorbible en el libro I, y dejando para el epígrafe sobre contenido ocuparnos de las divisiones menores que lo requieran, de acuerdo con la que hoy por hoy cabe estimar como sistemática más correcta, un código de enjuiciamiento civil no puede tener menos de dos libros ni debe sumar más de cuatro. En cualquiera de las combinaciones —a saber: de dos, tres o cuatro libros—, el punto de partida lo constituye la distinción, generalizada en la doctrina e incorporada ya a diversos códigos, del proceso en una fase de conocimiento, o declaración, y en otra de ejecución. Si esas fases deben ser denominadas procesos (Carnelutti, por ejemplo) o, como entiendo, con Chiovenda, procedimientos, es cuestión de mayor interés doctrinal que legislativo

y acerca de la que también diré algo al ocuparme del contenido; pero, en todo caso, de adoptarse la división de dos libros, el primero regularía la etapa de conocimiento y el segundo la de ejecución, como en las dos partes publicadas del famoso proyecto Carnelutti de 1926 (a las que tenía que haber seguido una tercera, no impresa), o como sucede en el Código del Vaticano de 1946, que añade a ellos un libro tercero sobre procedimientos especiales, siendo este último el talón de Aquiles del conjunto. La fórmula de los tres libros, admite dos variantes: una, la que acabo de mencionar del código pontificio y otra, que me agrada más, con un libro de "disposiciones generales" (o sea, las relativas a los sujetos y a los actos procesales), uno segundo para el procedimiento de declaración (inclusive la vía impugnativa) y uno tercero para el de ejecución, sin libro *ad hoc* para procedimientos especiales, que deben reducirse al mínimo y distribuirse según su finalidad y naturaleza entre los otros dos. La solución con cuatro libros es exactamente la del Código italiano de 1940: disposiciones generales, proceso de conocimiento, proceso de ejecución, y procedimientos especiales, este último de ordenación muy deficiente y muy censurada por la crítica. Existen, como es natural, códigos con más libros, y así el alemán de 1877 cuenta con diez; pero ese aumento, que ninguna ventaja reporta, obedece a que varios procedimientos especiales han sido dotados de minúsculos libros para ellos, en vez de reabsorberlos en simples títulos o capítulos de los otros.

17) ¿En cuál de los proyectados libros figurarán las medidas cautelares y el concurso de acreedores? En cuanto a las primeras, tanto relieve le han dado expositores como Calamandrei, Carnelutti o Dos Reis, y algunas son de naturaleza tan compleja, que se ha llegado a hablar, junto al de conocimiento y al de ejecución, de un tercer género procesal, el cautelar, con categoría para que se le reservase, como a aquéllos, un libro exclusivo en los códigos de enjuiciamiento. Pero, en rigor, según puso de manifiesto Allorio, las mismas carecen de substantividad (los procedimientos cautelares autónomos, a que se refiere Carnelutti, o no son verdaderamente precautorios o les falta la autonomía), se hallan subordinadas, casi siempre, a la fase de ejecución, cuya efectividad tienden a garantizar (eliminación del *periculum in mora*), y, en ocasiones, a ciertas actividades de la de conocimiento (verbigracia: aseguramiento de la prueba) y, por

consecuente, deben incluirse en los libros respectivos, sin perjuicio de que, por su importancia, las de índole ejecutiva integren por sí solas un título. Esta misma solución ha de postularse para la ejecución general, universal, colectiva o concursaria, como quiera llamársele, por contraste con la singular, y con la condición, además, de que la primera se extienda, mediante un procedimiento unificado, tanto al deudor civil (concurso *stricto sensu*) como al comerciante (quiebra). En resumen: el libro sobre ejecución procesal cubriría las tres zonas de la misma: singular, concursaria y cautelar. Y la del segundo sector, simplificada y comprimida al máximo, se aproximaría en su desarrollo lo más posible a la de carácter singular, como en el código de la Ciudad del Vaticano.

18) Complemento de la agrupación sistemática lo es la división jerárquica del conjunto planeado. La más recomendable y generalizada es la que en sentido descendente abarca cuatro peldaños: libros, títulos, capítulos (como en el código costarricense de 1887) y secciones (que, en cambio, dicho texto no utiliza), sin miembros superiores a los primeros (por ejemplo, partes, como en el proyecto uruguayo de Couture o en el español actual; o tratados, cual en algunos de justicia militar, aunque en ellos a causa de su heterogéneo contenido (orgánico penal substantivo y procesal) ni inferiores a las últimas (párrafos, números o letras, salvo luego en concretos artículos para especificar los casos, motivos, requisitos o circunstancias que enuncien). Cuando en México el todavía vigente código procesal civil de 1932 para el Distrito Federal suprimió la división en libros de su antecesor el de 1884 y distribuyó el articulado a base de títulos consecutivos, operó un retroceso y no un avance. Nada digamos del proyecto argentino que en 1946 publicó el doctor Dragusi, carente por completo de división jerárquica y sin más que epígrafes intercalados aquí y allí, por estimar su autor que para el manejo de un código no resulta indispensable aquélla y que la reemplaza con ventajas un buen índice alfabético de materias, cual si mediase incompatibilidad entre una y otro y cual si el segundo (un mismo concepto o institución puede ser objeto de varios y hasta muy distanciados preceptos, a catalogar todos en el índice bajo una sola rúbrica) pudiese sustituir a la primera como exponente de una determinada arquitectura legislativa y como instrumento para orientarse rápidamente a través de la misma en la búsqueda de su principal regulación.

19) d) **Técnica legislativa.** Desde el punto de vista del lenguaje, los artículos deben ser claros, correctos y libres por igual de afectación y de ramplonería: cuando un código dice lo que quiere decir y cómo se debe decir, sin que sobren ni falten palabras, ha reducido en un cincuenta por ciento cuando menos, los problemas de interpretación jurídica, que con tanta frecuencia son fruto del desaliño al escribir. En segundo lugar, a la manera de toda la codificación italiana y de textos de otros países, inclusive ya varios códigos y proyectos hispanoamericanos, conviene encabezar cada artículo con un sucinto epígrafe, expresivo de su contenido. Se facilita así considerablemente el manejo de los códigos; pero es tarea en la que hay que poner la máxima atención, a fin, por un lado, de que como acontece en algún código procesal penal mexicano, el de Michoacán de 1962, la etiqueta sea una vez tan larga como el precepto etiquetado y en otras varias rebase la media docena de palabras, y, por otro, de que medie plena correspondencia entre una y otro, aun cuando, claro está, en caso de discordancia entre ambos, será el segundo el destinado a prevalecer, dado su carácter normativo, frente a la índole meramente indicativa de la primera. Los artículos habrán, además, de poseer unidad normativa, es decir, cuestiones esencialmente diversas no deben regularse en uno mismo. Dos postreras recomendaciones de técnica legislativa: a) el futuro código no contendrá definiciones, sobre todo si la institución o el concepto definidos no son pacíficos en la doctrina, o cuando acerca de ellos se brinden nociones atrasadas. Déjense, pues, las definiciones para tratados y manuales y no se imite en este punto a cuerpos legales que están salpicados de ellas, según sucedió en materia procesal civil con los códigos boliviano de 1832 y salvadoreño de 1881, entre otros. A los códigos no incumbe dar definiciones, sino tan sólo fijar el alcance, requisitos y efectos de las materias que regulen, como la demanda, los medios de prueba, la sentencia, los recursos, el embargo, los remates, etcétera, entre las procesales; b) cuando una división superior no se fraccione luego en dos o más, constituye grave atentado contra la lógica y contra la aritmética, calificar de único al epígrafe inferior: lo que entonces ocurre es que dividendos (rúbrica superior) y divisores (rúbrica inferior) son iguales y el cociente no pasa de uno, al identificarse y reabsorberse el segundo en el primero. Este defecto se manifiesta con demasiada frecuencia en el código costarricense de 1887, donde sobre un total de 36

"títulos", 23 se reducen a "capítulos únicos", mención esta que, por tanto, debe desaparecer en el código nuevo.

20) e) **Terminología.** Si bien ha de evitarse la tentación de saturar los códigos de conceptos buscados en monografías y revistas, ante la contingencia de que representen sólo la moda pasajera de un momento o la posición extravagante de un autor, y sin perjuicio de aprovechar en todo lo posible la terminología del de 1887, con objeto de facilitar la más pronta asimilación del nuevo por los habituados al antiguo, es también indudable que el proyecto en gestación reclama una fuerte dosis de léxico procesal que se halle al día. Porque el del todavía vigente resulta anticuado a veces, incorrecto otras, insuficiente con frecuencia y conculca, en varias ocasiones, el elemental principio técnico de la plena correspondencia entre la unidad de nombre y la de contenido. Anticuado, por razón de su fecha, que por lo menos ha de retrotraerse a la de su modelo español de 1855, el cual se remonta, por su parte, a muchos siglos atrás (supra, núm. 2); incorrecto, al mezclar y confundir conceptos de diferente alcance; insuficiente, al no haber acogido denominaciones consagradas hace muchísimo tiempo, por ordenamientos que nadie tildará de audaces o revolucionarios, y, en fin, conculcador de la correspondencia entre nombre y contenido, porque mientras por un lado aplica un mismo nombre a figuras distintas, por otro, reverso de la medalla, se vale de diversas denominaciones para designar un mismo fenómeno. En las cuatro direcciones, una rápida ojeada al código permitirá extraer unos cuantos botones de muestra suficientemente ilustrativos, ya que no se trata ahora de elaborar un exhaustivo inventario al efecto.

21) **Denominaciones anticuadas.** Señalaré sólo dos, a causa de su amplia proyección en el conjunto: a) la de procedimiento, en singular o en plural, no en sentido estricto, que, naturalmente, debe subsistir, sino como epígrafe de todo el código, cuestión ya examinada en el número 11; y b) la de acción, contemplada conforme a criterios de derecho substantivo de ascendencia romanista y no en su verdadera acepción procesal de acto provocatorio de la jurisdicción, a tenor del cual constituye una noción única, no susceptible, por tanto, de ser clasificada, aunque sí cabe, desde un ángulo funcional, fraccionar, por decirlo así, su marcha a través de las fases o etapas en que se manifieste:

preparatoria, introductiva, impugnativa, ejecutiva, cautelar. Así, pues, cuando el legislador se refiera tan sólo al derecho subjetivo material esgrimido, con o sin fundamento, por la parte accionante, hará bien en servirse del vocablo *pretensión* —acogido, entre otros, por los artículos 57, 81 y 500 (en el 58, en cambio, equivale a solicitud o petición)— y no hablar (art. 5) de “acumulación de acciones”, que lo es, en realidad, de pretensiones (véase *infra*, núm. 24).

22) Denominaciones incorrectas. La marca a este respecto la bate casi seguramente el alcance que el código atribuye al capital concepto de *jurisdicción*, que además de referirse por el libro tercero a la llamada voluntaria (cfr. *supra*, núm. 15), en el título segundo del libro primero, bajo el extraño epígrafe de “procedimientos de jurisdicción”, no se ocupa para nada de ella, sino de las competencias, que pertenecen al cuadro de la capacidad procesal objetiva del juzgador, y de los impedimentos, recusaciones y excusas, que corresponden, en cambio, al de la subjetiva, y por si tales errores no fuesen bastantes, agrega aún otros dos: 1, habla de *incompetencia de jurisdicción* (arts. 8 y 215), involucrando dos conceptos distintos y situados en diferente plano: en el superior, la falta de jurisdicción (*injurisdicción*, como he sugerido se le llame) y en el inferior, la *incompetencia* (sin necesidad de aditamento alguno), y 2, coloca bajo el signo de lo jurisdicente (cfr. art. 32) la recusación de los peritos, conectada, por añadidura, con la tacha de los testigos, sujetos, sí, de la prueba, pero sin que ni unos ni otros desenvuelvan actividad jurisdiccional de ninguna especie.

23) Denominaciones más que incorrectas, imprecisas por el descuido con que las ha manejado el legislador, son las de los títulos octavo (“citaciones con emplazamiento”) y noveno (“términos judiciales”) del libro primero del código, entre las que, además, no supo establecer el obligado nexo, que habría sido utilísimo para la adecuada delimitación de las de los dos sectores. Pese a que expresan conceptos distintos, los códigos procesales hispánicos, y entre ellos, dicho se está, el de Costa Rica, emplean la palabra *término* como sinónima de *plazo*, con olvido de un deslinde que está trazado con toda nitidez en la Partida III, título XV, ley 1, donde la noción del segundo se halla enunciada exactamente como en la doctrina germánica de nuestros días, a saber: como *espacio de tiempo*. La

diferencia entre ambos es, sin embargo, elemental: el *plazo* encierra un período de tiempo, generalmente de días, pero también mayor (meses o años) y a veces menor (horas e inclusive minutos), a todo lo largo del cual, desde el *dies a quo* hasta el *dies ad quem* —aunque mejor sería hablar de momento inicial y final (o bien de apertura y de clausura), con objeto de poder extender la idea a los inferiores a un día—, se puede realizar válidamente la actividad procesal correspondiente; el *término*, en cambio, significa tan sólo el *punto de tiempo* para el comienzo de un determinado acto: celebración de una audiencia, comparecencia de un testigo, práctica de un remate, etcétera. Esta acepción de “término” podría ser sustituida por la de *señalamiento* (dado que es el verbo “señalar” el usado casi siempre con tal fin), y entonces, *términos*, en plural, revestiría alcance genérico, comprensivo de *plazos* y de *señalamientos*, de no atribuirles el sentido de momento inicial y final de cada *plazo*, que quedaría así enmarcado, como entre paréntesis, por dos *términos*: *Término a quo* (*Plazo*) *Término ad quem*. Si el sustantivo (“términos”) es incorrecto en la acepción que suele dársele, tampoco el adjetivo (“judiciales”) es adecuado, ya que cabría entender que se les califica así no tanto por escalonarse en el desarrollo del juicio (proceso), como por fijarlos el juez, cuando, en realidad, la inmensa mayoría de los *plazos* son *legales*, es decir, vienen fijados por el legislador; figuran después los rigurosamente *judiciales*, y son sumamente raros los *convencionales*, o sea, los pactados por las partes. En cambio, los *señalamientos*, si bien previstos y autorizados por el legislador, son puntualizados en concreto por el juzgador. En rigor, los *señalamientos* entrañan también *término inicial* y *término final*, puesto que, al menos como regla, no se establecen al servicio de actos de realización instantánea (denomino así a los que se producen con tal rapidez, que no son prácticamente susceptibles de cómputo, aun cuando un cronómetro sumamente preciso pudiese llegar a medir su duración), sino de actuaciones que requieren una cierta dosis de tiempo, superior a menudo a la de los *plazos* breves: una audiencia, por ejemplo, durará normalmente más de los cinco minutos consentidos en algunos códigos para mejorar las posturas en las subastas. En este sentido, la diferencia entre el *plazo* y el *señalamiento* estriba en que en el primero los *términos* inicial y final para la realización del acto procesal correspondiente (sea cual fuere la unidad de tiempo en que se midan) se hallan prefijados desde el

instante en que se les marca una concreta longitud, mientras que en el segundo, sólo se encuentra pre-determinado el término inicial, en tanto que el término final queda indeterminado (una audiencia puede requerir menos de una hora o exigir varias e incluso continuarse a lo largo de una serie de días). Dicho de otro modo: en los señalamientos, el término inicial se puntualiza a priori y el final a posteriori. Subrayaré igualmente que así como la idea de plazo se asocia de preferencia con la de día o días para llevar a cabo el acto de que se trate, la de señalamiento se liga esencialmente con la de hora o fracción adicional fijada para el comienzo de una actuación en día y lugar puntualizados a la par que ella. En otro sentido, los plazos son más propios del procedimiento escrito, cuya marcha jalonan, mientras que en el de naturaleza oral y concentrada adquieren mayor relieve los señalamientos para la celebración de la audiencia o audiencias en que se desenvuelva el juicio. No obstante la contradicción susodicha, y con ello se trae a colación el título octavo, del que parecería nos hubiésemos olvidado, al legislador español y a sus seguidores hispanoamericanos les habría resultado sencillísimo deslindar las expresiones mencionadas, con sólo referirse a otras de que con frecuencia se valen y establecer entre las cuatro la siguiente correlación: la citación es al señalamiento lo que el emplazamiento es al plazo. La diferencia esencial entre la verdadera citación y el genuino emplazamiento estriba en que la primera contiene un señalamiento de sitio, día y hora para comparecer, mientras que el emplazamiento marca el período dentro del que cabe personarse. De lo expuesto se desprende que a emplazamiento debe dársele alcance genérico (o sea, vinculado con el transcurso de cualquier plazo) y no específico (es decir, circunscrito al del demandado para contestar la demanda, como en el libro segundo, título segundo, capítulo tercero del Código costarricense), de donde se desprende que el aún vigente título octavo del libro primero, sobre citaciones "con" emplazamiento habrá de ceder su puesto en el proyecto a un epígrafe que lejos de asociarlos, los disocie, pero mediante conjunción copulativa que subraye su nexo: citaciones "y" emplazamientos. (Una larga lista de rectificaciones y puntualizaciones terminológicas, en su mayoría aprovechables en la redacción del futuro código, puede verse en mi libro *Cuestiones de Terminología Procesal* —México, 1972—, al que remito para evitar que esta relación se prolongue más de la cuenta).

24) Terminología insuficiente. En consonancia con los progresos de la doctrina y de la legislación procesales, el planeado código requiere la incorporación de nuevas instituciones y conceptos y su designación mediante una nomenclatura correcta. Tampoco ahora pasaré de unas pocas indicaciones: a) acogidas en el código vigente tanto la acumulación de pretensiones (aunque la denomine de "acciones" en su artículo 5: *supra*, núm. 19) como la de procesos, que también erróneamente bautiza como de "autos" (arts. 5 y 124-38: *infra*, núm. 25), la consecuencia exige que se regulen asimismo los reversos de las respectivas medallas, es decir, la escisión o separación de aquéllas y de éstos; b) admitido el término litispendencia en el ordinal 5 del artículo 215, ninguna resistencia debe suscitar la inclusión de cualquier otro que, como él, derive de litis por yuxtaposición y sea necesario en el nuevo ordenamiento, con tanto más motivo cuanto que varios de ellos, comenzando por el citado, se encuentran ya en el *Diccionario de la Lengua* que edita la Academia Española, según sucede con litiscontestación y con litisexpensas, entre otros, mas no, incomprensiblemente, con litisconsorcio, pese a aceptar aquél, tanto consorcio como litisconsorte; c) aun cuando mal planteado en el título décimo del libro tercero, por no haber sabido diferenciar el que lo es de la pretensión y el que sólo lo es de la instancia y por mezclarlos con la renuncia y abandono de recursos, el hecho es que el código de 1887 regula el desistimiento, si bien catalogándolo como "acto" (léase, negocio) "de jurisdicción voluntaria", siendo así que donde opera es en el cuadro de la contenciosa o, mejor dicho, según la caracterización de Cernelutti, en el de los equivalentes jurisdiccionales; y de acuerdo con dicho criterio, debería haber integrado un título ad hoc en el libro primero o en el segundo (*infra*, núm. 45) junto a la otra forma unilateral, el allanamiento (que habría encajado, verbigracia, sin la menor dificultad en el artículo 496 respecto de la demanda de tercera excluyente contra ejecutante y ejecutado; pero sin que, en contraste con otros códigos hispanoamericanos, se llegase a insertarlo en él y menos todavía con rasgos de mayor generalidad en ningún otro sitio) y a la bilateral, la transacción, episódicamente mencionada en algún precepto, como el artículo 224, mas sin que los tres sean objeto de una ordenación conjunta y suficiente, bajo la rúbrica, también cerneluttiana y circunscrita a la susodicha trilogía, de autocomposición (en contraste con la heterocomposición, o sea, la logra-

da mediante el proceso jurisdiccional); d) para cerrar este número, he aquí, por orden alfabético, una lista de algunos vocablos cuya incorporación al proyecto convendría meditar, a fin de cubrir vacíos o subsanar deficiencias notorias, no sólo conceptuales sino inclusive institucionales, del código de 1887: **acertamiento** (acción de); **autorización y homologación**, como las dos especies del género **aprobación** (la una a priori y la otra a posteriori); **cognición**; **conminatorio**, **intimatorio** o **monitorio** (mejor que **inyuncional**), para dar entrada a un tipo de proceso sumamente expedito, que en los países donde funciona, canaliza la inmensa mayoría de las pretensiones civiles de condena que en ellos se deducen, con tanto más motivo cuanto que en Costa Rica rige ya su gemelo en materia penal (pese a que ha solido suscitar mayores resistencias), aun cuando bajo el nombre de "citación directa" (tomado del código argentino de Córdoba y en él, a su vez, del italiano), si bien no en toda su pureza; **inmediatividad** o **inmediatez** (principio de) y, por supuesto, sus contrarios, aunque el ideal en la práctica sería que prevaleciesen aquéllos y no éstos; **juzgador**, no porque sea desconocido en el código de 1887 (véase, por ejemplo, el artículo 903, número 4), sino para valerse de él como sinónimo genérico de órgano jurisdiccional, tanto si éste funciona en forma monocrática (juzgados) como si lo hace de manera colegiada (tribunales), así como **judicatura** para designar el conjunto profesional de jueces y magistrados de ambos sectores, y, en otro sentido, **juzgamiento**; **legitimación**; **preclusión**; **prejudiciales y presentenciales** (cuestiones), a diferenciar con cuidado, para evitar la actual confusión de unas y otras; **reenvío**; **sigilación** (o **aposición de sellos** en determinadas actuaciones o diligencias); **subsunción**, etcétera.

25) Conculcación de la correspondencia entre nombre y contenido. En el nuevo código debe garantizarse al máximo la unidad de nombre y la de contenido y, por consiguiente, ponerse sumo cuidado en eliminar las dos desviaciones que respecto de dicha regla pueden presentarse, a saber: la **unidad de nombre y diversidad de contenido** y, al revés, la **unidad de contenido y diversidad de nombre**, ambas por igual engendradoras de confusión terminológica. En el primer sentido, y sin que en Costa Rica, por fortuna, se llegue a los extremos que en España con voces como **audiencia**, **queja** o **revisión**, nada justifica que al remedio previsto por los artículos 877 a 882 para cuando se deniegue

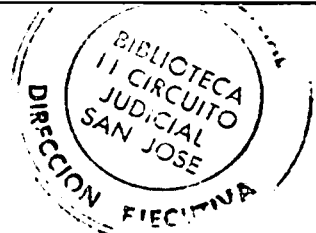
una apelación, se le llama también. . . **apelación**, sin que el desacertado aditamento de hecho baste para el nítido deslinde entre las dos, que persiguen finalidades distintas y se hallan en niveles diferentes, hasta el punto de que la segunda no es propiamente un recurso, sino un subrecurso, que como en otros códigos hispánicos podría denominarse de **queja**; y en cuanto al bautizado así en el libro IV, título I, capítulo VIII (arts. 946-61), no pertenece al cuadro de la jurisdicción civil contenciosa, sino al de la potestad disciplinaria, de índole administrativa, a regular con otro nombre (por ejemplo, **reconsideración**) en la ley de organización judicial. Aún más grave, por la esencial discrepancia que entre los dos significados se advierte en el vigente código, es la utilización de autos para designar, por un lado, las resoluciones judiciales intermedias entre las providencias y las sentencias (cfr. arts. 64, 81 y 82) y, por otro, el conjunto documental del pleito (cfr. arts. 5, 79, 124-38, etcétera): en este punto, creo que la primera de esas acepciones es la que debe subsistir, y reemplazar la segunda por **proceso** (entendido como los "pliegos de papel" que lo integran, según los famosos versos que Calderón de la Barca puso en boca de Pedro Crespo en "El Alcalde Zalamea") o por **expediente**, cual se lee en el actual artículo 77. Otro caso: el de **tacha**, susceptible de ser entendida lo mismo en sentido **subjetivo** (es decir, como **recusación del testigo**) que **objetivo** (o sea, como **crítica del testimonio**), pero sin que el código de 1887 haya sabido establecer la divisoria entre ambos de manera tajante (cfr. arts. 32 y 326-30).

26) Pasando ahora al reverso, a saber: la unidad de contenido y diversidad de nombre, lo mismo en Costa Rica que en España la manifestación más destacada es la relativa a los requerimientos de cooperación exigidos por la marcha de un proceso, si bien la primera ha simplificado considerablemente la prolijidad de la segunda, donde llegan a operar y a entrecruzarse ocho denominaciones al respecto. Con todo, en el título décimo, capítulo único, de su libro primero, el código de 1887 habla de **suplicatorios**, **exhortos** y **mandamientos**, aun cuando luego sólo se valga de las tres expresiones en el artículo 115, mientras que en la serie del 117 al 122 únicamente lo hace de **exhorto** y de sus derivados **exhortante** y **exhortado**. Sin embargo, como las tres satisfacen una misma finalidad esencial, sin otra diferencia, **accesoria**, que la del plano jerárquico en que se mueven **requerente** y **requeri-**

do (ascendente en los suplicatorios, igual u horizontal en los exhortos y descendente en los mandamientos), deben reducirse a una sola clase, puesto que tan titular de la jurisdicción lo es, dentro de la respectiva demarcación y competencia, el juez del último peldaño como los magistrados de la Corte Suprema. Conforme a tan singular jerarquización de la actividad procesal, también habría que darles diferentes nombres, por ejemplo, a las sentencias según que emanen de un juzgador de primera instancia, de uno de apelación o de uno de casación. Y en cuanto al tono, llamémosle así, de la comunicación exhortante y de la respuesta a la misma, habrá de ser siempre respetuoso, pero sin que ese extremo, de mero estilo forense, tenga por qué ser regido por el código procesal.

27) f) Orientación. Sin descender a detalles, sino como fijación de los lineamientos esenciales a que haya de responder el proyecto, para una vez aprobados por la Comisión, acomodar a ellos la redacción del articulado, la primera cuestión a plantear ha de ser, sin duda, la del tipo de enjuiciamiento civil a instaurar en el futuro código costarricense. Suelen contraponerse a este propósito el proceso civil liberal y el autoritario, cual si no hubiese margen, como en seguida veremos que lo hay, para fórmulas mixtas o intermedias. Por de pronto, dichos adjetivos, si bien trasplantados desde el campo político al de nuestra disciplina jurídica, no entrañan correlación forzosa e ineludible entre el régimen de gobierno imperante en un país en una determinada época y el desenvolvimiento durante ella de su administración de justicia. La demostración al canto la brindan los textos legislativos surgidos bajo un cierto signo político y que continúan funcionando mucho tiempo después bajo regímenes distintos y aun opuestos al que los vio nacer: baste recordar el siglo y medio largo de vida de los códigos napoleónicos; los ciento siete años de existencia de la ley de organización judicial española, que se promulgó como "provisional" (sic); la subsistencia o la resurrección de leyes e instituciones prerrevolucionarias en las naciones comunistas; o bien la de los códigos no tanto fascistas como mussolinianos, bajo la República en Italia. En vista de ello, y como tampoco cabe superar la dificultad en otras direcciones (Chiovenda, por ejemplo, ¿fue liberal, como influido en su pensamiento doctrinal por Wach, o autoritario, al seguir en su proyecto de 1919 las fórmulas de Klein a fines del siglo XIX para renovar la justicia

civil austríaca?), resulta preferible desentenderse de cualquier enfoque político-gubernativo, valga la redundancia, que complicaría más que aclararía, y plantear el tema en el cuadro jurídico-técnico que permita dotar a Costa Rica del enjuiciamiento civil más progresivo, de acuerdo con sus circunstancias y posibilidades actuales. Es evidente que un código procesal que cuente a su favor con una prolongada experiencia plenamente satisfactoria en un país, puede fracasar de manera estrepitosa en otro carente de las condiciones propicias para su mejor rendimiento. De ahí que la reforma procesal en estricto sentido deba ir precedida o, a lo sumo, acompañada de la de índole orgánica, y no seguida de ésta, cuando comiencen a advertirse las fallas de aquélla, por no haber calculado a tiempo (con estadísticas, datos demográficos, información acerca de los diversos medios de comunicación, etcétera) las exigencias tanto personales (desde magistrados y jueces a auxiliares y subalternos) como materiales (instalaciones adecuadas) que su implantación con máximas probabilidades de éxito habría requerido. Igualmente indudable es que desde 1887, fecha del código costarricense, y con mayor motivo si retrocedemos a sus antecedentes hispánicos (supra, núms. 1-2), se ha acentuado la tendencia a ampliar en el proceso civil los poderes del juzgador, aun cuando por extraño que parezca, no siempre los integrantes de la judicatura la hayan acogido con simpatía; pero ya no cabe sostener en parte alguna que el proceso sea cosa de las partes, porque la sustanciación de un juicio supone el ejercicio de la potestad jurisdicente del Estado a través de los servicios públicos inherentes a la administración de justicia. La tesis criticada, sostenida con tenacidad en Francia, donde todavía cuenta con rezagados adeptos, implica, en el fondo, confundir el litigio y el proceso: del primero sí son dueñas las partes, aunque con salvedades y cortapisas en los pleitos relativos al estado y capacidad de las personas (esfera propia de los procesos de naturaleza inquisitoria), con la consecuencia de que se extingan total o parcialmente en vía autocompositiva (desistimiento, allanamiento o transacción —en cuanto a la conciliación, si prospera, no constituye una cuarta modalidad de equivalente jurisdiccional y sí sólo un cauce especial para desembocar en uno de los tres mencionados: supra, núm. 22); en cambio, la dispositividad respecto del segundo les debe ser cercenada considerablemente, y, por ejemplo, no tiene sentido que el juzgador jurista haya de esperar a que el demandado le aduzca



como excepción dilatoria la de su propia incompetencia y otros vicios similares (cfr. arts. 214 y ss.). Menos mal que el código costarricense no atribuye también dicho carácter, como todavía la ley española de 1881 en su artículo 533, excepción 6a., al *"defecto legal en el modo de proponer la demanda"*, respecto del que el artículo 208 de aquél prevé una tramitación más racional. Pero si parece aconsejable aumentar los poderes del juzgador en la conducción del proceso, ellos no deben desbordarse, con el riesgo de que produzca la impresión de estar prejuzgando, en mayor medida que juzgando, sin poseer aún el indispensable conocimiento del asunto que le proporcionen la prueba y los informes finales, a reserva de que también respecto de la una y de los otros se le confieren atribuciones supletorias, encauzadoras o correctoras. En definitiva, sigo creyendo que deben rechazarse por igual las figuras extremas del juez-espectador, totalmente inerte e inerte frente a los mayores extravíos de las partes, y del juez-dictador, que, por el contrario, se injiere a cada paso y al buen tuntún en la marcha del procedimiento, e inclinarse resueltamente hacia la intermedia del juez-director del proceso, que interviene tan sólo cuando abusos, omisiones o desviaciones patentes de las partes reclamen su función correctora, a un tiempo como jurisperito y como jurisprudente.

28) Supeditado asimismo a la previa solución de sus aspectos orgánico y presupuestario, encuéntrase una de las cuestiones más debatidas de toda reforma procesal, máxime en naciones con fuerte tradición y arraigo del procedimiento escrito, a saber: la de la implantación o no de la oralidad, aunque poseyendo más importancia que ella para la rápida marcha del proceso el principio de concentración, sobre éste debería cargarse el acento. La oralidad, por sí sola, no es una panacea, e inclusive se presta a los que Calamandrei, pese a ser oralista, llamó desbordamientos del bel canto. Pero si la cifra y preparación de los funcionarios judiciales que la encaucen y la seriedad de los abogados que la utilicen permite implantarla en condiciones adecuadas; si se combina de manera efectiva con la concentración y con la inmediatividad en la recepción por el juzgador de pruebas e informes, y si de la primera instancia conoce un órgano jurisdiccional monocrático y no uno colegiado, entonces contribuirá decisivamente a acelerar la marcha de los juicios, cuya lentitud es una de las deficiencias procesales con mayor frecuencia y energía señala-

das por la crítica. En efecto, si tres jueces actuando por separado pueden atender simultáneamente tres audiencias y dictar a continuación, por sí y ante sí, las correspondientes sentencias, esos mismos funcionarios, constituidos en colegio, sólo podrán ocuparse de una de aquéllas y emitir una de éstas, sin contar con el tiempo que se invierte en la discusión y votación de las segundas. Nada digamos cuando un tribunal esté integrado por más de tres personas, aunque en este punto la justicia civil costarricense debería adoptar siempre el escalonamiento uno (primera instancia), tres (apelación) y cinco (casación). Si por las circunstancias que fueren no es posible establecer así la oralidad, preferible será acomodarse a un procedimiento escrito, si bien simplificado en su desarrollo, es decir, deslustrado de trámites inútiles y con aumento en las atribuciones conferidas al juzgador, para que pueda cortar de plano maniobras meramente dilatorias y entorpecedoras de las partes o, mejor dicho, de la que consciente de sus escasas o nulas probabilidades de triunfar, trate únicamente de rendir por cansancio a su adversario.

29) Otra cuestión importante a examinar es la de si la conducción del proceso civil a lo largo de todas sus fases debe incumbir primordialmente al juzgador llamado a pronunciar en él sentencia o la de si en aquélla cabe reemplazarle, y en qué medida, se les llame o no jueces, por otros funcionarios. Que en la práctica de diversos países así suceda, y que hasta en alguno las sentencias, inclusive las de su Suprema Corte de Justicia, sean, como regla, redactadas por auxiliares y, a lo sumo, retocadas por el juez o magistrado de que dependan, es una cosa y otra muy distinta si semejante corruptela merece ser consagrada por el legislador, para que, al menos, deje de operar de contrabando. El relieve que el secretariado adquiere en el procedimiento escrito, y que ya a comienzos del siglo XIX fue destacado por Gómez y Negro, y la circunstancia de que en diversas naciones sean nombrados y removidos sus componentes por el juez con quien actúen, han originado esa situación, en la que el secretario deja de ser la garantía frente (no contra) al juzgador, subrayada por Chiovenda y Morel, para quedar reducido a un mero subalterno, aunque, en compensación, con atribuciones superiores a las que en rigor le incumben, y que hacen surgir la duda de para qué sirven jueces y magistrados que se desentienden cuanto pueden de su tarea consubstancial de dictar sentencias con pleno

conocimiento de los litigios respectivos: ¿será para dedicarse a escuchar, no en la sala de audiencias, sino en su despacho o en su domicilio particular las que fueron llamadas con acierto alegaciones clandestinas? En otros términos: ¿conviene dividir el desarrollo del procedimiento escrito, según sugirió Podetti, entre un juez tramitador y uno sentenciador? Mi opinión es contraria a semejante fórmula, porque aun supeditando la actividad de aquél a la de éste, existe el riesgo de que procedan conforme a puntos de vista divergentes y, además, si al primero se le asigna un papel decisivo en la recepción de las pruebas, se conculca el principio de inmediatividad, y el segundo pronunciará sin haberse enterado directamente de los hechos controvertidos. La cooperación puede también producirse fuera de la fase de conocimiento, es decir, en la de ejecución, y la autonomía (no independencia) de que en diversos países goza la figura del ejecutor y la circunstancia, además, de que al iniciarse dicha etapa el litigio se encuentre ya resuelto mediante la sentencia correspondiente, hacen que la fórmula ofrezca menores inconvenientes que en aquélla: mientras el ejecutor se atenga estrictamente a lo dispuesto en el fallo, el juzgador que hubiese intervenido en primera instancia y que es, en principio, el titular de la ejecución, conforme a artículos cual el 981 del código costarricense, puede y debe dejarle hacer; pero tan pronto se aparte de sus prescripciones y cualquiera de las partes acuda a él para que se acaten los términos de la resolución recaída, tendrá que salir de la pasividad y hacerle rectificar la desviación o entuerto perpetrado. Añadiré que desde el punto de vista terminológico, el funcionario que supeditado al verdadero juez intervenga en menesteres ejecutivos, no debe ser denominado "juez ejecutor", como se lee en el artículo 450 del código de 1887, no sólo porque no juzga (cometido realizado por otro antes de que él saliese a escena), sino porque la actividad ejecutiva no es jurisdiccional ciento por ciento, y sí únicamente "ejecutor" a secas, mediante la substantivación del adjetivo, según se le llama con acierto en pasajes de otros artículos de la misma serie que el citado, como el 449, el 451 o el 452. Y si durante la ejecución se suscita alguna reclamación o incidente que origine la apertura en ella de un paréntesis jurisdiccional de mayor o menor trascendencia, acerca de él deberá resolver el verdadero juez y no el mero ejecutor.

de principios, liberales unos y autoritarios otros, válidos para la tramitación de toda clase de procesos civiles, porque circunstancias fluctuantes de lugar y de tiempo, así como la existencia de distintas clases de juicios, impide un señalamiento absoluto, estimo que los que en términos generales habrían de inspirar la redacción del nuevo código costarricense sería: independencia e inamovilidad del juzgador, de igual modo que identidad física suya, con el alcance atribuible a ésta; contradicción para reunir el material del proceso, e instrucción, como freno a los extravíos de las partes y como complemento de su deficiente actividad; bilateralidad, con las salvedades o restricciones que le son propias en ciertos tipos o fases procesales (ejecutivo, monitorio —de dársele entrada—, determinadas medidas cautelares, juzgamiento en ausencia); concentración en el desarrollo del procedimiento y, de no ser posible, normas que eviten su hipertrofia y su excesiva duración; inmediatividad en la asunción de diligencias; sana crítica, para apreciar la prueba, exceptuada la instrumental pública o equiparada a ella, sin perjuicio de atacar los vicios que la invaliden o reduzcan su fuerza; escritura, para fijar el tema litigioso, y oralidad, para su discusión; publicidad, dentro de los límites que le son propios, o sea, descartado el fisgoneo de los expedientes judiciales por cualquiera, y excluida o cercenada por motivos de moralidad, orden o interés públicos, etcétera; libertad formal condicionada, que excluya ritualismos y muletillas innecesarios ("resultando" y "considerando" —cfr. art. 84—, "ante mí", "otro sí", etcétera), pero sin entronizar en su reemplazo la anarquía; fundamentación de los actos procesales destinados a convencer a su destinatario (por ejemplo: demanda y contestación respecto del juzgador; sentencias y, en menor medida, autos, frente a las partes); moralidad, e impugnabilidad motivada, como requisito que contribuya a frenar la deducción de recursos descabellados o interpuestos con mala fe notoria.

31) Para cerrar el epígrafe sobre orientación del planeado código, y puesto que con ella y con los principios rectores enunciados en los números 27 a 30 se relaciona, examinaré ahora cuatro cuestiones que se suscitaron ya durante la reunión de la Comisión reformadora en setiembre de 1976, a saber: los concernientes a la conciliación, a los incidentes, al abuso de la apelación y a los procedimientos especiales.

30) Sin ánimo de establecer una lista invariable

32) Los resultados de la conciliación preproce-

sal, que tanto entusiasmó a Voltaire cuando la vio funcionar en Holanda, varían enormemente de un país a otro; y así mientras en Italia una crecidísima cifra de litigios concluye en ella, en España suele ser una etapa de tránsito impuesta por el legislador antes de iniciarse el juicio en estricto sentido, bastando promover durante ella cuestión de competencia o recusación o que no comparezca cualquiera de las partes, para que se dé por intentada sin efecto, aunque en el último caso se impongan las costas al que sin justa causa no concurriera al acto. De ahí que junto a ella, de subsistir, o en lugar de la misma, de eliminársela ante su escaso o nulo rendimiento, deba pensarse en incorporar al código la posibilidad de que, a instancia de parte o de oficio, se autorice la intraprocesal, en cualquier momento del juicio anterior a la sentencia, que se considere propicio para conseguir una avenencia. Pero a propósito de la que se promueva de oficio, el juzgador deberá no olvidar que su misión es sólo la de sugerir la conveniencia de una solución autocompositiva cuando lo reputa factible, y en manera alguna la de presionar a las partes para que desemboquen en ella: téngase muy en cuenta que en el diálogo suyo con éstas se corre el riesgo, como en otra ocasión sostuve, de que él les hable de tú y las segundas le contesten de usted, es decir, que por razón del plano en que el primero se encuentra, los litigantes se sientan intimidados o cohibidos, y, por consiguiente, los buenos resultados del contacto dependerán de algo tan personal y variable, como el tacto con que el funcionario utilice en concreto las facultades que a tal fin le confiera el legislador.

33) En los enjuiciamientos escritos de tipo hispánico, los incidentes constituyen una auténtica plaga, a la que hay que enfrentarse con energía, no, desde luego, para extirparlos de raíz, porque puede haberlos plenamente justificados, pero sí para frenar su empleo abusivo. A tal fin, cabe valerse de diversos mecanismos, como la audiencia preliminar de los códigos de Austria o del Vaticano, el despacho saneador de los de Portugal y Brasil, la primera audiencia para examen del pleito en Italia; la potestad conferida a los juzgadores del Distrito Federal mejicano tanto para desechar de plano los "recursos notoriamente frívolos o impropcedentes" (abstracción hecha de la errónea terminología utilizada), como para repeler de oficio los incidentes ajenos al negocio principal; el derecho a recabar diligencias preparatorias, como las de los artículos 170, 171 y 181 a 185 del código de

1887; en la medida en que todos esos dispositivos, combinables en mayor o menor escala, sirvan para encarrilar debidamente desde el primer momento la marcha del proceso. Lo que sí carece de sentido es que nada más iniciado el juicio se puedan oponer media docena de excepciones dilatorias por el demandado (las del artículo 215 y, en cierto modo, la de defecto legal de la demanda, cuando el juez no la señale de oficio: cfr. art. 208), que suspendan el curso del procedimiento en cuanto al fondo y que inclusive alguna de ellas autorice el recurso de alzada y hasta el de casación por nulidad formal, con la consiguiente reposición de los autos (expediente) "al estado que tenían cuando se cometió la falta" (cfr. arts. 215, 221, 904, 918 y 919) y el riesgo de que tras el reenvío al inferior se perpetren nuevas violaciones que prolonguen y encarezcan en demasía la tramitación y decisión del litigio, aun sin llegar a la desesperante duración de esos pleitos recordados por Caravantes y que se concluyan por los hijos o los nietos de quien los inició.

34) El régimen de la apelación requiere considerar diferentes extremos. El principal es el de si debe subsistir o, por el contrario, eliminarse mediante la implantación de juicio oral ante juzgadores colegiados para la primera instancia, sin otro recurso contra sus sentencias que el de casación. El tema apasionó, por ejemplo, en el Primer Congreso Argentino de Ciencias Procesales celebrado en Córdoba en 1939, con las opiniones muy divididas llegado el momento de votar. Trátase de fórmula tan radical como simplista, frente a la que se alzan los códigos procesales civiles mejores del orbe, que siguen manteniéndola; y además, de adoptarse, exigiría una previa reforma en la organización judicial, con objeto de aumentar el número de salas de casación de la Suprema Corte de Justicia, de no establecerlas en diferentes ciudades del país, y en ambos casos, con el riesgo de que se rompa la unidad de la jurisprudencia, según ha sucedido en Méjico desde que se implantaron los tribunales colegiados de circuito para entender de determinadas clases de amparo. Descartada esa perspectiva, o sea, conservada la apelación, habría, en segundo lugar, que rectificar errores, no meramente terminológicos, acerca del alcance de los efectos en que opera, de la expresión de agravios, de la adhesión al recurso, etcétera. Mayor importancia todavía tiene la opción entre los dos tipos de ella acogidos en los ordenamientos procesales, a saber: el amplio del derecho francés y del alemán, entre otros, y el

restringido del español y del austríaco, por el que me inclino, puesto que se aspira no a fomentar, sino a refrenar su empleo. En este punto, resulta curiosa la experiencia italiana del código de 1940: en su redacción originaria, abandonó la apelación amplia de su antecesor el de 1865; algún tiempo después, las presiones de la abogacía, cuyos intereses profesionales resultaron afectados por las cortapisas puestas a su empleo, lograron que se resucitase aquélla, pero a su vez, la magistratura, pese a los móviles de la reforma susodicha, propendió, en cuanto pudo, a contener la fiebre impugnativa en segunda instancia. Habría, en otro sentido, que asociar en un solo trámite la interposición del recurso y la llamada expresión de agravios, y prescribir que el escrito único en que se refundan, no se reduzca a una mera expresión de disenso respecto del fallo emitido, sino que enuncie las razones en que la discrepancia se base. Finalmente, ¿la apelación habrá de autorizarse tan sólo contra sentencias definitivas de fondo o también contra las denominadas interlocutorias y contra los autos? Frente a estas dos últimas categorías de resoluciones, que convendría reducir a los segundos, de acuerdo, verbigracia, con el criterio de Marcos Pelayo, la apelación debería suprimirse o, a lo sumo, consentirse con limitaciones severísimas, dados los propósitos entorpecedores y encarecedores con que suele utilizarse, singularmente por litigantes de mala fe insolventes, quienes parapetados tras el beneficio de pleitear como pobres, actúan muy a menudo en plan de "a río revuelto, ganancia de pescadores". No es, naturalmente, que los vicios de que adolezcan o de que emanen interlocutorias y autos sean inatacables, sino que deben subsanarse por cauces menos complejos que los de la apelación ciento por ciento, aun cuando en comparación con la reservada para las genuinas sentencias de fondo (las que lo son en su acepción romanista y material; no en la germánica y formal) resulte de vía estrecha. Para alcanzar esa meta podría pensarse en implantar las siguientes cortapisas: a) necesidad de que se formule protesta tan pronto como se produzca o se advierta la irregularidad cometida; b) empleo inmediato de un remedio o recurso horizontal (llámesele reposición, reforma o reconsideración) ante el juzgador a quo; y c) de no prosperar y persistir el recurrente en su afán impugnativo, permitírsele renovarlo cuando en su día deduzca apelación principal contra la sentencia definitiva, a la que se agregaría como subsidiaria la dirigida contra la resolución de jerarquía inferior. Todo ello

sin perjuicio de instaurar medidas pecuniarias para cuando se desestime la de la interlocutoria o del auto: condena en costas, desde luego, agravada en caso de apreciarse temeridad o mala fe, e inclusive exigencia previa de un depósito, a devolver o a retener por la administración de justicia, según que el recurso en cuestión prospere o fracase.

35) Sin posible asidero la anticuada tesis del cubano Dolz y Arango, de índole privatista, a tenor de la cual, las principales instituciones del derecho civil sustantivo deberían contar en los códigos procesales con el correspondiente procedimiento y que, claro está, habría desembocado en una proliferación de éstos, situados respecto de aquéllas en una situación metafóricamente similar a la de caballeros y escuderos, la tendencia desde hace mucho tiempo imperante, tanto en la doctrina como en la legislación, es a poner término a la orgía de los procedimientos especiales. Este gravísimo defecto, que se manifiesta también en códigos recientes como el brasileño de 1939 en vigor hasta 1973, llevó a Beceña a caracterizar el enjuiciamiento civil español de las leyes de 1855 y de 1881 como versiones procesales del Arca de Noé, en las que hubiesen encontrado refugio los más diversos procedimientos. Y como dichos cuerpos legales han repercutido, en este y otros muchos puntos, sobre la codificación procesal hispanoamericana y concretamente sobre la costarricense, de ahí que hayamos de suscitar ahora el problema con vistas al planeado proyecto. El código de 1887 contiene, en efecto, un número excesivo de procedimientos especiales, sin contar los tres ordinarios por razón de la cuantía (de los cuales el de menor y el de mínima cuantía —aunque derogado desde 1958— más pertenecen al sector de aquéllos que al de éstos) ni los dos arbitrales: los hay contenciosos y voluntarios; preventivos, preparatorios y cautelares; declarativos y ejecutivos; principales e incidentales; singulares y universales; impugnativos; referentes a la capacidad procesal tanto objetiva como subjetiva del juzgador o al ejercicio de la anacrónica acción de jactancia; en número superior a cuarenta, que a toda costa hay que reducir a mucho menos de la mitad y, de ser posible, a una decena.

36) g) Contenido. Retorno a ideas esbozadas en los números 15 a 18, bajo el epígrafe Estructura, con anuncio en ellos de ser desenvueltas ahora al sugerir en concreto las paredes maestras sobre

las que deba alzarse el nuevo código y las principales altas y bajas que hayan de efectuarse respecto del todavía vigente de 1887. En los números 16 y 17 manifesté mi preferencia decidida por una división en tres libros: el primero, de disposiciones generales; el segundo, relativo al procedimiento de declaración (inclusive la vía impugnativa), y el tercero, acerca del procedimiento de ejecución, tanto singular como concursaria. Y al final, un título a manera de apéndice, con articulado aparte (separable del código en cualquier momento sin dejar en él un hueco), para regular en él, como actividad judicial extraprocesal o extralitigiosa, y comprimida al máximo, lo poco que merezca subsistir de la llamada jurisdicción voluntaria.

37) Libro Primero. De acuerdo con una concepción publicista del proceso, o sea, la hoy predominante de modo abrumador, se iniciaría con un título dedicado a la jurisdicción, juzgador y auxiliares, cuyos dos primeros capítulos se ocuparían, a su vez, de la jurisdicción y de la competencia en litigios civiles, la segunda repartida en las secciones necesarias para encuadrar los diversos criterios determinativos de la misma (materia, cuantía, territorio, persona, conexión, etcétera). (Aun cuando por su evidencia la aclaración resulte superflua, indicaré que el "recurso de inconstitucionalidad" debe salir del código procesal civil, ya que no pertenece al ámbito de la justicia de esa clase, sino al de la de naturaleza constitucional, en el cuadro de la cual requiere, unido a las demás expresiones de la misma, una ordenación más completa que la de que actualmente es objeto en el libro IV, título I, capítulo IX del código de 1887). Tras dichos capítulos vendrían uno o dos más para ocuparse en forma paralela, aunque los primeros en plano superior, de los conflictos de jurisdicción y de las cuestiones de competencia; otro acerca de la abstención, recusación y responsabilidad de jueces y magistrados, con baja del mal llamado "recurso de responsabilidad civil" actual (libro IV, título I, capítulo XI), puesto tanto ésta como la penal en estricto sentido pueden surgir en cualquier tipo de juicio, de igual modo que la disciplinaria (libro y título citados, capítulo VIII), que presenta más rasgos administrativos que jurisdiccionales, y uno más sobre las atribuciones del juzgador en la tramitación y decisión del proceso. Y el título primero se cerraría con un capítulo reservado a los auxiliares, no desde el punto de vista orgánico, sino en

atención al papel que asuman y actividades que desplieguen en el proceso.

38) El título segundo lo dedicaríamos a la acción, partes y defensores, es decir, a los sujetos principales y cooperadores para el ejercicio de la misma, concebida como noción con unidad de contenido, dualidad de pertenencia, duplicidad de elementos objetivos y no circunscrita a la demanda inicial, sino proyectada a todo lo largo del proceso, desde la primera instancia a la ejecución, a través, en su caso, de la vía impugnativa. Cambio, aquí, radical frente al anacrónico planteamiento del código de 1887, pero cuyo rápido arraigo esperamos no suscite resistencias, dada su sencillez, por un lado, así como, por otro, la absoluta intrascendencia de la clasificación privatista de las acciones sobre la marcha del procedimiento, hasta el punto de que si en los códigos que le dan cabida se derogasen los preceptos que la consagran, seguirían funcionando exactamente igual, sin que para nada se notase su baja. El título segundo abarcaría dos capítulos, el primero relativo a la acción en sentido rigurosamente procesal y el otro, concerniente a las partes y fraccionado en tres secciones: la primera acerca de su capacidad y legitimación; la segunda consagrada a la pluralidad de las mismas (litisconsorcio; tercerías, tanto la espontánea —intervención— como la provocada —llamamiento—, desenvueltas con horizontes mucho mayores que los del actual libro II, título VI, capítulo VI, que las circunscribe al juicio ejecutivo; y sustitución) y la tercera dedicada a la asistencia y representación de los contendientes en el juicio, dándole en ella especial realce a la tarea del abogado y, en cambio, con baja o muy severo encuadramiento de la gestión judicial. ¿Quid, se dirá, del ministerio público, cuya intervención en el proceso civil dista muchísimo de poseer el relieve que ofrece, en el penal, hasta el extremo de no haber faltado quien (el argentino Jofré) la repunte como la quinta rueda del carro de la justicia? Por de pronto, las cuestiones acerca de su reclutamiento, planta, categorías, etcétera, nada tienen que hacer en los códigos procesales y sí en las leyes de organización judicial o, de desgajarse de éstas, en específicas para dicho cuerpo de funcionarios. Descartadas tales normas, quedarían las referentes a su actuación en los juicios civiles, dentro de las que han de diferenciarse las dictaminadoras y las requirentes. Las primeras, cuyo objeto estribaría en brindar asesoramiento al

juzgador, carecen, en rigor, de justificación en países con una judicatura profesional compuesta en su totalidad por juristas; suelen emitirse en forma rutinaria y, por ambas causas, tienden a desaparecer, sin que las todavía subsistentes exijan un título entero y sí sólo una breve indicación en las escasas ocasiones en que se sigan considerando necesarias; en cuanto a las requirentes, en ellas el ministerio público se conduce como parte, aunque sólo en sentido formal —“parte imparcial”, según la, en apariencia, paradójica caracterización de Carnelutti, al no ser sujeto del litigio y sí únicamente del proceso—, y le son, por tanto, aplicables sin dificultad alguna los preceptos sobre intervención de los litigantes y sus defensores en juicio, sin otra divergencia acusada que la de que su legitimación deriva de la ley y no de su personal interés en la contienda promovida.

39) El título tercero, con el que se cerraría el libro primero, se ocuparía de la actividad procesal y comprendería los siguientes capítulos, algunos de los cuales exigirán casi seguramente luego su división en secciones: primero, disposiciones comunes acerca de las actuaciones y de las resoluciones judiciales; segundo, regulación espacial (diversas clases de localizaciones); tercero, regulación temporal (cómputo, preclusión, términos, plazos y señalamientos); cuarto, celebración de audiencias, comparecencias y juntas; quinto resoluciones judiciales (sentencias, autos y providencias; remedios menores frente a las mismas; disposiciones sobre su discusión, votación y discordias en los juzgadores colegiados); sexto, notificaciones, citaciones y emplazamientos; séptimo, exhortos y otras comunicaciones; octavo, actividad procesal defectuosa y rectificación de los vicios en que se manifieste (convalidación, subsanación, etcétera); noveno, inactividad procesal (interrupción de derecho, suspensión judicial, caducidad, y consecuencias de cada una); décimo, repercusiones económicas de la actividad procesal (costas, fianzas y depósitos, sanciones pecuniarias, etcétera) y exención de las mismas (patrocinio gratuito, a trasladarse aquí desde el lugar que ahora ocupa en el libro cuarto, título primero, capítulo tercero, del código de 1877).

40) Advertencia acerca del libro primero. En su ordenación he seguido de cerca la del código de procedimiento civil italiano de 1940, pero con

reducción de sus seis títulos a sólo tres, mediante la reabsorción de su título quinto (“poderes del juzgador”) en el primero del proyecto y la del segundo (“ministerio público”) y el cuarto (“ejercicio de la acción”) de aquél en el segundo de los míos. Además, siempre que ha sido posible, he adaptado dicha estructura a las peculiaridades y terminología dignas de subsistir del todavía vigente enjuiciamiento costarricense.

41) Libro Segundo. Consagrado al procedimiento de declaración, coincidiría, en apariencia, con el contenido del actual libro segundo, más estas otras rúbricas: del libro tercero, el título décimo, cuyos temas integrantes figuran hoy en día absurdamente etiquetados como de jurisdicción voluntaria, y del libro cuarto, por un lado, los capítulos primero a séptimo de los once que componen actualmente su título primero y, por otro, aunque esté derogado, su título quinto. Pero un cotejo minucioso revelará divergencias profundas entre uno y otro libro segundo, puesto que el planeado significará importantísimas altas, bajas y traslados respecto del todavía vigente. En cuanto a las primeras, la de mayor trascendencia habría de consistir en incorporar, mediante un título ad hoc, el juicio monitorio o intimatorio, el cual bien regulado y acogido sin recelos contribuirá, sin duda, a acelerar y a abaratar en Costa Rica la substanciación de una enorme cifra de litigios. Respecto de las bajas, creo que el procedimiento incidental del título cuarto, el juicio ejecutivo del sexto, los cinco interdictales del noveno y el desahucio del décimo, todos del libro segundo, pueden y deben ser reemplazados por un auténtico juicio sumario, al que podría remitirse también, salvo las normas para su encuadramiento, el arbitraje, sea de derecho o de equidad, del título quinto, siempre del citado libro. Acerca de los traslados, en el título séptimo del libro segundo habría que comenzar por diferenciar de manera tajante los dos procedimientos hoy mezclados bajo el impropio epígrafe de “sucesiones”, es decir, el abintestato y la testamentaria, y una vez separados, pasarlos (especialmente la segunda) al título-apéndice que en el número 36 propuse para recluir en él lo que merezca subsistir de la pseudo jurisdicción voluntaria; y de convertirse en contenciosos, entonces se tramitarían, dicho se está, según su cuantía como juicio ordinario o sumario. Por su parte, el título octavo, sobre “concurso de acreedores”, irá a parar al libro tercero, tras la ejecución singular.

42) El título primero versaría sobre prevención, preparación y aseguramiento de los juicios, con un capítulo para cada una de tales actividades. El primero se dedicará a la conciliación preprocesal, caso de subsistir (*supra*, núm. 32), y por analogía, igualmente a la intraprocesal, que, en cambio, de ser baja aquélla, habría que incorporar al título segundo. El capítulo segundo contendrá las diligencias preliminares sobre exhibición de cosas o documentos que constituyan, por decirlo así, una incógnita cuyo despeje deba efectuarse antes de iniciar o no un juicio: actualmente figuran en el capítulo séptimo del título más heterogéneo de todo el código, o sea, el primero del libro segundo, en el que sin orden ni concierto se agrupan materias muy dispares bajo el común denominador de "actos prejudiciales", erróneo en cuanto al sustantivo, ya que no regula actos sino procedimientos, y equívoco en orden al adjetivo, por poder inducir a confusión con las cuestiones prejudiciales, las cuales, como conectadas con la jurisdicción, será en el libro primero, título y capítulo también primeros donde se aborden. (En cuanto a la anticipación de las pruebas testifical, pericial y confesional —ahora objeto de los capítulos cuarto y quinto del susodicho título primero del libro segundo—, caben dos soluciones, consistente la una en asociarlas con las diligencias exhibitorias en este capítulo del proyecto, en tanto que la otra estribaría en incorporarlas al capítulo del planeado título segundo que trate de la prueba. Por último, el capítulo tercero del título primero podría, en principio, y a falta de un libro *ad hoc* (*supra*, núm. 17), que resultaría minúsculo en comparación con los otros tres del conjunto, ocuparse de todas las medidas asegurativas, precautorias o cautelares, ya se refieran a personas, a pruebas o a bienes; pero cabría también diluirlas por otros lugares, a saber: las personales, irían unas al título del libro primero referente a las partes y otras al título-apéndice sobre jurisdicción voluntaria; las probatorias, se incluirían entre las normas de tal índole, y las concernientes a bienes, singularmente la de mayor relieve, el embargo, se incorporarían al libro sobre la ejecución. De optarse por esta segunda solución, el capítulo tercero se reduciría, aparte disposiciones genéricas y normas remisivas, al aseguramiento de las obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar, a algún otro proveimiento cautelar de carácter general (de no regular aquél y éste en el título primero del libro tercero: *infra*, núm. 50), y si acaso, dada su naturaleza compleja y la dificultad

de encajarlo en un sitio mejor, al arraigo del demandado (ahora, libro segundo, título primero, capítulo asimismo primero).

43) El título segundo comprendería el desarrollo del juicio ordinario tanto en primera instancia como en los ulteriores peldaños, hasta dejar cerrado el conocimiento del litigio, a través de las cuatro fases procedimentales a que podría extenderse, a saber: la expositiva o polémica, la demostrativa o probatoria, la conclusiva y la impugnativa o de recursos. Pero antes de indicar la estructura y el contenido asignables a cada uno de los capítulos en cuestión, suscitaré la interrogante acerca de si no sería conveniente instaurar en el proyecto el juicio único, con la consiguiente supresión de cualquier otro. A esta fórmula propende, verbigracia, el código procesal civil de 1934 para la Federación en Méjico; pero el resultado obtenido dista mucho de ser satisfactorio, más que por subsistir en él residuos de otros procedimientos (contenciosos unos y voluntarios otros), por la dificultad extrema de lograr un tipo de proceso lo suficientemente elástico como para adaptarse por igual a contiendas de diversa complejidad e importancia. Descartada esa perspectiva, la sección primera del capítulo primero estaría reservada a la demanda, contestación, reconvencción, en su caso, y respuesta a ella, con baja de la réplica y la dúplica, pero sin perjuicio de que mediante escritos ampliatorios, sujetos a justificación muy estricta, quepa aducir después hechos supervenientes o de nueva noticia. Una sección segunda se ocuparía de un mecanismo semejante a la audiencia preliminar austríaca o al despacho saneador lusitano, a que ya me referí como dispositivos a utilizar para encauzar correctamente desde su inicio la marcha del proceso (*cfr. supra*, núm. 33).

44) El capítulo segundo trataría de la prueba, pieza clave en la inmensa mayoría de los juicios, porque si bien cabe que se prescinda de ella, por estar las partes conformes en cuanto a los hechos litigiosos y discrepar sólo acerca de sus consecuencias jurídicas, semejante hipótesis no suele presentarse en la práctica. Además, si bien como regla la prueba recae sobre hechos (a saber: los que sean a la vez discutidos y discutibles), en ocasiones versa sobre las denominadas por Stein normas o máximas de experiencia y en otras sobre preceptos jurídicos que no pertenezcan al cuadro del derecho nacional, general, vigente y legislado. Esos extre-

mos, así como los relativos a anticipación y conservación, carga y ofrecimiento (u ordenación de oficio), admisión, procedimiento para llevarla a cabo, fuerza y apreciación, etcétera, integrarían una sección de disposiciones probatorias generales, a la que seguirían las adscritas a los principales medios de prueba, comenzando por la rendida por las partes en sus tres formas (confesión, juramento y declaración libre), pasando luego a la testimonial (pero con supresión de la tacha subjetiva de los actuales artículos 326 a 330, puesto que un testigo incurso en tacha podría decir toda la verdad y, en cambio, faltar a la misma con el mayor cinismo uno no tildado a priori de sospechoso), a la pericia, a la documental (incluyendo en ella tanto instrumenta como monumenta) y al reconocimiento judicial, más una final para otros posibles medios que no encajen en la mencionada lista, mas sin incluir en ella ni las presunciones, sean absolutas o relativas, ni los indicios, por no ser, en rigor medios de prueba, aunque se conecten con ésta en otras direcciones, o sea, en aspectos de los contemplados en la sección primera.

45) El capítulo tercero estaría consagrado al debate final y a la conclusión del proceso. Se compondría de las siguientes secciones: la primera, sobre el debate final en estricto sentido, previendo junto a su desarrollo mediante alegaciones escritas, la posibilidad de que se desenvuelva en forma oral cuando ambas partes así lo soliciten o si lo pide una sola y el juzgador lo estima conveniente; la segunda, sobre conclusión del proceso mediante actos del juzgador, principalmente la sentencia de fondo, con neto deslinde entre la definitiva y la firme o con autoridad de cosa juzgada y, a propósito de ésta, señalamiento de sus límites objetivos, subjetivos, territoriales y temporales; y la tercera, para recoger las demás manifestaciones conclusivas, a saber: las tres modalidades de autocomposición (las dos unilaterales —desistimiento y allanamiento— y la bilateral —transacción—), la terminación del juicio por inactividad de las partes y la clausura de la contienda por hechos que impliquen su continuación en vía jurisdicente.

46) El capítulo cuarto, acerca de los recursos contra las sentencias, comprendería cuatro secciones, la primera de las cuales, de disposiciones comunes, contendría las normas de carácter genérico (por ejemplo: efectos; empleo del subrecurso de queja frente a la denegación del principal) y las

bases de un procedimiento a que puedan, en gran parte, acomodarse luego los medios impugnativos objeto de las otras tres. La sección segunda se ocuparía de la apelación, inclusive, en su caso (*supra*, núm. 34), la de autos e interlocutorias que se acoople a la de fondo. La sección tercera estaría dedicada a la casación, tanto por errores in iudicando como in procedendo, sin reenvío cuando prospere cualquiera de los primeros y con él, como es inevitable, si triunfa alguno de los segundos, pero en todo lo demás, sometidas ambas modalidades a una misma tramitación, en la medida en que no aproveche la genérica de la sección primera, y la sección cuarta trataría del recurso excepcional de revisión frente a sentencias firmes o con autoridad de cosa juzgada. Por último, dos advertencias: a) tanto la aclaración de una resolución judicial (que al funcionar lo mismo a instancia de parte que de oficio, no poseería siempre los rasgos de un genuino recurso) como la reposición de las susceptibles de ello, se regularán en el libro primero, título tercero, capítulo quinto (*supra*, núm. 39), y b) el recurso de rescisión o audiencia, a favor del demandado para atacar la sentencia firme dictada en su contra en rebeldía, y equivalente de la oposición contumacial de otros ordenamientos, podría refundirse, dada su cualidad de medio impugnativo frente a la cosa juzgada, con el de revisión, o bien en atención a las circunstancias que lo autorizan y a desembocar, si prospera, en reenvío, con el de casación por quebrantamiento de forma.

47) El título tercero del libro segundo, destinado a poner en pie y en marcha un auténtico juicio sumario, es decir, breve (aunque después en numerosos códigos y en su aplicación práctica diste mucho de serlo), comprendería dos capítulos: el primero, de disposiciones comunes, se asentará en los lineamientos del juicio ordinario del título segundo, pero simplificando su tramitación al máximo, mientras que el segundo enunciará, una vez reducidas al mínimo indispensable, las normas de adaptación exigidas por los actuales procedimientos a que haya de reemplazar, según indiqué en el número 41, y entre ellas, en el sector de los incidentes, las referentes a los de acumulación y escisión de pretensiones y de procesos, perspectiva ésta que pese a ser el reverso de aquélla, al código de 1887, como a otros muchos hispánicos, le pasó inadvertida.

48) El título cuarto contendrá las disposicio-

nes necesarias para encuadrar el arbitraje; pero acerca del procedimiento para tramitarlo, sea de derecho o de equidad, su desarrollo se acomodará al del juicio sumario. Por tal causa, será un título que casi seguramente carecerá de división en capítulos. Finalmente, el libro segundo se cerrará con un título quinto, que contendrá una de las mayores innovaciones del proyecto, o sea, la consistente en introducir en él el juicio monitorio, el cual, por la índole del procedimiento a él aplicable, necesitará pocos artículos y, por lo mismo, no tendrá tampoco por qué fraccionarse en capítulos.

49) Libro Tercero. La ejecución procesal, materia de este libro, ha sido, y en buena medida continúa siéndolo, la Cenicienta del enjuiciamiento español y, de rechazo, en los de él derivados. Baste recordar que hasta mediados del siglo XIX, tras el juicio declarativo ordinario había que emprender un juicio ejecutivo para obtener el cumplimiento de la sentencia firme en aquél recaída. La ley de 1855 mejoró un tanto la situación, al instaurar para la ejecución de la sentencia disposiciones específicas, pero dejando subsistente respecto de los títulos extrajudiciales, contractuales o negociales el juicio ejecutivo, es decir, autorizando dos vías, a las que todavía se suma en la ley de 1881 el llamado apremio en negocios de comercio, y fuera de ellas, así como en diversos códigos hispanoamericanos, entre ellos el costarricense, un juicio ejecutivo hipotecario. Sin embargo, esa duplicación, aun cuando en su día significase avance, tampoco se justifica. En efecto: si nos fijamos en las tres secciones que en la ley española de 1881 integran el título referente al juicio ejecutivo, advertiremos en seguida que las dos últimas (sobre "procedimiento de apremio" y "tercerías") no son exclusivas de él, sino que se extienden también a la ejecución de sentencias (cfr. arts. 922 y 1543); y en cuanto a la primera ("procedimiento ejecutivo"), posee naturaleza declarativa, por un lado (y en tal aspecto puede tramitarse como juicio sumario: *supra*, núms. 41 y 48), y ejecutiva, por otro. De ahí que sea aconsejable eliminar la dualidad actual e instaurar, según sucede ya en diversos códigos hispanoamericanos (como el federal mejicano de 1934 o el colombiano de 1970), una sola forma de ejecución singular, la llamada directa o inmediata, aplicable por igual a los títulos ejecutivos judiciales por antonomasia, es decir, las sentencias firmes de condena, a los judiciales impropios y a los negociales.

50) Partiendo de esa base, el Libro Tercero podría estructurarse así: un título primero, de disposiciones comunes, con cuatro capítulos: primero, órganos y sujetos de la ejecución; segundo, títulos ejecutivos y declaración de ejecutabilidad acerca de los emitidos en el extranjero (que en virtud de ella se nacionalizan —Chiovenda—, y a partir de ese instante se llevan a cumplimiento como si hubiesen recaído en el país exhortado); tercero, aseguramiento de la ejecución (no sólo el embargo, sino también las medidas cautelares relativas a obligaciones de hacer, de no hacer o de entregar: cfr. *supra*, núm. 42); cuarto, normas genéricas del procedimiento ejecutivo (ejecución provisional y definitiva, incidentes impugnativos, suspensión y terminación).

51) El título segundo trataría de la ejecución singular, a contemplar desde dos ángulos, en otros tantos capítulos (comprensivo cada uno de las secciones necesarias): a) en atención a la índole de la condena impuesta (pago de cantidad, resarcimiento de daños y perjuicios; de hacer o no hacer; rendición de cuentas; división de cosa común; entrega de bienes o de personas), y b) en consideración a la naturaleza de los bienes sometidos a ejecución (muebles e inmuebles) y a los modos para llevarla a cabo (enajenación mediante subasta, adjudicación al ejecutante, anticresis forzosa).

52) El título tercero regulará la ejecución concursaria, con reabsorción en ella de la quiebra, ampliación de los poderes rectores del juzgador y enérgica poda en su hipetrofiado procedimiento, que se aproximaría en todo lo posible, como en el código del Vaticano (cfr. *supra*, núm. 17), a la ejecución singular, puesto que para el logro de sus fines no hacen falta tantas juntas y piezas de actuaciones como en numerosos códigos y leyes hispanoamericanos convierten su marcha en una auténtica carrera de obstáculos.

53) Como apéndice, con numeración aparte para su articulado, incluiríamos, también comprimido al máximo, un título para regular como actividad judicial extraprocesal, lo que merezca subsistir de la seudo jurisdicción voluntaria (cfr. *supra*, núm. 15). No creo que requiera más de dos capítulos: uno de disposiciones comunes, con un procedimiento sumamente elástico como para tramitar conforme a él casi todos los negocios o expedientes que requieran la intervención de funcionarios

judiciales sin hallarse pendiente litigio alguno (de surgir éste, se convertiría en juicio contencioso, a ventilar de acuerdo con el libro segundo), y otro con normas específicas para aquellos pocos que una vez efectuada una severa criba de los actuales deban subsistir y se aparten en particulares extremos en mayor o menor medida del procedimiento genérico del capítulo primero.

54) Normas procedimentales complementarias del código de la familia y de la ley reformadora de los artículos 13 a 61 del código civil. Ambos textos, de 1973, contienen en numerosos artículos referencias a intervención de jueces y tribunales en asuntos relacionados con la familia y materias conexas; pero muchos de ellos no exigen desenvolvimiento alguno procedimental o bien éste se encuentra en el propio precepto substantivo. Además, con carácter general el artículo 9 del código familiar consigna, en orden a las autorizaciones o aprobaciones a emitir por los juzgadores, una remisión al procedimiento incidental del código procesal civil. Quedan como más importantes los procesos matrimoniales de divorcio, separación o nulidad, los relativos a paternidad y filiación, adopción, concesión de alimentos, tutela y declaración de ausencia, contenciosos unos y de seudo jurisdicción voluntaria otros, todos con sus bases procedimentales en los citados textos de 1973 y que, en realidad, no requieren más que remisiones a normas complementarias del nuevo código procesal. En cuanto a los tres matrimoniales, sin la menor dificultad pueden y deben reducirse a uno solo, aun cuando su finalidad y efectos sean distintos. Hasta qué punto estos complementos procedimentales justifiquen un título para ellos solos en el libro segundo del proyecto, así como un capítulo ad hoc en el apéndice sobre la seudo jurisdicción voluntaria, es cuestión que reputo harto discutible y frente a la que me inclino a una respuesta negativa, sin perjuicio, claro está, de aceptar la solución contraria, si por ella se inclina la Comisión reformadora.

55) Disposiciones transitorias y vacación legislativa. Las primeras, dada su cualidad de cordón umbilical que une el código derogado con el nuevo, llevarán numeración distinta de la del articulado de éste. El fraccionamiento del proceso en fases o etapas permitirá que tan pronto como se cierre una de ellas conforme al texto derogado, la siguiente se acomode al nuevo código. Por ejemplo: pendiente la primera instancia conforme al código de 1887 en el momento de entrar a regir su reemplazante, se terminará a tenor del mismo; pero si se apela de la sentencia, el recurso se ajustará ya al nuevo enjuiciamiento, y lo mismo sucederá, dicho se está, respecto de cualquier otro medio impugnativo (casación o revisión) o de la ejecución, y ello porque a favor del cuerpo legal más moderno existe la presunción, así sea relativa, de que se le ha promulgado para mejorar a su antecesor, porque con propósito de empeorarlo, holgaba promover su reforma.

56) En cuanto a la vacación legislativa, conviene que sea de algunos meses y aprovecharlos para difundir el conocimiento del nuevo código entre los llamados a aplicarlo y disipar las dudas que su manejo pueda suscitarles, y de ese modo eliminar resistencias infundadas. Con tal objeto, y aparte la labor de la crítica en revistas jurídicas, pueden seguirse varios caminos, de los que dos vienen recomendados por la experiencia y por el prestigio extraordinario de quienes los pusieron en práctica: por un lado, la organización de conferencias, cursillos (baste recordar el que al promulgarse el código de su país en 1877 dictó Wach, a la vez profesor y magistrado, y que se halla traducido bajo el título de Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana —Buenos Aires, 1958—) o sesiones de mesa redonda a que asistan magistrados, jueces, abogados, secretarios judiciales, etcétera, y, por otro, la distribución de instructivos, circulares e inclusive los formularios que el nuevo enjuiciamiento exija, a la manera utilizada por Klein en Austria y que tanto contribuyó a asegurar el éxito de su obra codificadora.

Madrid, para San José de Costa Rica, a 20 de marzo de 1977.



**RAPIDOS COMENTARIOS Y SUGERENCIAS
SOBRE LAS BASES DE TRABAJO
PARA EL CODIGO PROCESAL CIVIL**

Dr. Olman Arguedas Salazar

C O N T E N I D O :

El nombre del nuevo Código	42
División en cuatro libros	42
Ausencia de exposición de principios	43
Libro I	43
Libro II	45
Libro III	47
Apéndice	48
La Oralidad	48
Proceso de conocimiento de menor cuantía	49
El sustantivo "proceso"	49
Proceso de conocimiento	49
El subrecurso de queja	50

1) EL NOMBRE DEL NUEVO CODIGO.

Ya hemos dejado atrás el procedimentalismo y estamos situados en la etapa del procesalismo; no cabe hablar hoy día de "procedimientos judiciales" sino de Derecho Procesal. Si esto es una realidad innegable, no puede admitirse que los códigos que regulan el proceso continúen llamándose Códigos de Procedimientos, puesto que la doctrina ya ha hecho su diferencia entre lo que debe entenderse por procedimiento, y lo que debe entenderse por proceso. Si el prefijo proce contiene la idea de caminar, de avanzar, debemos concluir, con Sentís Melendo (1), que todo en la vida tiene su proceso el cual se realiza mediante un determinado procedimiento; es decir, si el proceso es un caminar hacia adelante, un avanzar, en otras palabras, un recorrido de algo, la forma de realizar ese recorrido será el procedimiento. Y si, como opina Guasp (2) el Derecho Procesal es el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso, ineludiblemente tenemos que concluir en que si un determinado cuerpo de normas regula el proceso como conjunto armónico, su nombre no debe ser otro que Código Procesal y no Código de Procedimientos; porque si bien un cuerpo legal de esa naturaleza determina la forma de hacer el avance o recorrido a que hemos aludido, procedimiento, no es menos cierto que visto en su conjunto lo que en definitiva regula es al proceso, que, como contenido tiene al procedimiento. Y si como en el caso que nos ocupa, se trata de la regulación de un proceso en el que se debaten intereses de orden privado, su denominación correcta es entonces Código Procesal Civil. De allí que la denominación que el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo propone para el que pretendemos sea el futuro Código, es de nuestra aceptación, puesto que desde la Cátedra Universitaria hemos opinado en ese sentido desde hace varios años. Esta denominación ha sido adoptada recientemente en Brasil en el "Código de Processo Civil" cuyo autor lo es el procesalista Alfredo Buzaid. Otro tanto ha ocurrido en Guatemala con su reciente Código Procesal Civil debido principalmente a nuestro colega Mario Aguirre Godoy. Sin embargo, se echa de menos esa denominación, aquí en América, en el proyecto Couture de 1945,

y en el Código de Procedimiento Civil de Colombia recientemente promulgado en el año 1970. De manera que la citada denominación otorga al futuro Código la jerarquía científica que realmente debe ocupar.

2) DIVISION EN CUATRO LIBROS.

Como lo expone el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo en sus bases, la economía debe imperar no sólo en el desenvolvimiento del proceso, sino aún antes, es decir, inclusive en la extensión que debe tener un código procesal; y en esto nos llama la atención su opinión de que la extensión no depende no sólo de la cantidad de artículos, sino de la cantidad de palabras que en cada uno de estos últimos se usen. Y así debe ser, pero tomando en cuenta como él mismo lo indica, de que las normas deben ser redactadas con la claridad necesaria con el fin de evitar al máximo, o al contrario, reducir al mínimo, las interpretaciones de los juzgadores; consideramos que ese es un desiderátum, porque trátase de normas parcas o no, la ley no puede regular en su totalidad los hechos sociales y las interpretaciones siempre se producirán; en mayor o menor medida, pero se producirán. Antes bien, normas demasiado parcas son las que más bien inducen a la interpretación, e inclusive a la integración, pues es posible que en aras de la economía se dejen algunas en la ley que luego es necesario integrar. De modo que debe tomarse una posición intermedia: ni exceso de normas y de palabras, ni faltante de ellas. De esta manera, la división en cuatro libros de lo que sería el futuro Código Procesal Civil, sin división superior en partes, ocupa una posición intermedia entre los que en la actualidad podemos catalogar como más modernos en América, y uno de Europa, el de la ciudad del Vaticano, que en opinión del Dr. Alcalá es el "Código Modelo y Modelo de Códigos" (3). Veamos: el Proyecto Couture tiene una parte preliminar, y las partes primera, segunda y tercera; estas tres últimas divididas en libros así: la primera con cinco; la segunda con seis sin indicación de títulos; y la tercera con cuatro; tanto los libros de la primera parte como los de la tercera, sí tienen títulos. En total, suman quince libros. El Código de Procedimiento

(1) *Estudios de Derecho Procesal*. E.J.E.A., Tomo I, Buenos Aires, 1967, páginas 221 y 222.

(2) *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición corregida, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 31.

(3) *Estudios Procesales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, página 419.

Civil de Colombia tiene un título preliminar y cinco libros; el de la ciudad del Vaticano tiene tres; el de Guatemala con seis; y el de Brasil con cinco. La división del futuro Código Procesal Civil en cuatro libros no contiene ninguna innovación, pues el vigente también tiene ese número de libros, aunque con una cifra que sobrepasa los mil artículos, que bien puede ser reducida. Consideremos entonces que cuatro libros es un número aceptable para el mejor acomodamiento de las diversas materias que deberán ser reguladas.

3) AUSENCIA DE EXPOSICION DE PRINCIPIOS.

Si en la realidad resulta que la labor de confeccionar un código es más de carácter político que jurídico, como ha dicho Couture, es conveniente que el futuro Código Procesal Civil contenga una enunciación sucinta de los principios políticos que lo inspiren, esto es, aquellos "de los que deriva la marcha del procedimiento" (4). Si bien dichos principios constituyen los lineamientos generales en que se base la política procesal, que a su vez se fundamenta en el específico sistema político que vive el país en donde regirá un determinado código procesal, es lógico que los mismos se relacionan directamente con la aplicación, interpretación e integración de la norma procesal, y siguiendo ese criterio podrían estar incluidos en forma indiscriminada en las disposiciones generales, como ocurre en el Código de Processo Civil brasileño a propósito del inicio del proceso civil a gestión de parte en cuyo artículo 2 de dispone: "*Nenhum Juiz prestará a tutela jurisdiccional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais*". Pero esos principios, por ser retrato de la política procesal imperante, deben exponerse en un título preliminar (5) y como ya lo ha adoptado el Código de Procedimiento Civil colombiano en sus artículos 1 a 6. Así, en este último se regula lo concerniente a la gratuidad de la justicia civil, a la iniciación e impulso de los procesos, las instancias, la interpretación, la integración y la observancia de normas procesales. Consideramos que no estaría sobrando dedicar unos cuantos artículos a la exposición de dichos principios, cuya ausencia se nota

en las bases expuestas por el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo. Antes bien, ello ayudará en gran medida al desenvolvimiento tanto de las partes y de los abogados, como del mismo juez, dentro del proceso. Corrobora la tesis expuesta el hecho innegable de que ya en nuestro país se ha acogido esa tendencia, pues en el Código de Familia los nueve primeros artículos componen el título preliminar en donde se exponen los principios políticos y filosóficos que inspiran al citado Código. Asimismo, el novísimo Código de Procedimientos Penales, sin contener un título preliminar, incluye en las disposiciones generales el título primero formado por tan sólo cuatro artículos, que de su simple lectura se deduce con facilidad que en ellos se han incluido principios destinados a orientar la política procesal penal en nuestro país, y a definir de antemano, el espíritu o filosofía que inspira al citado Código.

4) LIBRO PRIMERO.

Consideramos correcto y absolutamente ajustado a la situación actual de la ciencia del proceso, que el futuro Código Procesal Civil se inicie con la jurisdicción que es precisamente la función pública por medio de la cual se satisfacen pretensiones (6), con lo cual queda sobreentendido también el carácter público del Derecho Procesal. Así, todo lo relacionado con ella, como también con la competencia, debe estar formando parte del título primero del libro primero, para dejar en el título segundo del mismo libro, lo relativo a la acción, que si bien es un poder jurídico que pertenece por igual tanto a quien tiene la razón como a quien no la tiene por cuya razón se la ha considerado como un derecho cívico, lo cierto es que pertenece a los particulares, e inclusive al Estado, pero en ambos casos como pretendientes. La jurisdicción, concretamente la contenciosa, tiene como origen a la acción. Pero la primera, como potestad jurídica, implica la colocación del juzgador en un plano superior al de las partes para la aplicación de normas que en su gran mayoría son irrenunciables y por ende de Derecho Público. De manera que la regulación de la jurisdicción en primer lugar es del todo acertada.

(4) Víctor Fairén Guillén. *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil de 1966*. Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria. Universidad de Valencia, España, 1966, páginas 27 y 28.

(5) Ob. cit., págs. 27, 28, 29 y 36.

(6) Guasp. Ob. cit. página 101.

El título III da un feliz término al Libro I al regular en el lugar que le corresponde toda la actividad tanto de la jurisdicción como de los que intervienen en el proceso como partes, entendida dicha actividad como manifestaciones de voluntad dentro del proceso. No obstante, hay dos aspectos con los cuales nos mostramos en desacuerdo y son los siguientes: lo relativo a términos, plazos y señalamientos incluido en el capítulo tercero y lo referente a los remedios menores frente a las resoluciones comprendido en el capítulo quinto sección segunda. El primer aspecto no debe ser tripartito, sino bipartito, es decir, deben regularse sólo los términos y los plazos, porque los señalamientos van implícitos en los términos; de manera que nada práctico se consigue haciendo esa división tripartita, como se observa en las Bases. El otro aspecto, remedios menores frente a las resoluciones, debe cambiársele el nombre pues aún cuando remedios denota la patología de las resoluciones, es preferible usar otra que bien podría ser gestiones; con ella se designaría a lo que en la actualidad se conoce con el nombre de adiciones y aclaraciones, las cuales realmente son simples gestiones porque unas y otras no tienen como resultado la modificación de las sentencias, sino más bien su perfeccionamiento, por el mismo juez que decidió. En efecto, tanto en la revocatoria como en la apelación, su finalidad es remediar lo malo de las resoluciones, en el mismo grado o en uno superior, según sea el caso. En cambio, las aclaraciones y adiciones no pueden ser catalogadas como recursos porque su finalidad no es la de modificar las resoluciones. El Diccionario de la Lengua Española, página 1128, decimonovena edición, Madrid, 1970, define el remedio como el recurso contra una resolución judicial, entre otras acepciones desde luego. Si las aclaraciones y las adiciones no se dirigen "contra" la resolución judicial, no es feliz entonces la expresión "remedios menores" para comprender dentro de ella a la aclaración y a la adición. Aún más, en las Bases se incluye tan sólo a la aclaración y luego a la reposición, como parece desprenderse, se presume también que en ellas no está comprendida la adición, la cual es de un uso muy necesario tanto para las partes como para el juzgador. Si esa laguna constituye un olvido involuntario, debe incluirse, y si no lo fuera, también, pues se trata de un trámite que implica una evidente economía de tiempo, de gastos y de energías mentales y físicas, y con la que se llega a llenar la omisión cometida en el fallo.

Se establece la reposición y entendemos que el Dr. Alcalá-Zamora se refiere a lo que en la actualidad se llama entre nosotros revocatoria que en nuestra opinión nada tiene de remedio menor como no sea la circunstancia de que en tratándose de las interlocutorias es el mismo juez que dictó la resolución quien podría enmendarla; pero esa circunstancia particular de este recurso, en nuestra opinión, repetimos, no merece el calificativo de menor, pues abstracción hecha de algunas resoluciones que sólo ese recurso admiten, la mayoría, denegada la revocatoria, la resolución podría ser enmendada por el Superior, en cuyo caso la revocatoria se consiguió no ya en el primero, sino en el segundo grado. Lo que quiere decirse con esto, es que el fin perseguido en ambos supuestos es el mismo: conseguir la enmienda de una resolución; pero, como pensar así implicaría el ingreso en la filosofía lo que no es propio de lo que nos ocupa, debe admitirse como lo está y seguirá estándolo, que la revocatoria propiamente dicha, o reposición como se la denomina en las Bases, la conoce el mismo juez que dictó la resolución impugnada, pero esta circunstancia no puede llevar a catalogar ese recurso de menor. En esta sección segunda del capítulo quinto se mezclan la aclaración y la reposición lo que en nuestro concepto resulta inconveniente, puesto que como ya lo hemos dicho, las aclaraciones, y desde luego las adiciones que también deben ser incluidas, no son remedios o recursos, y esas materias quedarían reguladas conjuntamente con la reposición que sí lo es. Entonces, propongo que queden en este capítulo V, sección segunda, lo relativo a las aclaraciones, incluyendo las adiciones; y que lo relativo a la reposición, por tratarse de un verdadero recurso general, se lo incluya en una nueva sección que tendría que hacerse en el capítulo IV, del título II del Libro II; eso en el supuesto de quedar este capítulo en el lugar en el que se lo incluyó, pero cuya colocación también es discutible, ya que lo correcto sería un nuevo título con el número VI en el Libro II, como se verá más adelante.

En cuanto a la expresión reposición, no encontramos que ello vaya a producir confusiones entre jueces y abogados, puesto que el concepto doctrinario es conocido. Sin embargo, desde el punto de vista práctico sí produciría confusiones porque en nuestra legislación se designa con este nombre a otra clase de actividad procesal, a saber: la reposición de la quiebra, la del auto que declaró la deserción, y la del auto que declara la rebeldía. Para la

solución del punto hay dos caminos: o denominar el recurso de revocatoria con el que sería nuevo de reposición y cambiarle el nombre a las reposiciones conocidas en nuestro medio, o mantener la situación actual. Me inclino por la segunda posición.

5) LIBRO SEGUNDO.

a) En este libro se incluye como capítulo I la conciliación preprocesal e intraprocesal. En muchos casos la conciliación vendría a ser, o bien un medio de evitar un proceso, o bien de impedir su continuación, proceso que quizás a la postre, sea iniciándolo o continuándolo, podría hacer incurrir a las partes en gastos innecesarios y en pérdida de tiempo; es lo que en doctrina se conoce como un medio de obtención del reparto de carácter persuasivo. Pienso que entre las dos sería más provechosa la primera, esto es, la preprocesal, la cual sería preventiva del proceso cuando la misma resulta con éxito; mientras que cuando la misma fracasara no sería preventiva sino preparatoria del proceso. Ahora bien, configurar una conciliación intraprocesal en cualquier momento del proceso, a voluntad de las partes, sería innecesario porque éstas por sí solas pueden tomar la decisión de terminar el proceso, como con acierto lo prevé el Dr. Alcalá-Zamora en la sección III, capítulo III, título II del Libro Segundo de las Bases, al incluir, como una de las formas de terminación del proceso la figura de la transacción. Entonces, ¿para qué aumentar con otra las figuras de terminación anormal del proceso? Considero que ello sería una duplicidad innecesaria, porque si planteada por cualquiera de las partes una conciliación en cualquier etapa del proceso ella resultara fracasada, lo único que se consiguió fue atrasar el procedimiento; y si resultara exitosa, ese mismo resultado se puede conseguir sin necesidad de la conciliación a través de la transacción. Entonces, la conciliación intraprocesal así concebida no debería estar como una figura preventiva o preparatoria del proceso, sino como una posibilidad de terminación del mismo, en cuyo supuesto debería incluirla en la sección tercera, del capítulo III del título II del Libro II; mientras que la preprocesal sí sería una fase preventiva o preparatoria del proceso, según el resultado a que se llegue en esa actuación. En consecuencia, considero que el capítulo I del título I del Libro II podría limitarse a la conciliación preprocesal, pues con ello se puede evitar la llegada a los Tribunales de muchos procesos con lo cual aquéllos se verán descargados de buena parte de trabajo

que en multitud de ocasiones son inútiles, y desecharse la intraprocesal. No obstante, de no prosperar esta tesis, opino que con baja de la preprocesal debe entonces mantenerse la intraprocesal, pero introducida como un trámite obligado en la etapa introductoria o de nacimiento, inmediatamente después de contestada la demanda, o de replicada la contrademanda en su caso; de prosperar este criterio, debe situarse en el capítulo I, título II del Libro Segundo, porque entonces constituiría una forma posible de terminar el proceso ordinario, es decir, una forma específica de terminación anormal. Esperemos que la experiencia nos diga si será o no provechosa la institución que comentamos.

b) El Libro II no debe llamarse "Procedimiento de Declaración", sino "Proceso de Declaración", pues como ya lo dijimos al comienzo de estos comentarios, el Código regulará el proceso entendiendo a éste como unidad; es decir, todo proceso tiene un procedimiento. Pero aparte de ello, el libro segundo está bien orientado, conteniendo el despacho saneador, de origen portugués, que vendrá sin duda a eliminar todo aquel material inútil para la decisión y que lógicamente, con el establecimiento de aquél, se conseguirán la celeridad y la claridad en el debate. No obstante, no compartimos la tesis del autor de las Bases en lo relativo a la por él llamada "fase impugnativa", porque los recursos son proceso de impugnación, de allí que no consideramos correcto que se los incluya como una cuarta fase del proceso de cognición ordinario, pues los mismos se producen no sólo para ese tipo de proceso sino para todos, salvo excepciones. Considero que la colocación de esa materia en el capítulo IV, título II del Libro II no se aviene con la idea de que el futuro Código retrate en lo posible la cronología que sigue el procedimiento en la vida práctica. Y esa idea se refleja claramente a través de todas las bases, las cuales, comenzando por regular la función jurisdiccional, lo que es absolutamente correcto y acorde con las corrientes actuales, continúa luego con la acción para luego dar configuración al proceso de conocimiento. Aquí es donde la fase impugnativa, como un capítulo IV, no debe aparecer, porque en la realidad la impugnación no constituye una fase del proceso de conocimiento, sino otro proceso denominado proceso de impugnación. Obsérvese que en este último la pretensión que se esgrime, la prueba que se recibe y el fallo mismo, difieren de la pretensión, prueba y fallo que se producen en la fase

de conocimiento propiamente dicha. Con el proceso de impugnación, como la misma palabra lo dice, lo que se hace es impugnar la decisión, y la pretensión es la modificación de ella o su conversión en otra distinta a la impugnada. Claro que podría objetarse esta tesis en el sentido de que a través de la fase de conocimiento se produce también, o puede producirse, uno o varios procesos de impugnación en relación con los autos, pero es obvio que este fenómeno obedece a la orientación que debe dársele al procedimiento, con lo cual no se desnaturaliza en lo más mínimo su carácter de proceso de impugnación. Por ello considero que no es correcto considerar a los recursos como una fase impugnativa del proceso ordinario, primero, porque no necesariamente los mismos deben producirse como sí ocurre con las fases de inicio, desarrollo y terminación, en las que con toda claridad se ve que una fase una vez agotada da lugar al nacimiento de la siguiente, y en segundo lugar, porque la ejecución de todas las resoluciones depende de su firmeza, salvo desde luego las excepciones que la misma ley acuerde. De modo que colocándonos en la sentencia, ésta no será ejecutada sino cuando adquiera firmeza, salvo excepciones concretas como lo hemos dicho. Entonces pensamos que lo correcto es trasladar esa fase impugnativa, situada en el capítulo IV del título II del Libro II, a un nuevo título con número VI, formando entonces una materia intermedia entre la cognición y la ejecución. Tómese en cuenta que aún en la ejecución puede haber impugnación, y que por ello no debe considerarse como una fase de la cognición. Quedaría entonces el título II del Libro II con sólo tres capítulos que serán los correspondientes a las tres fases propias de la cognición, esto es, la fase expositiva o de iniciación, la fase demostrativa o de desarrollo, y la fase conclusiva o de decisión. En cuanto a las dos primeras no tenemos nada que objetar, no así en lo referente a la última, en cuya sección primera se incluye el denominado debate teado el mencionado debate será una repetición de lo que ya ha quedado documentado en el expediente puesto que se le incluye en la fase conclusiva, al igual que como ocurre en la actualidad con el alegato de bien probado, sólo que se transforma su forma escrita en forma oral optativa. Considero que se excede el principio dispositivo al dejar a la voluntad de las partes o de una sola de ellas y en definitiva al juez, la determinación de la forma que ha de revestir ese debate. Ahora bien, en esas cir-

cunstancias debe hacerse un señalamiento de hora y fecha con lo cual se producirá, posiblemente, atraso en la tramitación; pero también es muy posible que esa oralidad en muy pocos casos o quizás en ninguno llegue a realizarse en la práctica, por la preferencia notoria entre los litigantes de recurrir a la escritura. De todos modos, no se trata de oralidad en la fase probatoria del proceso, sino en la conclusiva; y siendo cierto también que la mayoría de los casos civiles son complicados, considero que el mencionado debate para poder mantenerse, pero con oralidad obligatoria y no con oralidad optativa, debe primero consultarse con las estadísticas para determinar si el número de procesos ordinarios que normalmente se tramitan en los juzgados de la República permitiría la celebración de ese debate en un lapso de tiempo razonable, tomando en cuenta el total de asuntos que ingresen. De no ser así, es preferible mantener las cosas como están.

c) TÍTULO III.

Este título, dedicado al juicio sumario, en nuestro criterio debe llamarse Proceso Sumario, atendiendo a las mismas razones en cuanto a la denominación del proceso de declaración u ordinario. Hecha esta objeción, la idea de introducir un procedimiento único que comprenda los procesos incidentales, ejecutivos, interdictos y desahucios, es acertada porque todos estos tipos de proceso son sumarios atendiendo a la brevedad del procedimiento; pero la sumariedad no debe conceptuarse únicamente referida a la brevedad del procedimiento, sino además y agregada a dicha brevedad, como la imposibilidad de oponer todo tipo de excepciones como sí es posible en el proceso de declaración u ordinario, pues si así sucede, entonces el proceso no será sumario sino un plenario rápido. Están bien incluidas estas figuras en este título, pues la sumariedad no excluye a la declaración o cognición, llegando a ser en estricto sentido procesos de cognición sumaria. De acuerdo con lo dicho, el proceso incidental no podrá ser susceptible de un procedimiento idéntico a los otros procesos sumarios, pues es determinante la imposibilidad de oponer excepciones como parece desprenderse, o más bien se desprende, de lo dicho por el Dr. Alcalá-Zamora en cuanto a normas de adaptación que formarían el capítulo II de este título III. Ello es así puesto que el incidente no es un proceso autónomo.

Referente a la acumulación de pretensiones y de procesos, así como su escisión, su inclusión en este título es correcta pues la resolución del punto

exige el establecimiento de un proceso incidental para definir si es procedente o no ejercitar cumulativamente pretensiones y procesos. Veo claro las razones de economía procesal: si se establecen varias pretensiones acumuladas que por ley no lo son, en el actual Código de Procedimientos Civiles no existe ninguna disposición expresa que establezca el camino que debe seguir el juez, excepción hecha en cuanto a tres tipos de procesos interdictales, con lo cual se estará perdiendo tiempo y dinero con la tramitación de ellas en la forma dicha, para que al final el juez deba pronunciarse sólo sobre una u otra por ser improcedente la acumulación. Llenando esta laguna de nuestra legislación procesal civil se evitan dilaciones perjudiciales. Si bien la acumulación y la escisión funcionarán en cuanto a las pretensiones, en cuanto a los procesos sólo funcionará la acumulación y no la escisión, porque precisamente de lo que se trata es de unir procesos que se han iniciado por separado, por cuya razón no cabe pensar en este supuesto de escisión de procesos como pretensión inicial, sino tan sólo de acumulación de ellos. Entonces, debe entenderse que la acumulación y la escisión deben referirse a las pretensiones, y que en cuanto a los procesos sólo es susceptible referir la acumulación.

d) En cuanto al arbitraje, si bien es una institución poco usada en nuestro medio, es importante mantenerlo. Constituye una forma de reparto de carácter coactivo imparcial, que implica una renuncia a la tutela jurídica estatal, diferenciándose de la conciliación en que ésta no da soluciones concretas, sino únicamente la terminación de una diferencia entre las partes, mientras que aquél sí ofrece soluciones concretas al conflicto planteado entre las partes. Debe mantenerse en el lugar en que se le ha incluido, título IV del Libro II pues no puede negarse que con él se tiende a una declaración de un derecho por parte de un tercero fuera de la función jurisdiccional y por lo tanto se lleva a cabo una cognición. Asimismo, al dársele un título específico, con toda claridad se le está sustrayendo del campo del proceso, el cual en doctrina se deja reservado únicamente para el proceso jurisdiccional, pues el arbitraje es, como ya se dijo, una estructura de reparto, pero no es un proceso. La propia denominación que se le da en las Bases, de simplemente

arbitraje, concuerda con lo que es hoy predominante en la doctrina (7).

e) Tocante al juicio monitorio, así denominado en las Bases, sugerimos que se denomine proceso monitorio, en atención a las razones ya expuestas. Aparte de esta objeción, consideramos que el establecimiento del proceso monitorio vendrá a resolver múltiples problemas no sólo de tiempo sino también de gastos, pues con este tipo de proceso el pago que el acreedor reclama y que carece de título ejecutivo para hacerlo efectivo por la vía sumaria, podrá realizarse en un proceso rápido en el que con el sólo mandamiento de pago y no oponiéndose el deudor, podrá cobrar seguidamente y en el mismo expediente ejecutivamente el crédito. Es lo que en doctrina se denomina creación de un título ejecutivo. Desde luego que si el deudor se opone, el problema deberá debatirse en la vía ordinaria precisamente porque el acreedor carece de título ejecutivo. Muchos documentos que no reúnen los requisitos exigidos por las leyes para ser títulos ejecutivos, podrán ser cobrados por esta vía. Con ello se evitará la comisión de errores a base de interpretaciones o integraciones del derecho procesal en que por vía extensiva se cataloguen como ejecutivos documentos o títulos que legalmente no lo son; pero se evitará sobre todo el enviar a los acreedores a la vía ordinaria, con el consiguiente dispendio de tiempo y de gastos como ya se dijo. Es evidente el beneficio que traerá al país el establecimiento del citado proceso, pues para la vía ordinaria se resolverá solamente las pretensiones complicadas y que por su propia naturaleza exigen ese tipo de proceso, y consecuentemente, aquellas pretensiones que deducidas en vía monitoria sean objeto de oposición por parte del demandado; desde luego que entonces en este supuesto, la pretensión se torna discutible y es cuando debe darse la oportunidad al demandado de que haga su defensa con la amplitud y meditación que son propias de la vía ordinaria o de declaración.

6) LIBRO III.

Volvemos aquí a insistir en la denominación, pues como lo hemos dicho, el término procedimiento no se aviene a la situación y avance actual de la ciencia del proceso, cuando lo que se está pensando es en el proceso mismo como unidad

(7) Pedro Aragoneses. *Proceso y Derecho Procesal*. Aguilar, Madrid, 1960, páginas 48, 52, 56, 61, 62 y 63.

institucional. Por eso consideramos que la denominación correcta de este título debe ser Proceso de Ejecución. De este libro nos parece correcto el acomodamiento de las materias, inclusive en lo referente a la llamada ejecución concursaria comprensiva del concurso y de la quiebra, puesto que no puede negarse, y esa es la posición predominante en la doctrina, que estos tipos de procesos son claramente ejecución colectiva, es decir, tienen como finalidad la liquidación de un patrimonio y no de un determinado bien. Sin embargo, pensamos que sería contraproducente el establecimiento de la anticresis forzosa como uno de los modos o maneras de llevar a cabo la ejecución singular, porque si en las mismas bases se está previendo la adjudicación al ejecutante, con lo cual el acreedor adquiriría la propiedad del bien subastado al deudor, no tendría entonces sentido el conferirle al acreedor la posesión de un inmueble del deudor para que se le faculte para apropiarse de los frutos y productos del mismo imputándolos al pago de intereses, y que el sobrante, si lo hubiera, sea imputado al capital. Consideramos que esta solución no es adecuada porque puede prestarse para que personas inescrupulosas abusen de esa administración del inmueble en perjuicio evidente del deudor. Ello aparte de que en nuestra opinión resultaría sumamente lento para el acreedor, según sea el caso, la obtención del pago total de su acreencia. Es más rápida la solución mediante la adjudicación del bien en subasta, que mediante la anticresis forzosa propuesta.

7) APENDICE.

No existiendo en esta materia debate ni tampoco pretensión puesto que no hay un demandado propiamente dicho, sino tan sólo el interés de dar una mayor autenticidad a ciertos actos encomendando su solución a la función jurisdiccional, opinamos que la inclusión de todo lo que hoy se conoce como actos de jurisdicción voluntaria está correctamente incluido al final de lo que sería el futuro Código Procesal Civil pero no como se propone como un apéndice del Código. En efecto, quíerese o no, esta materia, denominada por el Dr. Alcalá-Zamora pseudo-jurisdicción voluntaria, está hoy y seguirá estándolo posiblemente por mucho tiempo, encomendada a los tribunales civiles por lo cual no vemos la razón para que se le vaya a catalo-

gar como un apéndice con un articulado con numeración distinta al del resto del Código. Si algún día se llegase a pensar y madurar en cuanto a la inconveniencia de que esta materia sea de conocimiento de los tribunales civiles, entonces no existe en absoluto problema alguno pues se echaría mano a la derogatoria de los preceptos y se regularía aquélla mediante una ley especial con la consecuencia indudable de que su conocimiento correspondería entonces a otros funcionarios. El mismo procedimiento cabría catalogando a la pseudo-jurisdicción voluntaria como un apéndice del Código; de modo que si la solución presunta, futura e incierta, de excluir de la jurisdicción este grupo de asuntos se puede hacer por la misma vía en ambos casos, no nos parece justificada la tesis de que ellos constituyan un apéndice del cuerpo de leyes proyectado. Entonces, de acuerdo con lo dicho, esta materia en nuestra opinión deberá formar el cuarto y último libro del proyecto, con la denominación que se indica en el título único, es decir, actividad judicial extraprocesal. Esa denominación estaría correcta puesto que como ya se dijo en todos esos casos no se está realizando propiamente la función jurisdiccional, sino tan sólo una actividad de los jueces, esto es, judicial, sin que quepa hablar de proceso propiamente dicho al no intervenir ninguna parte demandada, y consiguientemente no existir pretensión procesal y material en su recto sentido.

8) LA ORALIDAD.

Al implicar la oralidad la existencia de la inmediación y la concentración, dota al proceso de una mayor celeridad; pero esta última no puede conceptuarse en todos los casos como sinónimo de una sana administración de justicia, porque a veces la celeridad llevada al extremo puede hacer incurrir al juzgador en error; de manera que es un tema que debe analizarse con sumo cuidado. Es cierto que hay en América un fuerte movimiento en su favor, pero también lo es que en algunos países no ha podido establecérsela por razones de orden práctico, entre las que se cuenta el aspecto presupuestario. Así ocurrió por ejemplo en Colombia, en cuyo país debió dejarse, por el motivo dicho, limitada a ciertos asuntos reservándose la escritura para los restantes (8). Para que la oralidad funcione como corresponde, es menester dotar al sistema de todos

(8) Davis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo III, Tercera edición, Editorial ABC, Bogotá, 1977, página 5.

los medios materiales y humanos necesarios, y nuestro país no es lo suficientemente rico para ello. Desde luego que debe buscarse un fin: la justicia pronta y cumplida, pero ello no quiere decir que la celeridad tenga que encontrarse únicamente a base de la oralidad, pues como el mismo Chiovenda lo admite, *"si la oralidad en algunas aplicaciones debiese producir daños superiores a las ventajas, el principio teórico debe sacrificarse a la utilidad práctica"* (9). Es lógico pensar que si el proceso es predominantemente escrito, el procedimiento debe estar ayuno de formalismos y de trámites innecesarios, así como que debe haber apelaciones limitadas en lo posible; ello unido a que los procesos de mayor cuantía y de cuantía inestimable, por estar reservados para el debate de aquellas pretensiones económica y jurídicamente considerables, las mismas ameritan un estudio mucho más detenido por parte del Juez. La oralidad podría dejarse reservada para asuntos determinados, los de menor cuantía y los de familia, por ejemplo, pero piénsese también que aún tratándose de esa categoría de asuntos, para que la misma funcione como corresponde debe contar el Estado con los medios materiales y humanos idóneos para llevarla a cabo. De esta forma, manteniendo un proceso predominantemente escrito para el proceso ordinario de mayor cuantía pero con un procedimiento más sencillo, unido a una eficaz laboriosidad de los órganos jurisdiccionales, se conseguirá indudablemente la celeridad en la administración de justicia, en este tipo de procesos. Cabe aquí hacer mención como obligada consecuencia de lo dicho, que la institución del actuario judicial, que fue pensada precisamente para darle celeridad al proceso, ha conseguido su objetivo siendo por ello correcto mantenerla.

9) PROCESO DE CONOCIMIENTO DE MENOR CUANTIA.

Del estudio detenido de las Bases se observa que no se prevé un proceso destinado a decidir las pretensiones de menor cuantía que no tengan asignado un trámite sumario. Y tampoco cabe pensar en un juicio único, pues esa posibilidad la descarta de las Bases el Dr. Alcalá-Zamora. Por ello, es necesario un proceso para ese tipo de pretensiones, con el nombre de proceso abreviado, sobreentendiéndose con ello que no se trata ni de un proceso de conocimiento plenario, ni de conocimiento suma-

rio, sino como se ha dicho, de conocimiento abreviado o plenario rápido, y cuya inclusión debe estar entonces en un título intermedio entre el proceso de conocimiento y el proceso sumario.

10) EL SUSTANTIVO "PROCESO".

Como el nombre sugerido para el futuro código es el de Código Procesal Civil, el sustantivo indicado debe aparecer a través de dicho cuerpo legal pues si en determinados lugares se usaran las palabras juicio o procedimiento, ello perjudicaría la correcta terminología que en aquél debe existir. Por ello, en todos aquellos lugares en donde han sido usadas las palabras procedimiento o juicio, las mismas deben ser cambiadas por la palabra proceso, salvo donde la palabra procedimiento tenga ese correcto significado y no el de proceso.

11) PROCESO DE CONOCIMIENTO.

Dijimos en el aparte b) del punto 5) que el Libro II no debe denominarse procedimiento de declaración, sino proceso de declaración. Si bien no estaría del todo mal usar la palabra declaración, considero que es aún más correcto que ese libro se llame Proceso de Conocimiento, porque técnicamente la declaración se refiere a un sólo tipo de sentencias, las declarativas propiamente dichas, en conjunción con las de condena y las constitutivas, cada una de ellas con efectos diversos; es obvio que en general, todas ellas declaran un derecho a favor de alguien, pero también lo es que la expresión "conocimiento" se aviene mejor para designar con un denominador común a esos tres tipos de sentencias, porque tanto para llegar a una sentencia de condena, como a una constitutiva o a una propiamente declarativa, se necesita la cognición o conocimiento formada por las tres fases, a saber: expositiva, demostrativa y conclusiva. Como referencia podemos tomar el Código de Procedimiento Civil del Vaticano de 1946, que no obstante no llamarse Código Procesal, sí usa la expresión proceso de conocimiento para designar a dicho tipo de proceso; otro tanto ocurre con el Código de Proceso Civil de Brasil de 1973, y con el Código Procesal Civil de Guatemala de 1964. Así quedaría la estructura del Código formada por tres grandes campos: conocimiento, ejecución e impugnación, cada uno de los cuales formado por uno o varios tipos de procesos específicos. Entonces, el proceso de conocimiento tendría los siguientes tipos específi-

(9) *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción española de la Tercera edición italiana, Tomo II, Madrid, página 159.

cos: conocimiento plenario (ordinario de mayor cuantía), conocimiento abreviado (ordinario de menor cuantía), conocimiento sumario, (incidente, ejecutivo, interdicto, desahucio). El proceso de ejecución estaría representado por la ejecución singular y la colectiva, y el proceso de impugnación por los diversos recursos.

Cabe no obstante una advertencia: el título III del Libro II no es conveniente denominarlo proceso de conocimiento sumario, sino simplemente proceso sumario, por razones prácticas; en primer lugar porque esa denominación no va a hacer pensar a nadie que no se trate de procesos de conocimiento, aunque sumarios; y en segundo lugar, para dejar colocado en el lugar que se le ha situado al proceso monitorio, que aunque no es un proceso de conocimiento propiamente dicho, habría que buscarle acomodo en otro lugar con la consiguiente mayor división del Código cuya inconveniencia sería notoria.

Siguiendo esa trayectoria, el título III del mencionado Libro II debe denominarse Proceso Sumario, puesto que la sumariedad no excluye a la cognición.

12) EL SUBRECURSO DE QUEJA.

Si bien consideramos desacertado el aditamento "de hecho" para designar la apelación que se puede formular contra un auto en que se deniega

una apelación, también pensamos que la denominación subrecurso de queja no es feliz para designar al mencionado recurso. El prefijo "sub" denota algo que está debajo o que es secundario; es en este último sentido en el que hay que entenderlo, puesto que el mismo surgirá a la vida jurídica tan sólo en el supuesto de denegarse el recurso que llamaríamos primario. Ahora bien, si se le llegara a denominar subrecurso de queja, ocasionará, como el Dr. Alcalá-Zamora lo expone en las Bases, el cambio de nombre para el que actualmente se conoce como tal, y al efecto cita como ejemplo el nombre de reconsideración. Como esta última expresión tampoco resulta adecuada, pues reconsiderar es volver a considerar, lo que lleva a concluir en que ello se conseguiría a través de los recursos de revocatoria y apelación, y no a través de un proceso de queja que tiene como finalidad la imposición de una medida disciplinaria, entonces la solución está en mantener el nombre de queja para lo que hoy en día conocemos como tal, y encontrar un nombre idóneo para lo que hoy se entiende como apelación de hecho. Considero que la expresión subrecurso sería correcta, pues se trata de un recurso posterior, o secundario; y la palabra queja debe sustituirse por apelación; de manera que el citado debe denominarse subrecurso de apelación, que es el nombre que en nuestra opinión sería la correcta.

SUGERENCIAS METODOLOGICAS PARA LA ELABORACION DEL CODIGO PROCESAL CIVIL DE COSTA RICA

Dr. Víctor Pérez Vargas.

El Derecho es, fundamentalmente, un sistema de soluciones a problemas humanos de la vida de relación; la ciencia que lo tiene por objeto es ciencia práctica (1); un Código Procesal Civil es precisamente, un sistema, un ordenamiento procesal: un conjunto de soluciones a situaciones de hecho que exigen del Derecho una respuesta.

Varios interrogantes se presentan en la materia. Interrogantes iniciales son, por ejemplo, quien tiene una pretensión, ¿ante quién acude?, ¿cómo acude?, ¿qué curso se da a su pretensión? etc.; problemas finales también, por ejemplo, ¿cuál es la forma de clausura definitiva del proceso, el técnicamente denominado "efecto preclusivo" (2)?, o bien, ¿cuál es la última oportunidad de intervención de las partes?; problemas intermedios como ¿modalidades de evacuación de pruebas?, ¿incidentes?, etc. Cada uno de estos interrogantes exige del sistema jurídico una respuesta; no es posible,

sin embargo, dar la solución si no se tiene conciencia clara del problema.

La elaboración de un Código procesal más que una cuestión de nombres y formalismos (3), debe ser un indagar todos los diversos problemas que se presentan en las diversas fases, desde la "manifestación de la pretensión", con la demanda (en el proceso contencioso) o la solicitud (en el proceso no contencioso), hasta la producción del efecto preclusivo. No se trata de dar un nombre a los diversos momentos, actuaciones, sujetos, y objetos del proceso, sino de ver los problemas en las diversas fases.

La elaboración de las Bases de un Código tampoco puede ser una cuestión de preguntarse cuál es el número de artículos que debe contener (4); deberá tener, simplemente, los que sean necesarios para resolver los problemas que haya en la realidad costarricense.

(1) V. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*, Voci di Teoria generale del diritto, Giuffrè-ed. Milano, 1970, HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, HECK, Philipp, *The jurisprudence of interests*, Harvard, 1948, ISAY, *The method of the jurisprudence of interests*, Harvard, 1948, MÜLLER ERZBACH, *Per una trasformazione della scienza giuridica in ricerca eziologica*, Rivista di diritto privato, 1941. POUND, Roscoe, *Giustizia —Diritto— Interesse*, Il Mulino, Bologna, 1962, RUMELIN, Max, *Die Relativität der Begriffe und Ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1913.

(2) FALZEA, op. cit. supra 1, págs. 357 y ss.

(3) Ya a Jhering —en su segunda época— y a los juristas de la Jurisprudencia de Intereses preocupó el difundido empleo que tenía en Alemania el llamado "Inversionmethode": la deducción de conceptos a normas, ese extraer preceptos de las definiciones.

(4) V. pág. 17 de las "Bases".

Por otro lado, la estructura propuesta podría servir como esquema para clasificar provisionalmente los problemas que el examen de la realidad —estudio de campo— revele. Será la definitiva sistematización la que determine la estructura. Ello es válido tanto para la estructura general como para sus subdivisiones internas. Ello será seguidamente aclarado con la delimitación del llamado "sistema intrínseco" (que es de orden sustancial).

Los verdaderamente llamados a dictar las orientaciones de un nuevo o mejor procedimiento civil son sus diarios operadores. Una ley procesal no se puede hacer solamente desde un escritorio extranjero (5); son los litigantes, los juzgadores y todos los funcionarios encargados de la administración de justicia (6) quienes están en mejor condición de decir qué anda mal y qué sería mejor. Esta constatación de la problemática real y de las soluciones nacionales sólo puede resultar de un estudio científico-social (muestreos, entrevistas, encuestas, etc.). Este estudio de campo, este enfrentamiento con la problemática real debería ser el primer paso de la empresa que se quiere realizar.

El punto de partida de la presente tarea es una definición metodológica; los dos caminos abiertos: 1) conceptualismo, 2) concepción real-objetiva (examen de intereses, problemas, etc.). Más coherente con la realidad, más útil y más científica es la segunda opción (7).

Las anteriores afirmaciones se fundamentan en las siguientes consideraciones:

1. EL DERECHO ES RESPUESTA A PROBLEMAS REALES DE LA VIDA SOCIAL. Con la afirmación del efecto jurídico como valor con-

dicionado (8), partiendo del carácter genéricamente axiológico y la estructura hipotética de las normas jurídicas (9), se presenta la necesidad de determinar el carácter propio del valor jurídico que es afirmado como "real" y "objetivo". La significación de su carácter real no es sino la conexión con la vida en sus diversas esferas (10). A este valor jurídico se da el nombre de "interés".

2. TODA LA VIDA DEL DERECHO GIRA EN FUNCION DEL "PROBLEMA". Ha sido sostenido autorizadamente (11) que hay tres exigencias en juego: 1.— La estructura total de la Jurisprudencia puede ser determinada solamente desde el problema, 2.— Los elementos particulares de la Jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, deberían quedar siempre ligados al problema en modo específico y pueden entenderse solamente partiendo del problema, 3.— Los conceptos y las proposiciones de la Jurisprudencia pueden ser asumidos en una implicación que permanezca ligada al problema; debe ser evitada toda otra implicación.

3. LOS HECHOS SOCIALES CON LOS QUE TIENE QUE VER EL DERECHO SON LOS INTERESES DE LOS INDIVIDUOS O GRUPOS QUE COMPONEN LA SOCIEDAD (12). Esta afirmación es una constatación, una vez más, del inescindible vínculo entre Derecho y Vida. Esta idea ha sido reconocida en términos generales por las diversas escuelas; ya la Escuela Histórica tuvo el mérito de haber visto que el Derecho no es un sistema abstracto de reglas, sino una parte integrante de la sociedad

- (5) Recuerdo los resultados de Platón en Siracusa: "Hasta tal extremo lleva las investigaciones sobre las teorías políticas que a requerimiento de su discípulo Dion, yerno del tirano Dionisio de Siracusa, decide intentar a la realidad el Estado ideal o República platónica. Con este objeto se traslada a la corte de dicho tirano; a pesar de Dionisio el joven; también en esta ocasión se frustran sus propósitos y, como en la anterior, corre graves riesgos personales". PALAU, Enrique, Notas prologales a PLATON, La República, Obras Maestras, Barcelona, 1966, p. XV.
- (6) V. un ejemplo en AMADOR, Manuel. La aplicación irrestricta del apremio corporal que autoriza el artículo 568 del Código de Comercio. Revista Judicial No. 3, San José, marzo de 1977, págs. 29 y ss.
- (7) FALZEA, Angelo. Introduzione alle scienze giuridiche. Giuffrè-ed. Milano, 1975, págs. 103 y ss.
- (8) FALZEA, op. cit., supra 1, p. 194.
- (9) FALZEA, Angelo, Fatto giuridico, en Voci, cit., p. 394.
- (10) DE STEFANO, Rodolfo, Legge etica e legge giuridica. Giuffrè-ed. Milano, 1963.
- (11) VIEHWEG, Theodor. Topica e giurisprudenza, Ed. Giuffrè, Milano, 1962, p. 113.
- (12) COING, Helmuth, La giurisprudenza sociologica e la situazione del diritto privato in Germania, Nuova Rivista di Diritto Commerciale... IV, 1951, CEDAM, Padova, ps. 179 y 180. LATORRE, Angel, Introducción al Derecho, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968, p. 163, OLGATI, Francesco, Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto, Società editrice Vita e pensiero, Milano, 1950.

con profundas raíces en la misma (13). También Thibaut sostuvo en términos análogos la importancia de que las normas legislativas fueran respuesta a necesidades reales (14). En los mismos términos se pronuncian los realistas escandinavos y los juristas sociológicos. Ambas corrientes comparten la necesidad de basar las leyes en la problemática real (16). Es claro que se habrá de tener en cuenta que existen dificultades en este enfoque, pero ellos son precisamente un reto para la acción (16).

4. EN EL PROCESO LEGISLATIVO LO CORRECTO ES VER PRIMERO LA PROBLEMÁTICA REAL Y LUEGO FORMULAR SUS SOLUCIONES.

El proceso de la legislación está compuesto de diversas etapas: la primera es la determinación de hecho: consiste ella en la observación y evaluación de las relaciones sustanciales de la vida y, en particular, de los conflictos que requieren regulación (17); la segunda etapa es la formulación (18).

5. LA OBSERVACION DEL PROBLEMA, DE LOS INTERESES, DE LAS NECESIDADES ES EL PUNTO DE PARTIDA PARA UNA EVALUACION AUTONOMA EN LA FUNCION LEGISLATIVA. Si bien es cierto que la misma valoración de intereses se apoya en "intereses decisorios" que operan como criterio, las políticas legislativas tienen un amplio margen de operatividad, por lo que es necesaria su clara delimitación (19).

6. LA SISTEMATIZACION DE LOS PROBLEMAS E INTERESES DEBE SER PRODUCTO DE LA INVESTIGACION QUE SE HAGA SOBRE LA REALIDAD. El "sistema intrínseco es el conjunto de relaciones de conformidad y de diferencia que son relevantes como resultado de la investigación" (20). En otras palabras, se trata de un sistema (de un orden) que surge como resultado natural de la investigación; no se trata de un orden que emerge de una ordenación artificial realizada por el estudio del Derecho. En síntesis, este sistema intrínseco denota la coherencia interna de la problemática, su coherencia sustancial.

7. UNA VEZ REALIZADA LA SISTEMATIZACION DE LA PROBLEMÁTICA REAL SI ES POSIBLE PASAR A LA FASE DE FORMULACION. En oposición a lo referido en el punto anterior, la tarea expositiva de la ciencia jurídica lleva más bien a un sistema extrínseco. El sistema intrínseco de solución de conflictos, tal como lo hemos visto, es susceptible solamente de clasificación descriptiva o inductiva. El sistema extrínseco responde simplemente a la necesidad de formulación para la presentación, por lo que los conceptos clasificatorios no tienen ya la fuerza de producción de normas que les daba la jurisprudencia conceptual. (21). El ideal jurídico de la Pandectística fue, precisamente, la elaboración de sistemas conceptuales con fuerza normativa (22). La distinción del orden causal de los elementos del Derecho entre la Jurisprudencia Conceptual y

(13) De especial interés es la apología de Savigny realizada por Binder: "Savigny visualizó el perfecto teórico como el estudioso cuya teoría está vitalizada por una completa y detallada observación del Derecho en acción, en forma tal de tener siempre ante sus ojos todas las relaciones morales, políticas y económicas de la vida. ¿A quién no le recuerdan estas palabras la jurisprudencia sociológica de nuestros días? y, no concibió acaso Savigny en su tiempo que la ciencia jurídica propiamente entendida no es sino la conexión de los datos particulares que el jurista debe tomar en cuenta. . . y, en consecuencia, exigió que la jurisprudencia restableciese la unidad natural entre teoría y práctica? . . . Lo que interesa es que Savigny creyó que era función de la ciencia jurídica servir a la práctica jurídica". BINDER, Julius. *Legal Method in private law*. Harvard, 1948, p. 285.

(14) A toda legislación se pueden y deben exigir dos requisitos: que sea perfecta formal y materialmente: . . . ordene las instituciones de una manera sabia y conveniente, de completa conformidad con las necesidades de los súbditos". THIBAUT, La codificación. Ed. Aguilar. Madrid, 1970, p. 11.

(15) HAMPSTEAD, Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, Stevens, London, 1972, p. 514.

(16) V. MÜLLER ERZBACH, Rudolf, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, y MULLER ERZBACH, R., *Die Wandlung der Rechtswissenschaft*, Kölnische Zeitung, Köln, 1940.

(17) HECK, Philipp, *The formation of concepts and The Jurisprudence of interests*, Harvard, 1948, 158.

(18) Op. ult. cit., p. 159.

(19) LARENZ, Karl. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè-ed. Milano, 1966, p. 72.

(20) HECK, op. ult. cit., p. 202.

(21) BETTI, Emilio. *Metodica e didattica del diritto*. . . Riv. Int. Fil. Dir. No. 5, 1925, págs. 68 a 76.

(22) Entre las obras que son manifestación de este tipo de elaboración conceptual tenemos, a manera de ejemplo: PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, Tipografia all'insegna del Diogene, Napoli, 1854, VON WACHTER, Carl Georg, *Pandekten*, Druk und Verlag von Breitkopf in Härtel, Leipzig, 1880, REGELSBERGER, Ferdinand, *Pandekten*, Verlag von Dunker S. Humboldt, Leipzig, 1893, ARNDTS, L. *Trattato delle Pandette*, Tipi Fava e Garagnani, Bologna, 1875, ARNESBERG y ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, J. G. Gottaschen Buchhandlung, Stuttgart, 1886.

la nueva metodología consiste en que para la primera tal orden era "conceptos-disposiciones normativas-vida", mientras que para la segunda es "Intereses-disposiciones normativas-conceptos" (23). Por medio de la nueva metodología es posible otorgar una protección más efectiva a los intereses, más efectiva que en el conceptualismo (24). Se trata claramente de metodologías antitéticas (25).

fundamental. Se forman ellos a través del tiempo con relación a cuestiones que no han sido expresamente reguladas en los códigos o consideradas por la jurisprudencia y que se refieren generalmente a detalles de trámite en las actuaciones, llegando a consistir un verdadero Código no escrito" (26).

8. EN LA CONSTATAACION DE INTERESES, PROBLEMAS Y NECESIDADES DEBERA PRESTARSE PARTICULAR ATENCION A LOS USOS Y COSTUMBRES JUDICIALES EXISTENTES. "Más que en ninguna otra rama del Derecho los usos y costumbres tienen, en materia de procedimientos una importancia

9. LA CONSTATAACION DE LA PROBLEMÁTICA REAL COMO PRIMER PASO EN LA REDACCION DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEBE RESULTAR DE UN ESTUDIO DE CAMPO. No es necesario insistir aquí sobre la íntima relación entre la sociología y la solución de problemas prácticos (27).

CONCLUSION:

La conclusión es clara: con anterioridad a la formulación de las soluciones procesales legislativas se debe realizar un estudio científico-social con miras a la determinación de la problemática (inte-

reses y necesidades) (28) que ofrece la realidad, de modo que el nuevo ordenamiento procesal sea, en verdad, solución a las exigencias reales que presenta nuestro medio.

(23) OERTMANN, Paul, *Interests and concepts*. Harvard, 1948, p. 80.

(24) HECK, Philipp. *The jurisprudence of interests*, Harvard, 1948, p. 113.

(25) Así: COING, cit., supra 11, p. 180, ESSER, *Le garanzie della dogmatica del diritto e il cosiddetto formalismo giuridico*, Nuova rivista di diritto commerciale, Cedam, Padova, 1952, pág. 287.

(26) ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1941.

(27) GOODE, William y HATT, Paul. *Métodos de investigación social*. Trillas, México, 1975, p. 43.

(28) Ya el Congreso Jurídico Nacional de 1977, reveló algunos problemas concretos de la realidad nacional, como los abusos que en la práctica se presentan con el recurso de apelación.



LOS REQUISITOS CAMBIARIOS

Dr. Gastón Certad.

CONTENIDO:

1.— Los requisitos cambiarios en general. Concepto. Clasificación	56
2.— Los requisitos cambiarios sustanciales	57
3.— La capacidad cambiaria	57
4.— La declaración de la voluntad	57
5.— El objeto idóneo	57
6.— La causa (lícita)	57
7.— Significado y prospecto de los requisitos formales esenciales	58
8.— De los requisitos formales cambiarios en concreto. a) La denominación de "letra de cambio"	58
9.— b) El mandato incondicional de pagar una cantidad determinada	62
10.— La cláusula cambiaria de intereses	64
11.— c) La indicación del nombre de quien es designado a pagar (librado)	66
12.— Letra librada sobre el mismo librador	68
13.— d) Indicación del vencimiento	68
14.— e) Indicación del lugar de pago	71
15.— La llamada "letra de cambio domiciliada"	71
16.— f) El nombre del tenedor	72
17.— Letra librada a la orden del mismo librador	73
18.— g) Indicación de la fecha y del lugar de emisión	74
19.— h) Firma de la persona que emite la letra (librador)	75
20.— Letra librada por cuenta de un tercero	77
21.— Necesidad de que los requisitos formales esenciales estén escritos en el título	78
22.— Eventual eficacia jurídica del título que, por falta de algún requisito formal, no valga como letra de cambio. Sobre si puede aplicarse o no el instituto de la conversión de los negocios jurídicos	78
23.— El problema de la invalidez de las firmas cambiarias y de las alteraciones del texto y sus repercusiones sobre las otras firmas válidas	79

1. LOS REQUISITOS CAMBIARIOS EN GENERAL. CONCEPTO, CLASIFICACION.

Por requisitos cambiarios se entienden aquellos elementos de sustancia y de forma que tanto la ley como la teoría general del derecho exigen a fin de que surja una válida declaración de voluntad (1). Tales requisitos son divididos por la mejor doctrina en extrínsecos, objetivos o formales y en intrínsecos, subjetivos o sustanciales. Ellos pueden a su vez ser agrupados en la más grande categoría de los requisitos esenciales, en el sentido que la falta de uno solo de ellos produce la invalidez de la declaración.

Junto a los requisitos esenciales conviene también mencionar la amplia categoría de las cláusulas cambiarias llamadas "accesorias" o "adjuntivas" (2). Estas cláusulas no son esenciales, pues depende de la facultad del declarante el incluirlas o no en el título, a fin de aclarar, integrar, especificar o limitar la propia obligación.

En relación al contenido y a los efectos estas cláusulas a su vez pueden distinguirse en "meramente enunciativas" y en "dispositivas" (3). Las primeras, que podemos calificar superfluas, no hacen sino aclarar o reafirmar el contenido de la declaración (ej. la cláusula "acepto" puesta por el librado aceptante de una letra de cambio; la cláusula "a la orden" puesta en la letra de cambio —artículos 738, párrafo primero— que alude a la natural forma de emitir el título, y que sólo mediante expresa cláusula contraria podría ser excluida por el librador o el endosante —artículos 738, párrafo segundo, y 742, párrafo segundo—).

Las cláusulas dispositivas, es decir, aquellas que producen efectos cambiarios, se distinguen en lícitas, ilícitas y cláusulas con efectos extracambiarios.

Las primeras se dividen a su vez en integradoras y derogadoras. Integradoras son aquellas que se

ponen como adición o especificación de indicaciones previstas por la ley (ejemplos: el nombramiento de un interventor —artículo 767—; la indicación de intereses —artículo 731—). Derogadoras son aquellas cláusulas consentidas específicamente por la ley en derogación de sus preceptos (ejemplo: la cláusula "no a la orden" —artículos 738, párrafo segundo, y 742, párrafo segundo, en relación al párrafo primero del antes citado 738); la cláusula "sin garantía", permitida al endosante en derogación a su normal responsabilidad por la aceptación del pago —artículo 742, párrafo primero—; la cláusula "devolución sin gastos", "sin protesto", mediante la cual el librador, el endosante y el avalista dispensan al tenedor del protesto por falta de aceptación o por falta de pago —artículo 786, párrafo primero—).

Cláusulas ilícitas son aquellas prohibidas por la ley por estar en contraste con el carácter abstracto del título o con el objeto de la prestación (pago de una determinada suma) por parte del deudor, o con un precepto de ley. (Por ej.: la cláusula que subordina la obligación del librador o del endosante al verificarse de una condición. Y en verdad, la orden del librador al librado debe ser incondicional —artículo 727, inciso b—, al igual que el endoso —artículo 739, párrafo primero— (4). También la aceptación debe ser incondicional —artículo 751, párrafo primero— (5).

Otra cláusula ilícita sería aquella mediante la cual el librador pretendiera exonerarse de la garantía de pago (artículos 735); o la que omitiera especificar la tasa de interés (artículos 731, párrafo segundo); o la que quitara a la letra la eficacia de título ejecutivo.

Las cláusulas con efectos extracambiarios escritas sobre el título no generan ni obligaciones ni correlativos derechos cambiarios. No es del caso, dada la naturaleza de este trabajo, entrar en detalle respecto a las mismas.

- (1) No debemos olvidar que cada acto cambiario se concreta en un negocio jurídico. DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit. No. 155 y siguientes.
- (2) El nombre "accesorias", propuesto por VALERY, "Diritto Cambiario Italiano", T. II, Milano, 1938, No. 43, no es claro para determinar el carácter facultativo de tales cláusulas; así, DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., pág. 243.
- (3) En este sentido ver ANGELONI, Vittorio, "La Cambiale e il Vaglia Cambiario", Giuffrè, Milano, 1964, No. 15.
- (4) Nótese aquí la notable diversidad de efectos: en el primer caso la prohibida declaración del librador convertiría en nulo el título como letra de cambio (artículo 728, párrafo primero); mientras que en el segundo la condición puesta por el endosante, se tendría por no escrita (artículo 739, párrafo primero).
- (5) ¿Cuáles serían los efectos de una aceptación condicionada? Ante todo hemos de decir que ésta es una exigencia igual a aquella de la declaración del librador, en obsequio al rigor cambiario y a tutela de la segura liquidez y de la pronta exigibilidad del crédito cambiario. El profesor DE SEMO, op. ult. cit., p. 378, resuelve el problema así: "Una aceptación condicionada implicaría nulidad de la sola obligación del aceptante, en cuanto él no crea la letra de cambio, como sí lo hace el librador, sino que confía su declaración a un título que puede aún subsistir sin ella, sin que la estructura fundamental del título resulte variada".

2. LOS REQUISITOS CAMBIARIOS SUSTANCIALES:

Regresando a los requisitos cambiarios debemos resaltar que el estudio de aquellos sustanciales debe obtener precedencia, constituyendo un "prius" lógico respecto de los requisitos formales. Por lo tanto, conviene aquí detenerse sobre la clásica partición relativa a los negocios jurídicos: a) Capacidad de actuar del sujeto; b) Declaración de Voluntad; c) Objeto; d) Causa.

3. LA CAPACIDAD CAMBIARIA:

En este campo, resulta más importante la capacidad cambiaria pasiva que consiste en un status del sujeto que lo hace idóneo para asumir válidamente obligaciones cambiarias. Es evidente que la capacidad cambiaria así entendida, no es otra que la capacidad de actuar, la cual presupone la personalidad o la capacidad jurídica.

Menos importancia tiene la capacidad cambiaria activa, que es la idoneidad de un sujeto a convertirse en titular de derechos cambiarios (6).

Es obvio que también respecto a la capacidad cambiaria es aplicable el principio general que establece que con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de cumplir todos los actos jurídicos (artículos 20-22, Código de Comercio). En cuanto a capacidad, no existiendo artículos específicos en nuestro Código de Comercio (7), ella se regirá por las disposiciones pertinentes del Código Civil (Libro primero, título primero, capítulo segundo).

4. LA DECLARACION DE VOLUNTAD:

Segundo requisito sustancial cambiario es la declaración de voluntad de cada obligado. Sobre este punto remitimos, en lo que respecta a la estructura de la declaración, al momento de perfección de la misma, a su carácter negocial, a la relativa colocación en el cuadro de las muchas especies de negocios jurídicos, y a la teoría de la invalidez de la declaración misma, a los principios generales en materia de negocio jurídico (8). Sobre la forma de la declaración debemos tener presentes por un

lado, las consideraciones ya desarrolladas sobre el carácter formal de los títulos-valores (9), y por otro lado, el específico desarrollo que seguiremos en la sección siguiente.

5. EL OBJETO IDONEO:

El objeto de la declaración cambiaria y de la correlativa obligación que de él emana, está constituido por el pago de una suma de dinero, como ya se ha visto a propósito de la función económica de la letra de cambio (10) y del carácter pecuniario de la mencionada obligación (11), no susceptible de excepciones y resultante de las específicas disposiciones del derecho positivo (artículos 727, inciso b, 731, 732, etc.).

6. LA CAUSA (LICITA)

Nuestro Código Civil mantiene en los contratos el requisito de la causa (artículo 1007 en relación al 627 inciso 3), la cual puede concebirse como la función económico-social, reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico y que induce a las partes a contratar (12). De tal definición, que a nuestro entender logra distinguir la causa del motivo interno psicológico y práctico, descende el corolario de que en los contratos a título oneroso la causa consiste en la contraprestación de la otra parte, mientras que en aquellos a título gratuito, en el espíritu de liberalidad de una de las partes. Este concepto es transferible al campo de los negocios jurídicos unilaterales, enlazándolo a la declaración del sujeto que da vida al negocio.

Pero a propósito de las declaraciones cambiarias el concepto de causa puede entenderse en un doble sentido: ante todo, como el negocio "subyacente" o "fundamental" (compraventa, mutuo, etc.), que ha suscitado la emisión del título o una etapa de su circulación. En segundo lugar, en los títulos cambiarios la causa inmediata puede encontrarse en aquel negocio, expreso o tácito de emisión o de transmisión de título y por el cual las partes (librador y librado o endosante y endosatario) acuerdan acerca de la emisión o adquisición

(6) Debemos distinguir la capacidad cambiaria activa de la legitimación. Esta última es la justificación, frente a la ley, de ser o poder ser sujeto de una relación jurídica cambiaria.

(7) Como sí existen en la Ley de Cambio Italiana, Regio Decreto 5 dicembre 1933, No. 1669, Título I, artículos 8 a 10.

(8) CARIOTA FERRARA, Luigi. "El Negocio Jurídico", Edit. Aguilar, Madrid, 1958, No. 95, ss.

(9) Ver supra No. 4.

(10) Ver supra No. 20 ss.

(11) Ver supra No. 13.

(12) CARIOTA FERRARA, Luigi, op. cit., p. 489.

del documento. De ahí que sea falsa la afirmación de que en los títulos-valores, en general, y en los títulos cambiarios, en particular, falta la causa.

7. SIGNIFICADO Y PROSPECTO DE LOS REQUISITOS FORMALES ESENCIALES:

Cuando hablamos de los requisitos de la letra de cambio, nos referimos a aquellos necesarios, en modo específico, para la confección del título, y, por consiguiente, para la validez de la declaración del librador.

Los requisitos formales de la letra de cambio son, a tenor de lo dispuesto por el artículo 727 de nuestro Código de Comercio, los siguientes:

- a) La denominación de letra de cambio inserta en su texto y expresada en la lengua en que la letra esté redactada;
- b) El mandato puro y simple de pagar determinada cantidad;
- c) El nombre de la persona que ha de pagar (librador);
- d) Indicación del vencimiento;
- e) Indicación del lugar en que se ha de efectuar el pago;
- f) El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar;
- g) Indicación de la fecha y lugar en que la letra se libra; y
- h) La persona que emite la letra (librador).

Resulta importante aclarar que los mencionados requisitos formales son todos esenciales. Porque si bien es cierto que el Código, en su artículo 728, admite la falta de algunos de ellos (indicación del vencimiento, del lugar del pago y de aquel de la emisión), la ley suple dicha falta con presunciones absolutas, operantes frente al tercer poseedor (porque entre el librador y el tenedor se podrá probar el acuerdo existente), interpretando en un determinado modo el silencio del declarante.

Un más minucioso estudio de los indicados requisitos formales debe correctamente partir del hecho que la letra de cambio es un documento en sentido estricto y, además, especial como todos los títulos valores (13). Por lo tanto, el presupuesto formal de la letra de cambio es lo escrito, bien en documento privado, bien en instrumento público.

El documento privado constituye la forma casi exclusiva bajo la cual, en la práctica cotidiana, se emite la letra de cambio. Por cuanto, teóricamente, sea indiferente el material usado siempre que resulte idóneo a acoger la escritura, en la práctica la letra de cambio es por lo general redactada en módulos rectangulares (dicho sea de paso, mal) impresos y de venta en las librerías del país; pero, insistimos, podrá valer también un texto dactilografiado, impreso, perforado o estampado.

Es además perfectamente posible que la letra sea válidamente redactada mediante acto público notarial (14). Nuestro Código, a decir verdad, no lo prohíbe y, por lo tanto, implícitamente lo consiente; ni nos parece que el carácter formal del título por ello sufriría. El instrumento público, no obstante en la práctica se recurra a él en rarísimas ocasiones, puede algunas veces resultar ventajoso para el tenedor y para los portadores sucesivos, en atención a la posibilidad de constituir, en el mismo acto, hipoteca como garantía del crédito cambiario, y porque, según los principios generales (artículos 735 y 737 Código Civil), mientras no sea argüido de falso, hace plena prueba de la existencia material de los hechos que el notario público afirma haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones. De ello deriva que sólo instituyendo querrela de falsedad, el librador podrá desconocer la propia firma consagrada en el acto público, mientras que en la letra ordinaria, es decir, aquella redactada en documento privado, su firma y las otras indicaciones allí contenidas hacen plena prueba sólo si el obligado la reconoce, o si la firma está legalmente considerada como reconocida, por estar autenticada por un notario (15).

8. DE LOS REQUISITOS FORMALES CAMBIARIOS EN CONCRETO:

- a) La denominación de "Letra de Cambio".

El inciso a) del artículo 727 de nuestro Código de Comercio dice: "*La letra de cambio deberá contener la denominación de letra de cambio inserta en su texto y expresada en la lengua en que la letra está redactada*".

"Culmina con esta disposición el rigor del formalismo cambiario. Quizó aquí la ley, que se repi-

(13) Ver supra, No. 3.

(14) DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., pág. 265; NAVARRINI, U., PROVINCIALI, R., "*Cambiale e Assegno Bancario*", Roma, 1950, No. 77; Sentencia del Tribunal de Trani, Italia, 26-6-1946.

(15) Ver ampliamente sobre este tema, CARIOTA FERRARA, Luigi, op. cit., No. 103.

tiera aquel singular fenómeno, típicamente romano consistente en tomar una palabra y elevarla al rango de sacramental, otorgándole el privilegio exclusivo de crear la obligación verbal, que sin ella jamás habría existido" (16).

Este requisito de la denominación está dirigido, de un lado, a hacer reflexionar al deudor sobre la rigurosa responsabilidad que su declaración conlleva, sometiéndolo a las normas del derecho cambiario aún frente al tercer portador, y, del otro, a evitar que tal título pueda confundirse con otros títulos-valores afines, sobre todo con el cheque. Y ello es importante no sólo en el tráfico interno, sino también en los pagos internacionales.

Pero la expresión "letra de cambio" indicada por la ley podrá admitir equivalentes sin que el carácter del título desaparezca? Esta pregunta ha determinado en la doctrina una doble corriente interpretativa. Algunos autores sostienen el criterio más severo basados en el hecho de que los equivalentes darían lugar a dudas y controversias sobre la real voluntad del deudor, cuya obligación tiene una naturaleza rígidamente formal, y, por lo tanto, no puede ser asumida sino mediante la precisa expresión usada por la ley (17). La segunda tendencia doctrinal opina que el mencionado requisito se cumple aún admitiendo en la fórmula usada alguna variante, pero siempre que exprese, segura y unívocamente, el carácter cambiario de la obligación: Por ejemplo, "por esta mía de cambio"; "por esta primera de cambio"; "por esta letra cambiaria"; etc. Sin embargo, no admite esta corriente las de-

nominaciones que no exalten la naturaleza cambiaria del título, como por ejemplo "por esta letra", o "por esta orden", etc. (18).

Personalmente nos inclinamos por darle apoyo a la primera corriente doctrinaria: la denominación de letra de cambio es expresamente requerida por nuestra ley y por ello no admite equivalentes; así las cosas, no serían letras de cambio aquellos títulos que fueran denominados "cambial", "mandato cambiario", "efecto cambiario", "primera de cambio", "letra cambiaria", y similares. La razón por la cual no deben admitirse denominaciones equivalentes —y no debe considerarse suficiente ni siquiera la denominación de "título a la orden"— es principalmente aquella de evitar confusión entre la letra y el cheque.

La exigencia de la denominación es absoluta: no es válido para sustituirla el hecho de que la obligación esté escrita en un módulo destinado a la creación de un título cambiario, ni mucho menos la circunstancia de que haya sido considerada o calificada como letra de cambio por las partes (19).

Apoyan nuestro criterio los trabajos preparatorios ginebrinos (20), los cuales notaron que la denominación "lettre de change" debía ser usada rigurosamente por las legislaciones nacionales (21).

En este mismo sentido concuerdan unánimemente la jurisprudencia italiana (22) y la nuestra (23).

Dicen nuestros Jueces: "Al expresar nuestra ley en forma imperativa (artículos 727, inciso a) y

(16) DE J. TENA, Felipe, op. cit., p. 476.

(17) Ver sobre todo, ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 44; DE J. TENA, Felipe, op. cit., p. 478; FUENTE y F., Arturo y CALVO M., O., "Derecho Mercantil Mexicano", E. Banca y Comercio S. A., México, 1971, p. 190.

(18) Ver, en Italia, DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., p. 266; en Alemania, STAUB-STRANZ, "Wechselgesetz", 13 Aufl., Berlin und Leipzig, 1934; en Francia, LESCOT et ROBLOT, "Effets de Commerce", T. II, París, 1953, No. 167; en México, RODRIGUEZ, R. Joaquín, op. cit., p. 305.

(19) En este sentido, las Sentencias de la Casación italiana No. 2013 de 4-7-1941 y No. 1775 de 24-6-1942.

(20) Resulta de suma importancia aclarar cuanto sigue: Nuestro Código de Comercio en materia de letra de cambio, copió casi textualmente la ley emanada de las convenciones de Ginebra del 7 de junio de 1930 para la unificación del derecho cambiario "Convention portant loi uniforme sur le lettres de change et Billets a ordre". A su vez, la ley cambiaria italiana, como también la de todos los países signatarios de dicha convención, "Reggio Decreto 5 Dicembre 1933, No. 1669. Modificazione alle norme sulla cambiale a sul vaglia cambiario", consecuencia a su vez del decreto —legge, No. 1380 del 25 de agosto de 1932 y, en atención a cuanto dispone el artículo primero del mencionado pacto suizo: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent a introduir dans leurs langues National, la Loi Uniforme territoriales respectives, soit dans un des textes originaux, soit formant l'Annexe I de la présente Convention", resulta al igual copia textual del pacto mencionado. Entre los países latinoamericanos signatarios de esta convención figuran Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.

(21) "Contes Rendus "Convention Portant...", cit. No. 18, pág. 128; ver también PERSEROU et BOUTERON, "Lettre de Change e Billet é Ordre", T. I., París, 1937, No. 6, pág. 9.

(22) Sentencia del Tribunal de Ivrea, 5-7-1939; Sentencia del Tribunal de Roma del 23-11-1951; Apelación de Trento del 7-1-1952; Apelación de Torino de 5-10-1955; Apelación de Palermo del 8-4-1958; etc.

(23) Res. No. 586 de 1973 del Tribunal Superior Civil, cit. nota 48; Res. No. 446 de las 14:00 hrs. del 27 de julio de 1971, M.C.A.T.V. c. T.S.A., en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia No. 210, pág. 31; Res. No. 820 de 1970, cit.; Res. No. 484 de las 15:30 hrs. del 13 de julio de 1970, en Bol. Inf. de la Corte Sup. de Just. No. 183, pág. 24; Res. No. 362 de 1970, cit. y Resol. No. 834 de 1969, cit. todas del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo.

siguientes del Código de Comercio), que la letra de cambio deberá contener: "La denominación letra de cambio inserta en su texto y expresada en la lengua en que la letra esté redactada", y expresar además, en el párrafo primero del artículo 728 siguiente que: "El documento que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no valdrá como letra de cambio", ha establecido, al igual que la mayoría de las legislaciones, un título de crédito esencialmente formalista de tal manera que pueda entrar en circulación sin la posibilidad de que surjan dubitaciones en cuanto a su naturaleza como tal título, que es acreedor de especiales y rigurosas consecuencias jurídicas. La carencia de los requisitos formales aparea la falta absoluta del contenido específico para el cual se habían creado las formalidades. Así como el formalismo ofrece el riesgo de que por un vicio de forma, puede liberarse de su obligación quien tenía realmente la voluntad de obligarse, mucho más grave es que, por la carencia de formalidades a quien no tenía intención de obligarse se le atribuye sin embargo una responsabilidad no contraída" (24). "Las formalidades de la letra de cambio no son ad probationem sino ad solemnitatem, de allí que para que surja la obligación cambiaria es necesario que la letra reúna todos los requisitos exigidos por la ley del país en que se extiende o en el que se hace valer; la forma constituye la propia esencia, faltando la forma o siendo defectuosa, el contenido carece del valor jurídico que se buscaba, porque la ley ha querido condicionar su existencia a la existencia de la forma..." (25). Este último autor (Felipe De J. Tena, "*Derecho Mercantil Mexicano*", XII, pp. 215 y siguientes) expone la doctrina más generalizada en el sentido que no se pueden utilizar términos equivalentes, tales como "letra" solamente, "Efecto",

"Título a la Orden", "Primera de Cambio", etc., ya que ineludiblemente debe usarse la denominación completa y expresa de letra de cambio" (26).

La denominación letra de cambio debe estar además "inserta en el texto de la letra". El reglamento ginebrino habla precisamente de denominación "inserée dans le texte même du titre" (27), y nuestra ley se mantiene fiel a tal concepto con una expresión sin duda idéntica.

Por texto debemos entender "todo lo que se dice en el cuerpo de la obra manuscrita e impresa, a diferencia de lo que en ella va por separado: como portadas, notas, índices, etc." (28). Y habida cuenta de que inserta significa incluida, introducida una cosa en otra (29), tenemos que la denominación letra de cambio debe ir ligada al cuerpo de escritura de la letra, y no ya disyuntivamente precederlo o seguirlo o estar agregada al margen o en cualquier otro lugar. Y ello para dar completa seguridad y, por consiguiente, fácil interpretación a la conciencia y a la voluntad de obligarse cambiariamente de parte de quien crea el título (librador). Tenemos entonces que la denominación de letra de cambio debe estar inserta en el texto del título, es decir, comprendida en la declaración firmada por el librador con el fin de que sea unívoco que la voluntad de quien firmó el título estaba dirigida a dar vida a tal título cambiario.

Si la denominación de letra de cambio, por estar colocada al pie, o al margen del título, aparece fuera de su texto, el título no tiene eficacia cambiaria (artículo 728). Lo mismo debemos decir si ella es colocada encabezando o intituyendo el documento, o sea, precediendo el texto sin formar parte del mismo. Pacífica es la doctrina en este punto (30).

Concuerdan de nuevo en cuanto a este extre-

(24) Res. No. 484 de 1970, cit. En el mismo sentido ver además Res. No. 820 de 1970, cit.; Res. No. 362 de 1970, cit. y Res. No. 834 de 1969, cit. todas del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo.

(25) Res. No. 820 de 1970, del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, cit.; ver además Res. No. 586 de 1973 del Tribunal Superior Civil, Boletín. . . , No. 213, pág. 56, No. 465.

(26) Res. No. 820 de 1970 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, cit.

(27) "Convention portant loi. . ." cit., anexo I, artículo primero, inciso I, Italia, il "Reggio Decreto 5 dicembre 1933, No. 1669. . .", cit. Título I, artículo 1, inciso 1 contiene una disposición idéntica: "La denominazione di cambiale inscrita nel contesto del titolo".

(28) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1970.

(29) Diccionario cit., "Dícese regularmente de la inclusión de algún texto o escrito en otro".

(30) PAVONE, LA ROSA, "*Cambiale (Diritto Sostanziale)*", en "*Enciclopedia del Diritto*", V. 1959, No. 10, Nota 30, p. 840; ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 44. BIANCHI D'ESPINOSA, Luigi, "*Le leggi Cambiarie nell'Interpretazioni delle Giurisprudenza (1934-1968)*", Giuffrè, Milano, 1969, p. 44; DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., pág. 268.

mo la jurisprudencia italiana (31) y la nuestra (32). En concreto, nuestro Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo ha establecido: "...Ahora bien, de acuerdo con la ley y la doctrina la denominación "letra de cambio" debe estar inserta en el texto del documento lo que significa que aún en el supuesto de que esa denominación se haya puesto al principio, como título, debe siempre cumplirse con el requisito legal poniéndola en el texto, o sea que, tomando como ejemplo el documento que en este asunto se pretende cobrar, esa expresión debió consignarse donde dice "primera de cambio", sustituyendo esta frase por la de "letra de cambio" o en su caso por la de "primera letra de cambio". No lo indica así el texto del documento y sólo se puso en el extremo superior izquierdo escrito a máquina y a modo de título el

nombre "letra de cambio" pero que, por lo que se ha dicho, no cumple con el requisito exigido por la ley. Como en su resolución el Juzgado expresa que esa denominación aparece puesta a máquina y "no como parte del texto de imprenta", para evitar dudas conviene aclarar lo siguiente: A pesar del formalismo del título la ley no obliga a que la denominación completa "letra de cambio" esté impresa en el texto, es decir escrita con letras de imprenta, lo que exige es que esté inserta en el texto; así se justifica la existencia de fórmulas impresas que tienen un espacio en limpio antes de las palabras "de cambio", en la misma forma en que tienen en limpio los espacios para el lugar y fecha y el plazo, en lo que ahora interesa más o menos así:

"a..... vista se servirá usted
mandar pagar por éstade cambio. . .".

a fin de que antes de las palabras "de cambio" se anote la palabra "letra" completando así "letra de cambio", o "primera letra" completando entonces "primera letra de cambio". En tales casos esas anotaciones pueden hacerse tanto a máquina como manuscritas, porque lo que se quiere es que la denominación además de constar en el texto, lo sea sin despertar duda alguna. Es más, bien pueden los interesados confeccionar ellos mismos las letras de cambio en papel corriente y no en las fórmulas ya impresas, escribiendo el texto ya sea a máquina o en forma manuscrita, siempre que observen todos los requisitos de ley, porque las fórmulas impresas existen para facilitar la confección del documento pero no porque sean las únicas que se pueden usar" (33).

Abundando sobre el tema, el Tribunal Superior Civil dispuso recientemente que: "Mientras en el texto de la letra de cambio aparezca bien clara la leyenda "letra de cambio", no tiene mayor importancia la colocación que se le dé dentro del impreso, ni la orientación horizontal o vertical que siga; por más solemne que sea este título, detalles tan

intrascendentes como ese no pueden demeritar su fuerza ejecutiva, pues puede ocurrir que de tanto valorar la forma, llegue a privar ésta sobre su contenido" (33 bis).

Además, la denominación "debe ser" expresada en la lengua en que la letra esté redactada (34). Del tenor de la disposición se colige que la letra puede ser redactada en lengua extranjera cualquiera que sea la nacionalidad del librador.

Si el texto cambiario está redactado en lengua castellana, la denominación "letra de cambio" debe ser expresada en castellano; pero si el texto cambiario está redactado en lengua extranjera, la denominación "letra de cambio" debe ser expresada en la misma lengua extranjera del texto: "lettre de Change", si el texto está en francés; "Cambia-le", si en italiano; "Letra de cambio", si en portugués; "Bill of Exchange", si en inglés; "wochsel", si en alemán; "wisselbrief", si en holandés; "vechsel o traite", si en danés o noruego; "tratta", si en sueco; "weksel", si en ruso; "sinallagmatiki", si en griego; etc.

La ley no exige que la letra esté redactada en

(31) Casación No. 2013 del 4-7-1941; Casación No. 1775 del 24-6-1942; Apelación de Trento del 7-1-1955; y Sentencia del Tribunal de Ivrea del 5-7-1939.

(32) En general, todas las resoluciones citadas en la nota 75 y especialmente la No. 820 de 1970, siempre del Trib. Civ. y Contencioso Administrativo.

(33) Res. No. 820, de 14:00 hrs. del 3-11-70, Tribunal Superior Civil y de lo Contencioso Administrativo, cit.

(33 bis) Sentencia No. 235 de las 9:40 hrs. del 18 de abril de 1975, G.H.P. vs. R.V.E.I.R.L., en Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia, No. 223, pág. 231, No. 945.

(34) Idénticas disposiciones contienen la Convención de Ginebra, Anexo 1, artículo primero, inciso primero: "Exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre", y el Regio decreto 5 dicembre 1933, No. 1669, título I, artículo 1, inciso I: "espressa nella lingua in cui esso e redatto".

la lengua propia del lugar en que es emitida: por lo tanto, una cambial emitida en Costa Rica puede ser válidamente redactada en cualquier lengua extranjera; ni tampoco exige que esté redactada en la lengua de la nación a la cual pertenece la persona que la emite (librador); por lo tanto, una letra emitida en Costa Rica puede ser redactada válidamente en lengua extranjera, aún si es emitida por un costarricense, o por un extranjero de una nacionalidad diversa a aquella de la lengua adoptada.

La ley exige únicamente, que tanto la denominación "letra de cambio", cuanto el resto de las declaraciones que forman el texto cambiario sean expresadas en la misma lengua. Por consiguiente, si la denominación "letra de cambio está expresada en una lengua y el texto lo está en otra diversa, la letra no es válida como tal (artículo 728, párrafo 1) (35).

La misma razón que impone el uso de una denominación característica para dar a quien firma la conciencia sobre la naturaleza particular del vínculo que contrae, impone el uso de una denominación expresada (para eliminar cualquier equivocación sobre la voluntad del obligado y su interpretación) en la misma lengua que, por ser usada en el resto del texto, debe considerarse conocida o cuando menos comprendida por quien lo ha redactado, o lo ha aprobado firmándolo.

Interesantes acerca de un texto inglés, resultan las resoluciones número 446, de 14:00 horas del 27 de julio de 1971 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo y número 586 de 14:00 horas del 6 de setiembre de 1973 del Tribunal Superior Civil.

9. b) EL MANDATO INCONDICIONAL DE PAGAR UNA CANTIDAD DETERMINADA:

El segundo requisito formal cambiario es: "*el mandato puro y simple de pagar determinada cantidad*" (artículo 727, inciso b).

Se habla aquí, ante todo, de un mandato del librador al librado. ¿Cómo debemos entender exactamente tal expresión? Conviene notar que

según el Reglamento uniforme de Ginebra (anexo I, artículo 1, inciso 2) la letra debe contener "*le mandat pure et simple de payer une somme déterminée*". La delegación italiana a dicha conferencia propuso que el término "*le mandat*" se sustituyera con "*l'ordre*". La propuesta no fue acogida, pero la relación de los expertos aclaró que el vocablo "*mandat*" no está empleado en sentido técnico y que podría ser traducido con la expresión genérica "*ordre*" (36). Y precisamente de esta manera lo establecieron los redactores de la ley cambiaria italiana (37), al igual que los mexicanos (38); y a nuestro modo de entender con buen fundamento y razón porque la expresión "*mandato*" puede dar lugar a equívocos, además de resultar inexacta, o aún más errónea, en la esfera del derecho formal cambiario. Y en realidad, no puede sostenerse que el librador al dirigirse al librado para que, una vez vencida la obligación pague la suma indicada en el título, instituya un mandato. Este en realidad es el contrato mediante el cual una parte (mandatario) se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de otra (mandante) (artículo 1251 y siguientes del Código Civil). Y por "*actos jurídicos*" inherentes al mandato deben entenderse, por lo general, "*negocios jurídicos*" o sea una actividad negocial (39): de modo que, indudablemente, el encargo de pagar una suma de dinero a otro podría constituir el contenido de un mandato. Pero muy distinto es el mecanismo de la relación cambiaria: Notamos primero que la declaración del librador que encierra la orden de pagar no se convierte, ni siquiera frente al librado que haya aceptado pagar, en el elemento de un contrato. La declaración del librador permanece unilateral al igual que aquella del librado aceptante, en cuanto que un encuentro de voluntades con fundamento en la letra de cambio no sólo no es requerido sino que es repudiado por la gran parte de las normas cambiarias. Por el contrario, el mandato es siempre un contrato y por lo tanto, necesariamente, un negocio jurídico bilateral. Pero, prescindiendo de la diferencia orgánica, tenemos ante todo que el mandatario no asume

(35) En este sentido ver, DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., pág. 269; ANGELONI, Vittorio, op. cit., pág. 46; MOSSA, L., "*La cambiale secondo la nuova legge*", I, Milano, 1939, pág. 279; LESCOT, "*La nouvelle législation de la lettre de change (supplement au tome I des Effects de Commerce)*", París, 1937, número 22.

(36) GIANNINI, "*Il sistema delle convenzioni di Ginevra del 1931, per l'unificazione del diritto delle cheque*", en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, I, p. 354.

(37) "Reggio decreto. . .", cit., título I, art. 1, inc. 2: "*l'ordine incondizionato di pagare una somma determinata*".

(38) "Ley de Títulos y Operaciones de Crédito", artículo 76, fracción III; "*La orden incondicional al girado de pagar una suma determinada de dinero*".

(39) Ampliamente sobre este tema CARIOTÀ FERRARA, Luigi, op. cit., No. 156.

responsabilidad ante el tercero, porque los efectos del negocio representativo recaen sobre el mandante (artículo 1275 Código Civil); por el contrario en la letra, el pretendido mandatario (el librado), aceptándola, se convierte en el obligado principal y directo al pago del título, mientras la responsabilidad del librador es sólo accesorio.

Más apropiado entonces resulta el concepto de "orden", entendido dentro del derecho cambiario como elemento del contenido de la declaración negocial que el librador dirige al librado. Por lo tanto, la expresión "orden", usada por las leyes cambiarias italiana y mexicana, encuadra enérgicamente en el amplio concepto de "encargo" que, acogido en su debida forma, funda y agrega a la responsabilidad cambiaria accesorio del librador la responsabilidad cambiaria directa del encargado aceptante (librado). Estos efectos de la declaración de librador inducen a clasificarla bajo el esquema general de la promesa del hecho de un tercero (40), contemplada por el artículo 1027 del Código Civil, según el cual *"cuando el tercero se niega a ratificar el contrato el promitente debe ejecutar la obligación si está en su poder hacerlo, y debe en el caso contrario indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios"*. Y en verdad, el librador (promitente) con la propia declaración promete al tenedor, o a quien éste ordene, en todo caso, el pago (el hecho) por parte del librado (tercero), y la consiguiente obligación (cambiaria) del mismo, en caso de que éste acepte.

El librador debe entonces expresar claramente su voluntad dirigida a hacer pagar al librado: que tal voluntad se exprese bajo la forma de un mandato, de una orden, o de una invitación carece de importancia. Si por consiguiente, adopta el imperativo presente "paga" o "pagad", o el futuro "pagará" o "pagaréis" u otros modos no imperativos, la letra es válida igualmente: bastará una fórmula que demuestre patentemente la voluntad del librador de conferir el encargo del pago al librado. Erróneo sería a nuestro entender interpretar la expresión legislativa en el sentido rígidamente literal de que, para contener un "mandato", la letra deba mate-

rialmente contener la palabra misma u otra similar, como por ejemplo "os mando". La ley solicita únicamente que el contenido de la voluntad sea aquél de un mandato (entendido en el sentido ahora examinado), pero no exige alguna fórmula sacramental: la única declaración que no tolera equivalentes, como ya hemos visto (41), es la de "letra de cambio" (42).

El mandato del librador al librado debe ser puro y simple, es decir, incondicional, no sometido a ninguna condición, a ningún hecho o advenimiento futuro e incierto del que se haga depender el nacimiento del vínculo; tampoco debe ir acompañado de otras cláusulas dirigidas a establecer límites de la obligación o a imponer contraprestaciones o cumplimientos de cualquier género que sean. Todo ello por el motivo de que el rigor cambiario, la seguridad y ligereza de la circulación y de la emisión del título no permiten que la obligación de quien crea la letra esté sometida a limitaciones, contraprestaciones, etc., que se resuelvan en condiciones suspensivas o resolutorias. Sin embargo, no deben considerarse condiciones, y por consiguiente no invalidarían la cambial, aquellas cláusulas lícitas, sean enunciativas, integradoras o derogadoras, sean con efectos extracambiaros, que ya hemos estudiado en otra sede (43).

La ley ha hecho de la letra de cambio un negocio jurídico esencialmente incondicional, un negocio jurídico que no tolera condiciones; la voluntad de obligarse cambiariamente es incompatible con la voluntad de obligarse bajo condición. Si, contra la norma legislativa, una obligación cambiaria es sometida a condición, ella no surge porque, por un lado, y gracias a la indivisibilidad de los elementos constitutivos del negocio jurídico, no se puede imponer a quien quiere obligarse condicionalmente una obligación diferente de aquélla requerida y manifestada, es decir, una obligación pura y simple, y por el otro, no se admite por la ley una obligación cambiaria condicionada.

Tan rigurosa consecuencia debemos deducirla, a nuestro modesto parecer, del artículo 728 párrafo 1 del Código de Comercio que niega el valor de

(40) De promesa del hecho de un tercero hablan NAVARRINI, Umberto-PROVINCIALI, Renzo, op. cit., número 48, p. 79, nota 1; DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., p. 272; de J. TENA, Felipe, op. cit., p. 495. Sobre el tema en general, ver BETTI, Emilio, *"Teoría Generale del negocio Giuridico"*, Torino, 1943, p. 360, CARIOTA FERRARA, Luigi, op. cit., p. 436.

(41) Ver supra número 32.

(42) En este mismo sentido ANGELONI, V., op. cit., p. 46; DE SEMO, G., op. cit., p. 273; NAVARRINI, U. PROVINCIALI, R., op. cit. número 48. LESCOT et ROBLOT, op. cit. I, No. 168; y en la doctrina alemana, "Stranz, Wechselgesetz", Berlín, 1952, No. 25.

(43) Ver supra No. 25.

letra de cambio al título en el cual falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 727, entre los que se encuentra el carácter puro y simple del mandato de pagar; y también de la relación entre el citado 728 y el 739 de ese mismo Cuerpo de Leyes ya que este último, después de haber establecido que también el endoso traslativo de dominio deberá ser puro y simple, fija expresamente como sanción la nulidad de las condiciones puestas, y no la nulidad del endoso.

El mandato del librador debe tener por objeto el pago de una determinada cantidad. En esto nuestro Código desgraciadamente se separa de la Convención de Ginebra y de las leyes cambiarias italiana y mexicana. En realidad, el pacto ginebrino, anexo I, artículo 1, numeral 2, establece: "*La lettre de change contient le mandat pure et simple de payer un somme déterminée*". Igual dispone la tantas veces citada ley italiana, título I, inciso 2: "*La cambiale contiene l'ordine incondizionato di pagare una somma determinata*"; y la ley mexicana, artículo 76, inciso III "*La letra de cambio debe contener la orden incondicional al girado de pagar una suma determinada de dinero*". En todos estos textos legales se utiliza la palabra "suma" y no "cantidad" como mal hace nuestro Código. Poco feliz nos parece la sustitución operada por nuestra ley: no pudiendo emitirse una letra con bienes distintos al numerario, a la moneda, al dinero (44), la palabra "cantidad" podría inducirnos a error. Ella significa "cierto número de unidades" (45) es decir, está referida a cualquier tipo de unidades, de cosa, de bienes, incluso diversos del numerario. Por el contrario, "suma" es el "agregado" de muchas cosas y más comúnmente de "dinero" (46). No creemos necesario insistir más en el argumento. Debemos entonces entender "cantidad" en el sentido de "suma", de "cantidad de dinero".

"Cantidad determinada" significa, "expresada en cifras numéricas", es decir, en un monto numéricamente precisado que debe resultar del título mismo. No es válida la indicación de una cantidad determinada mediante referencia a otro documento (negotio per relationem), por ejemplo el importe de la factura número. . ."; "la cantidad que me

debe. . .", "el saldo que resultará a mi favor al cerrarse la cuenta corriente. . ."; etc.

Cantidad de dinero significa suma expresada en una moneda. No conteniendo nuestro Código una disposición similar a la de los artículos 41 de la Convención Ginebrina y 47 de la Ley de Cambio Italiana, creemos que debe tratarse de moneda de curso legal en la República.

La cantidad puede indicarse en cualquier parte del título, siempre que esté comprendida en su texto, y, por consiguiente, sigilada por la firma del librador. Puede señalarse en letras o en cifras, una o varias veces. En caso de divergencia entre las varias indicaciones, la ley establece, en sus artículos 671 y 732, cuál debe valer: si el título tiene escrito su importe en palabras y también en cifras, valdrá, en caso de diferencia, por la suma menor (47); si su importe está escrito varias veces, ya en letras, ya en números, sólo será válida en caso de diferencia la cantidad menor.

10. LA CLAUSULA CAMBIARIA DE INTERESES:

Como consecuencia de los acuerdos realizados entre librador y librado puede suceder que la letra de cambio sea productiva de intereses. Un tal pacto lograría facilitar la obtención del crédito que sería así regulado —también en cuanto a su productividad civil— por el rigor cambiario. Pero, por otra parte, un doble motivo obstaculiza en la práctica la inserción de dicha cláusula en el título. Ante todo, resulta más simple y expedito incluir los intereses en la suma cambiaria, aumentando ésta en medida equivalente al monto de aquellos, teniendo en cuenta el período de maduración hasta el día del vencimiento. En segundo lugar, es indudable que tal cláusula produciría incertidumbre en cuanto a la total entidad de la suma, en contraste con el principio, y requisito esencial, contenido en el inciso b) del artículo 727 ("determinada cantidad").

Nuestro Código en su artículo 731, primer párrafo, establece: "*El librador de una letra de cambio podrá estipular el pago de intereses sobre su monto*". Se separa así nuestra ley, una vez más,

(44) "no es letra de cambio un título que contenga la orden o la obligación de pagar determinadas cantidades de otras cosas fungibles, que no sean dinero". ANGELONI, v., op. cit. p. 48.

(45) Diccionario cit.

(46) Diccionario cit.

(47) También aquí se separa nuestra ley de los ordenamientos ginebrino e italiano, pues estos en sus artículos sextos establecen que, en caso de diferencia, vale la suma indicada en letras. Igual norma contiene la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana (artículo 18), normas que, dicho sea de paso, nos parecen más exactas.

de la Ley Uniforme de Ginebra —y también de la Ley de Cambio Italiana— que sólo admite la productividad de intereses en las letras que tengan su vencimiento a la vista o a plazo cierto desde la vista, es decir, en aquellas cambiales donde, siendo incierto el día del vencimiento, no es posible computar previamente los intereses y añadirlos a la suma cambiaria (48). Esta ley tuvo en cuenta que, en las letras de cambio a fecha fija y a plazo cierto desde su fecha, lo natural es que el librador, si pretende cobrar intereses, los incluya en el importe de la letra; en cambio en las cambiales a la vista y a plazo cierto desde la vista esa posibilidad no cabe, pues el día de su vencimiento es incierto. De ahí que sólo se permita en estas últimas la inclusión de intereses. Si, contrariamente a la prohibición, la cláusula o promesa de intereses se incluyere en las dos restantes cambiales, tanto el Reglamento Ginebrino, como la Ley de Cambio Italiana, la consideran como no escrita.

Distinta es la solución que ofrece, inspirada en la Ley General Alemana de Cambio de 1869 y en el Código de Comercio Italiano de 1882, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana, que en su artículo 78 dispone: *"En la letra de cambio se tendrá por no escrita cualquier estipulación de intereses o cláusula penal"*. Insiste así el legislador mexicano en respetar el principio que vela porque el valor de la letra de cambio aparezca no ya determinable, sino perfectamente determinado en cualquier momento, a fin de no estorbar su pronta circulación.

Poco felices nos parecen las comentadas disposiciones del Reglamento Ginebrino, y de la Ley Cambiaria Italiana porque, permitiendo la estipulación de intereses en aquellas cambiales libradas a la vista y a plazo cierto desde la vista se vendría a crear incertidumbre sobre la "suma determinada" que la letra debe contener y que es requisito esencial de validez del título como tal. Y en verdad, en este tipo de letras, no conociéndose ciertamente el día de su vencimiento, la cláusula de intereses vendría a convertir en indeterminada, o cuando más, en determinable, la "suma cambiaria determinada"

que la ley exige. Además, como ya dijimos, en la Ley Uniforme se pensó que la cláusula cabía en estos casos porque en ellos no existía la posibilidad de incluir en el capital, los intereses convenidos (49). Tampoco merece aprobación nuestro artículo 731 ahora comentado, pues permitiendo la estipulación de intereses en todas las letras, cae dentro del mismo error de las indicadas leyes. Ni siquiera la solución mexicana es atendible, porque, prohibiéndola en todas las letras, deja por fuera la posibilidad de incluirla —en la forma por nosotros ya expuesta al principio de este apartado— en las letras a fecha fija o a plazo cierto desde su fecha, donde sí se conoce a priori, y ciertamente, su vencimiento. Así las cosas creemos arreglada a derecho una disposición que permitiera la estipulación de intereses en las solas letras a fecha fija y a plazo cierto desde su fecha porque, conociéndose en ellas de antemano el día exacto de su vencimiento, los intereses podrían calcularse prematuramente y ser añadidos a la "cantidad cambiaria determinada", salvándose de esta manera el requisito esencial en discusión. En otras palabras, la norma debe permitir la estipulación de intereses en dichas cambiales siempre que el monto del mismo sea calculado precedentemente y agregado al monto cambiario del título.

Del citado artículo 731 se vislumbra el siguiente sistema en cuanto a la estipulación de intereses:

En todo tipo de letras de cambio se podrá estipular el pago de intereses sobre su monto. Tal facultad corresponde exclusivamente al librador: no al endosante o al aceptante, porque de otra forma la suma a pagar no sería idéntica para todos los obligados. La cláusula de intereses resulta obligatoria para todos los sucesivos firmatarios del título, excepto, eventualmente, para el librado-aceptante el cual, pudiendo limitar la propia aceptación a una parte de la cantidad cambiaria (artículo 751, párrafo primero), puede también aceptar la cambial sólo respecto a la cantidad cambiaria, excluyendo los intereses.

Del lado puramente formal, debemos pregun-

(48) En efecto, la "Loi Uniforme Concernant..." cit., en su anexo I, art. 5, párrafo primero, dice: "Dans une lettre de Change payable à vue ou à un certain délai de vue, il peut être stipulé par le tireur que la somme sera productive d'intérêts. Dans toute autre lettre de change, cette stipulation est réputée non écrite". Igual disposición contiene el "Reggio Decreto No. 1669..." cit., cuando en su título I, art. 5, párrafo primero, ordena: "Nella cambiale pagabile alla vista o a certo tempo vista il traente può disporre che la somma sia produttiva d'interessi. In qualunque altra specie di cambiale la promessa d'interessi si ha per non scritta".

(49) Según DE J. TENA, Felipe (op. cit., pág. 480) en las letras giradas a cierto tiempo desde la vista hay un plazo cuya duración es conocida desde luego, de modo que, para este autor, sólo las letras giradas a la vista poseen plazo incierto. Ello es totalmente falso puesto que si bien es cierto que el momento de vencimiento en aquellas es cierto, incierto resulta al lapso en que dicho momento comenzará a correr pues queda, al libre arbitrio del tenedor presentarla para su aceptación cuando a bien tenga. Ver infra No. 37-IV.

tarnos cuál deberá ser, en la letra, la colocación de la cláusula de intereses. Hay quienes sostienen que ella debe venir inserta en el texto del título (50) pues ello aseguraría al librado que la cláusula emana del librador (51); otros sostienen el criterio contrario alegando que tal exigencia es requerida por la ley únicamente respecto a la "denominación"; ella no se repite en relación a la indicación de los intereses (52). Nos inclinamos por apoyar esta última solución, porque disponiendo el artículo 731 que el librador "podrá estipular. . .", deja entrever que su declaración puede venir expresada válidamente fuera del texto del título. También encuentra fundamento esta solución en el segundo párrafo del mismo 731 que dice: "*El tipo de interés debe indicarse en la letra misma. . .*". No habla el Código de que la cláusula en cuestión debe ser inserta en el texto del título sino que basta su inclusión en la "letra misma", es decir, en el mismo pedazo de papel en que ella es librada y no en documento adjunto. No tenemos conocimiento de que nuestros Tribunales hayan resuelto la cuestión en uno u otro sentido. Sin embargo, a mayor seguridad, y en vista de que nuestros jueces se han demostrado bastante formalistas en esta materia, recomendamos incluir la cláusula de intereses dentro del texto del título, a fin de evitar posibles discusiones y problemas.

Además de las limitaciones ya señaladas, la ley somete a otra particular condición la eficacia de tan repetida cláusula: "*El tipo de interés deberá indicarse en la letra misma; de lo contrario la cláusula correspondiente no tendrá valor alguno*" (artículo 731, párrafo segundo).

Este requisito tiende, por un lado, a eliminar toda incertidumbre sobre el importe de la suma total, y, por otro, a evitar, en lo posible, tasas usureras.

Una indicación seguramente válida es aquella que contiene la medida del tipo de interés en cifras (como por ejemplo dos por ciento, tres por ciento, etc.); pero creemos que también sea válida si se refiere a una medida no susceptible de incertidumbre y que no necesite de particulares investigaciones para su determinación, como por ejemplo "al tipo legal".

"*Los intereses correrán a partir de la fecha en que la letra fue emitida salvo que se indique otra fecha*" (artículo 731, párrafo tercero). Es decir que el momento en que los intereses empiezan a correr coincide con la fecha de la letra, cuando el librador no haya indicado una fecha diversa, y lógicamente, se extiende hasta el vencimiento del título con la importante advertencia de que, en caso de falta de pago, el tenedor puede solicitar los intereses moratorios desde el vencimiento en medida igual a aquella indicada en el título o, a falta de indicación, al tipo legal (artículo 788, incisos a) y b) (53).

En resumen, la productividad de intereses es admitida en toda letra de cambio sólo si concurren las siguientes condiciones:

1. La productividad de intereses debe estar establecida expresamente mediante una cláusula inserta en el texto cambiario.
2. Sólo el librador tiene la facultad de estipular el pago de intereses.
3. La cláusula de intereses debe indicar el tipo de los mismos.
4. No es necesario que sea expresamente indicado el día a partir del cual los intereses comienzan a correr.

11. c) LA INDICACION DEL NOMBRE DE QUIEN ES DESIGNADO A LIBRAR (LIBRADO):

El tercer requisito es "*el nombre de la persona que ha de pagar (librado)*" (artículo 727, inciso c), es decir, el nombre del destinatario del mandato de pago contenido en la letra. Indicación ésta importantísima porque al librado se le presenta la cambial para que pague y, si acepta, se convierte en el obligado cambiario principal.

La ley habla aquí del nombre del librado, ¿cómo debemos entender tal expresión? Se trata de una forma elíptica y, a nuestro modo de entender, bastante oportuna en cuanto con su generalidad da campo al intérprete de atenerse al espíritu de la norma, dirigida sustancialmente a la identificación del librado. Por lo tanto, a tal propósito, es necesario indicar que en relación a las personas físicas el "nombre" comprende el nombre y los

(50) Ver ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 83.

(51) LESCOT, "*La Nouvelle législation. . .*", cit., No. 27, p. 39.

(52) DE SEMO, Giorgio, op. ult. cit., p. 277.

(53) Sentencia de la Casación Italiana No. 685 del 27-2-1939.

apellidos (paterno y materno) (54); en cuanto a las personas jurídicas, "nombre" indica la "razón social", (artículos 35 y 72) o la "denominación social" (artículos 10 inciso a), 76 y 103); en lo que a las personas jurídicas públicas respecta "nombre" es la "denominación" del ente.

Pero, en todo caso, es necesario resaltar que el anterior requisito no debe entenderse en un sentido formalista demasiado riguroso: basta que la indicación sea idónea a "identificar" al librado. Así por ejemplo, y en esa relación a las personas físicas, será suficiente la sola inicial, o la abreviación del nombre, seguida de los apellidos paterno y materno (e inclusive con la sola inicial de este último) (55).

Si el librado fuere incapaz, será necesario indicarlo como menor o interdicto, agregando el nombre de su representante legal ("representado por...").

La indicación del nombre del librado debe ser completa y exacta, pero su deficiencia o inexactitud la convierten en inexistente, y produce la nulidad de la letra sólo si es de tal entidad de hacer imposible la identificación de una persona cualquiera.

Pero puede suceder que la indicación del librado sea formalmente impecable, según los principios ya delineados, pero no corresponde a un nombre de persona física o a una sociedad existente en la realidad o conocida por el librador: es decir, que se trate de un designado ficticio o imaginario. Caso, en la práctica, bastante común, y dirigido a procurarse crédito con medios ilícitos engañando a los terceros en modo tal de concretar, frecuentemente, el delito de estafa. No obstante en derecho cambiario tal designación debe considerarse válida por ser formalmente regular y porque, en la secuencia de las varias declaraciones cartulares, es principio consagrado por la ley (artículo 733) que una o más firmas, aún de personas "imaginarias", y por consiguiente, en sí estériles de efectos, no atacan la validez de las otras declaraciones obligato-

rias contenidas en el título. Y aquí se trata de una simple designación que lógicamente deja intacta la aparente regularidad del título. Y en verdad, del artículo 733 citado resulta el principio de que aún las firmas falsas, o de personas incapaces o imaginarias, pueden dar vida a un título idóneo a recoger obligaciones cambiarias válidas: por lo tanto y a mayor razón, la falsa indicación de una persona, o la indicación de una persona imaginaria como librado puede formalmente convertir en idóneo el título, haciendo surgir válidas obligaciones cambiarias para todos aquellos que hayan en él firmado (56).

Conviene aclarar que la válida designación del librado debe, en todo caso, estar en el título, no pudiéndose admitir, ante el taxativo precepto legal, que él pueda venir subrogado por una sucesiva declaración del aceptante, aunque éste así se califique en modo formalmente regular.

En cuanto a la colocación del nombre del librado en el título, la ley implícitamente permite que ella resulta aún fuera del texto (en alto, al pie o al margen).

Nuestra ley en conformidad al Reglamento Uniforme de Ginebra (anexo I, artículo primero, inciso 3), y a la Ley de Cambio Italiana (título I, art. 1, inciso 3), habla de designación del librado al singular. Pero de ello no deriva que deba necesariamente indicarse un solo librado, porque ninguna norma prohíbe una designación plural: creemos que el texto en examen sólo ha contemplado la regla general. Lo esencial es que cada uno de los librados no sea delegado a pagar una cuota o una determinada parte de la suma cambiaria, porque, como bien ha observado el autor alemán Stranz (57), de ser así se concentrarían varias cambiales en un solo documento. No obstante carecer nuestro Código, al igual que el Reglamento Ginebrino, de una regla similar a la contenida en el párrafo quinto del artículo segundo de la Ley Cambiaria Italiana (58), de donde los juristas de ese país han deducido la posibilidad de designar en el título

(54) Nos preguntamos ¿qué suerte correría una letra si en lugar del nombre, se indicare el seudónimo del librado? No creemos que ello acarrearía la invalidez del título si el seudónimo ha adquirido igual o mayor importancia que el nombre en modo tal que sirva a identificar sin equívocos al librador (artículo 40, Código Civil).

(55) ANGELONI, Vittorio, op. ult. cit., p. 49; DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 279; NAVARRINI, U., PROVINCIALI, R., op. cit. No. 52; LESCOT, op. ult. cit. No. 19.

(56) En este mismo sentido ver NAVARRINI-PROVINCIALI, op. cit., No. 52; ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 50; DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 280.

(57) Op. cit., notas 7 y siguientes.

(58) "Se sono indicati piùluoghi di pagamento, s'intende che il portatore possa presentare in qualunque di essi la cambiale per l'accettazione ed il pagamento".

varios librados, consideramos que, al no prohibirlo expresamente, nuestra ley tácitamente lo permite (59).

A tal propósito resulta admisible una designación tanto sucesiva (a X y sucesivamente a Y), cuanto acumulativa, (a X e Y) o alternativa (a X o a Y). En el primer caso, la letra debe ser presentada primero a X y después a Y, esto último en la única hipótesis de que X se niegue a aceptarla; si la indicación es acumulativa, la presentación será a X e Y, contemporáneamente, mientras es obvio que el pago realizado por uno de los dos extingue la letra; si la indicación es alternativa, el tenedor tiene la facultad de dirigirse a uno u otro librado. Coherentemente, y en todos los casos, el rechazo de aceptación opuesto por uno de los designados, o una aceptación limitada (artículos 751, párrafo primero); autorizarían al tenedor a ejercitar la acción a norma del artículo 766, inciso a), previo levantamiento del protesto (artículo 776).

12. LETRA LIBRADA SOBRE EL MISMO LIBRADOR:

La letra de cambio, que normalmente contiene la orden de pago dirigida a un tercero, puede ser librada sobre el mismo librador (artículo 729). Figura ésta indudablemente anómala, porque contradice la regla de la diversidad de personas que en el nexo cambiario asumen los papeles de librador y librado. La concentración librador-librado en un solo sujeto es reconocida por el Reglamento Ginebrino y por la Ley de Cambio Italiana por motivos de carácter práctico: en realidad, no pocas veces se presenta la conveniencia de que la sede central de una sociedad libre una letra sobre otra sede o sucursal o agencia propia, y viceversa.

En este caso el librador dirige a sí mismo el mandato de pagar asumiendo contemporáneamente las calidades del librador y librado.

La ley no exige en este caso que el librador indique como lugar de pago uno diverso de aquel de la emisión, de donde debe considerarse jurídicamente válida la cambial aún si el librador que libra a sí mismo ha indicado como lugar de pago el mismo de la emisión, o ha indicado, junto al propio nombre o a la propia razón o denominación

social como librado, el mismo lugar que ha indicado como lugar de emisión.

Pero esta falta del aspecto de la diversidad de personas en el librador y el librado no transforma la letra, como ha sido sostenido por Bonelli, en un pagaré "a todos los efectos legales" (60); ella sigue siendo letra de cambio, sometida a todas las respectivas normas: si el librador no pone sucesivamente la propia aceptación (como librado), él persiste responsable como un librador o sea como un obligado de regreso. Si el librador por el contrario pone sobre la letra también su firma de aceptante, el tenedor tendrá contra él las dos acciones: aquella directa, fundada en la aceptación, y aquella de regreso fundada en la emisión, para ejecutar la cual podrá servirse también de la "letra de resaca" a tenor del artículo 792.

La posibilidad, admitida por la ley de librar válidamente una letra a la orden del librador —hipótesis que estudiaremos dentro de poco (61)—, no implica la validez de la que fuere librada a la orden del librado. Su exclusión se argumenta seguramente del sistema: en realidad, la concentración de las varias y diversas figuras del nexo cambiario, previstas por el comentado artículo 729 (librador-librado; librador-tenedor) tiene carácter excepcional, tanto que la ley ha decidido indicar expresamente los dos casos mencionados, reconociéndoles validez. Ahora bien, al no hablar ese mismo artículo de la relación librador-tenedor, de ello deriva la imposibilidad, gracias a un principio de elemental hermenéutica legal, de extender por analogía, a esa relación, una disposición cuyo carácter taxativo resulta indiscutible.

13. d) INDICACION DEL VENCIMIENTO:

Cuarto requisito cambiario es la indicación del vencimiento (artículo 727, inciso b). Pero, la falta de este requisito formal no acarrea la invalidez del título como tal; aquí, a falta de indicación, sub-entra la presunción legal de que el vencimiento del título es a la vista (artículo 728, párrafo 2).

Las características generales del vencimiento cambiario se argumentan de la letra de los artículos 758 a 761 del Código de Comercio, que vienen

(59) Ver en este sentido DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 281; ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 50; RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit., p. 302.

(60) "Della Cambiale e dell'Assegno Cambiario", Milano, 1930, No. 68.

(61) Ver infra No. 42.

así a integrar el inciso d) del artículo 727 transcrito. El vencimiento debe ser:

- a) Ciertamente, sea para la seguridad de la circulación, sea en beneficio del tenedor y del mismo deudor, pues de otra manera este último estaría constreñido a tener a disposición la suma por un tiempo indeterminado. Por lo tanto, no es válido un vencimiento condicionado a un advenimiento incierto (como por ejemplo la llegada o la entrega de la mercadería).
- b) Único, en cuanto no se admiten vencimientos sucesivos (artículo 758, último párrafo), porque resultaría un pago en abonos.
- c) Posible, es decir, que corresponda a un día que realmente existe; inválido es un vencimiento al 30 de febrero o al 31 de junio.
- d) De una de las especies válidas reconocidas por la ley que, en el artículo 758, hace un elenco taxativo.

Resumiendo, a los efectos del sistema, la falta de indicación del vencimiento es suplida por la ley con la indicada presunción; pero si cualquier vencimiento es indicado, él debe conformarse a los principios y preceptos ahora señalados, bajo pena de invalidez de la letra.

Las varias especies de vencimientos a tenor del citado 758, son las siguientes: a la vista; a plazo cierto desde la vista; a plazo cierto desde su fecha; y a fecha fija. Esta numeración es taxativa, como bien emerge del mismo precepto prohibitivo de la ley, que establece que las "*letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas*" (artículo 758, fracción segunda).

Estas especies se pueden distinguir según que el término de vencimiento sea establecido por el librador (a plazo cierto desde su fecha; a fecha fija), o sea remitido, dentro de ciertos límites, a la voluntad del tenedor (a la vista: a plazo cierto desde la vista) (62):

I.— El vencimiento a fecha fija es el más preciso, porque determina el día, el mes y el año, en cifras o en letras. La indicación de este vencimen-

to va generalmente inserta en el texto del título, o fuera de él pero con la firma de ratificación del librador.

Si no fuere indicado el año del vencimiento, se podría presumir aquel de la fecha del título (63); pero si en tal hipótesis la fecha misma fuere posterior al vencimiento, ¿se podría entender el año próximo? (64). Una parte de la doctrina lo niega, argumentando que de esta manera se iría contra la presumible voluntad del declarante y, además, se agregaría al tenor del título un elemento (el año próximo) a él extraño (65).

II.— El vencimiento a plazo cierto desde su fecha está referido, como punto de partida, a la fecha de emisión de la letra puesta por el librador, y se realiza al expirar del término en días, semanas, meses o años que resulta indicado en el documento. Así, una letra emitida el 1 de marzo de 1974 "a cuatro meses desde su fecha" expirará el 1 de julio siguiente. No son necesarias las fórmulas rigurosas siempre que de ellas se deduzca claramente la voluntad del declarante: son válidas por lo tanto, las expresiones "desde hoy" o "a un año", en las cuales estaría claramente sobreentendida la referencia, como punto de partida, a la fecha de emisión, (término inicial).

Resulta importante aquí reproducir el texto del artículo 761: "*La letra de cambio librada a uno o varios meses a partir de la fecha o de la vista, vence en la fecha igual del mes en que el pago debe efectuarse. A falta de ésta, el vencimiento tendrá lugar el último día de dicho mes*". Así, una letra emitida el 31 de julio a un mes desde su fecha, expirará el 31 de agosto; pero si ha sido emitida el 31 de enero, vencerá a fines de febrero, es decir, el 28, o el 29, si el año fuere bisiesto.

"Cuando la letra de cambio esté librada a uno o varios meses y medio a contar de su fecha o de la vista (notamos que en este último tipo de vencimiento, el término del mismo comenzará a correr desde la fecha de aceptación o de protesto), se contarán primeramente los meses enteros".

Las expresiones "ocho días" o "quince días" equivaldrán a un plazo de ocho o quince días efec-

(62) NAVARRINI, U. - PROVINCIALI, R., op. cit., No. 54.

(63) Así lo resolvió una connotada sentencia de apelación de Roma del 14 de abril de 1890.

(64) Ejemplo: Si el librador escribe: San José, primero de febrero de 1974. Pagad al 1 de junio. . . etc., resulta de plena y segura interpretación que la voluntad del emitente, se refiere a aquel día y a aquel mes del año en curso. Pero si éste, en fecha 1 de junio de 1974 indicara como vencimiento el 1 de febrero, surge aquí la dificultad o imposibilidad de orientarse acerca del real vencimiento del documento.

(65) En estos términos DE SEMO, Giorgio, op. cit. p. 287; en contra, NAVARRINI, U. - PROVINCIALI, R., op. cit., No. 54; BONELLI, op. cit., No. 84, Nota 3.

tivos y no de una o dos semanas (evidentemente según la manifestada intención del declarante).

"La expresión "medio mes" indicará un plazo de quince días" (ello para evitar las dificultades de computación que surgirían si el mes fuera de 31 días o, respecto a febrero, de 28, o de 29 días, si el año fuera bisiesto).

III.— El vencimiento a la vista, como hemos dicho, dentro de ciertos límites, y al igual que el de plazo cierto desde la vista, está determinado por la voluntad del tenedor. Aquí, como en las restantes hipótesis, ninguna regla es de rigor y son válidas expresiones como "a presentación", "a solicitud", "a placer", "a voluntad".

Característica de este vencimiento es que, al momento de la emisión, el día en que el pago debe ser efectuado es indeterminado. La determinación es dejada a voluntad del tenedor, quien dentro de los límites de tiempo determinado por la ley, o por el librador, o por un endosante, puede escoger, para pretender el pago, el día que quiera.

La cambial a la vista es exigible desde el momento de su emisión, pero, como para pretender el pago el tenedor debe presentarla, es decir, mostrársela al librado, es desde el momento de la presentación que el título es exigible a todos los efectos, y es en el momento de la presentación que el librado debe pagar, o negarse a pagar (nótese que aquí se habla de presentación para el pago y no de presentación para la aceptación).

"La letra de cambio a la vista será pagadera a su presentación" (art. 759, párrafo primero). Pero, para no agravar la condición del deudor directo y, por ende, la de los otros coobligados, obligando directamente al primero a tener a disposición del tenedor por un periodo de tiempo tal vez muy largo la suma cambiaria, la ley ha establecido que esta letra "deberá presentarse para su pago dentro de un año contado desde la fecha de emisión". Sin embargo, "el librador podrá variar este plazo", y tales términos, es decir, el de un año o aquel aumentado o disminuido por el librador, pueden ser "acortados" por los endosantes; con la consecuencia, en esta última hipótesis, que ello repercutirá únicamente sobre el declarante produciendo como resultado la decadencia de la acción de regreso a cargo del tenedor que a dicho término no se haya acogido (artículo 793).

Y la sola abreviación del término concedida a los endosantes se justifica reflexionando que si ellos pudieran prolongarlo, producirían daños sobre todo al aceptante y al librador, que se verían obligados a inmovilizar la suma cambiaria más allá de lo previsto.

"El librador podrá disponer que una letra de cambio pagadera a la vista no se presente al pago antes de determinado día" (artículo 759, sección segunda), y en este caso el término de presentación correrá desde ese día. Sistema este fundado en la eventualidad de que el librador no tenga inmediatamente modo de fornecer la provisión de efectos al librado o de disponer de la suma cambiaria, sino sólo después de un cierto intervalo. Pero esta disposición es importante aun frente a la potestad de abreviación del término de presentación atribuida a los endosantes, porque, en la proyectada hipótesis, ellos no podrían abreviarlo a una fecha anterior a aquella fijada por el librador para la presentación (66).

En la práctica, las letras a la vista no son muy frecuentes, en cuanto se recurre preferentemente al cheque.

IV.— También en el vencimiento a plazo cierto desde la vista, la determinación del día en que el pago debe efectuarse depende de la voluntad del tenedor, quien presentando la letra al librado hace, desde el día de la presentación, transcurrir el término (de ocho, de quince días, de un mes, de meses, o también de años) fijado por el librador.

El vencimiento de este tipo de letras "se determina por la fecha de aceptación o por la del protesto" (artículo 760, fracción primera), en caso de rechazo de la promesa por parte del librado.

"A falta de protesto, toda aceptación que no lleve fecha se considerará dada, respecto del aceptante, el último día del plazo señalado para la presentación de la misma para su aceptación" (artículo 760, sección segunda), es decir, en el término de un año a partir de la fecha de emisión establecido por el artículo 748; término que, análogamente a lo que la ley dispone para la letra a la vista, puede ser prolongado o abreviado por el librador, y sólo abreviado por los endosantes (artículo 759, párrafo primero).

En cuanto a las mencionadas hipótesis de aceptación no fechada y de falta de protesto, es

(66) DE SEMO, Giorgio, op. cit. p. 288; ANGELONI, Vittorio, op. cit. p. 299; NAVARRINI-PROVINCIALI, op. cit., No. 57.

pacífico en doctrina (67) que la presunción de la ley puede ser vencida por prueba en contrario dirigida a demostrar, con cualquier medio, que en realidad la aceptación se dio otro día.

14. e) INDICACION DEL LUGAR DE PAGO:

Quinto requisito formal cambiario es la "*indicación del lugar en que se ha de efectuar el pago*" (artículo 727 inciso e) (68). También éste, al igual que el anterior, es un requisito esencial, por cuanto su falta es suplida por la ley con la presunción legal de que el lugar de pago será aquel designado junto al nombre del librado, el que, a todos los efectos, se considerará también domicilio de éste. Por lo tanto, existiendo la presunción, la falta de este requisito no producirá la invalidez de la letra como tal (artículo 728, párrafos 1 y 3). Y es un requisito que responde a una lógica necesidad pues la cambial encierra una "deuda requerible" ("dette quérable"), es decir, se trata de un título "de presentación al deudor" (69): por lo tanto, es necesario ofrecer al tenedor la posibilidad, una vez operado el vencimiento, de encontrar fácilmente al librado.

La indicación del lugar en que se ha de efectuar el pago, que puede estar contenida en el texto del título o en otro punto cualquiera —aún en el reverso—, siempre que no surjan incertidumbres al respecto, para ser completa debe contener tanto el nombre de la localidad geográfica (ciudad), cuanto la dirección (habitación u oficina) del librado. A falta de esas indicaciones en el título, entrará a operar la presunción legal a que hemos hecho referencia (artículo 728, apartado 3). Ahora, si junto al nombre del librado no se hubiere designado ningún lugar, o éste se hubiere designado parcialmente (sólo la localidad geográfica o sólo la dirección), o ficticiamente, o si hubiere indicado una localidad o

dirección inexistentes, la letra será nula por carecer de un requisito esencial.

15. LA LLAMADA "LETRA DE CAMBIO DOMICILIADA" (LETTRE DE CHANGE DOMICILIEE):

Normalmente la letra es pagada por el librado en el lugar designado en el documento según las particularidades antes dichas. Pero la ley contempla también la figura de la llamada "letra de cambio domiciliada" que se presenta cuando la cambial es "*pagadera en el domicilio de un tercero, ya sea en la localidad en que el librado tiene su domicilio o fuera de ella*" (artículo 730). Característica saliente de esta figura es, por lo tanto, la exigibilidad del título en el domicilio de un tercero, es decir, ante una persona, física o jurídica, diversa del librado, mientras es indiferente que el tercero resida en el mismo lugar de éste (70).

La institución de la cambial domiciliada satisface importantísimas exigencias prácticas porque hace el título más fácilmente negociable, especialmente cuando el librado reside en centros menores en donde no hay oficinas bancarias que puedan encargarse del cobro, o también puede ser que el mismo aceptante tenga interés en pagar la letra fuera del domicilio, para que sus negocios permanezcan ignorados en su plaza. Además, la designación de un domicilio puede favorecer al librado para disponer de un crédito suyo contra el domiciliario a favor del librador. Este podría domiciliar la letra aún en su propio domicilio, asegurándose de esta manera que sea el mismo deudor quien venga a entregarle la suma cambiaria "en su propia casa".

En cuanto a la figura jurídica del "domiciliario" ella resulta importante sólo si él es el encargado del pago, sea en la hipótesis prevista por los ordenamientos italiano, alemán y mexicano, que lo

(67) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 289; ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 300, STRANZ, op. cit., nota 34 y siguientes.

(68) "Loi uniforme concernant..." cit., anexo I, artículo primero, inciso quinto: "Celle du lieu où le paiement doit s'effectuer"; "Reggio Decreto 5 dicembre 1933, No. 1669..." cit., título I, artículo primero, numeral quinto: "L'indicazione del luogo di pagamento".

(69) Ver supra No. 13.

(70) El artículo 730 de comentario es idéntico al número cuatro del Reglamento Ginebrino que a tal efecto dispone: "Une lettre de change peut être payable au domicile d'un tiers, soit dans la localité où le tiré a son domicile, soit dans une autre localité". El "Reggio Decreto No. 1669, tantas veces citado, contiene esta misma disposición: "La cambiale può essere pagabile al domicilio di un terzo, sia nel luogo del domicilio del trattario, sia in altro luogo". Pero, los legisladores italianos adicionaron el artículo cuarto transcrito con un segundo párrafo así: "Se non è detto che il pagamento sarà fatto presso il terzo dal trattario, si intende che sarà fatto dal terzo" ("Si no se ha dicho que el pago será hecho por el librado en el domicilio del tercero, se entiende que será hecho por el tercero"). Tal adición pretende resolver un importante problema práctico: El pago se entiende que será hecho por el tercero salvo declaración contraria del librado mediante la cual manifestara su intención de efectuarlo él mismo. Idéntica es también la letra de la ley mexicana de cambio que en su artículo 83 dice: "... Si la letra no contiene la indicación de que el pago será hecho por el girado mismo en el domicilio o en la residencia del tercero designado en ella, se entenderá que el pago será hecho por este último, quien en ese caso tendrá el carácter de simple domiciliario". En este mismo sentido la ley cambiaria alemana.

consideran un representante que actúa en nombre ajeno, o sea, en nombre del librador que lo encargó, o del aceptante. . .

Legitimados a la designación del domiciliario son:

- a) el librador que da la orden de pago y por lo tanto puede tener directo interés en domiciliar la letra; y
- b) el librado mismo, cuando concurren los extremos previstos por el artículo 752: I.— Cuando el librador hubiere indicado en la letra de cambio un lugar de pago distinto al domicilio del librado, sin designar a un tercero, en cuya casa u oficina haya de hacerse el pago. II.— El librado puede en el momento de la aceptación indicar el nombre de ese tercero; a falta de tal indicación, se entenderá que el aceptante se ha obligado a pagar por sí mismo en el lugar del pago.

Pueden ser nombrados legitimarios un tercero o cualquier sujeto del nexo cambiario a excepción del librado. Por lo tanto, sea el tenedor, sea el mismo librador, pueden fungir como domiciliarios (71).

La forma de la domiciliación no está sometida a reglas rigurosas: basta que de ella emerja de modo unívoco la intención del declarante; de otra manera, éste se encontraría expuesto al desconocimiento de una designación ambigua, con todas las consecuencias inherentes a la validez de una presentación y de un protesto que fueran efectuados por el tenedor al librado, en su lugar de residencia.

16. f) EL NOMBRE DEL TENEDOR:

Sexto requisito esencial es *"el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar"* (artículo 727, inciso f), es decir, el nombre del tenedor (72). La necesidad de este requisito estriba en que, a diferencia del cheque, no se admite la letra de cambio al portador (73); y ello por varios y concurrentes motivos que se resumen en evitar, bajo el marco de los intereses colectivos, el inconveniente de que la letra funcio-

ne como título sustitutivo o supletorio del billete de banco, en atención a su peculiar carácter de instrumento de crédito. El ser el cheque, por el contrario, un medio de pago que en los casos normales presupone la existencia de equivalentes fondos disponibles en un banco, hace que a su respecto no puedan sobrevenir esos daños y peligros para la economía pública que se derivarían de permitirse la letra al portador, la que, pudiendo fungir como moneda, aumentaría en la práctica, y en medida notable, el monto del numerario de papel-moneda en circulación con eventuales cuantiosas lógicas repercusiones en los precios y en el mercado en general. Desde el punto de vista de la utilidad privada y del incremento del crédito, la letra al portador, que para su transmisión no necesitaría la firma de los endosantes ni, a su vencimiento, la legitimación cartular del portador, disminuiría o excluiría aquella enérgica garantía de satisfacción que proviene de la responsabilidad solidaria de todos los suscriptores del título. Por el contrario, y con alusión al cheque, dicho inconveniente aparece mucho menos acentuado o del todo superable, dado el brevísimo ciclo de su vida y al hecho de que la garantía del pago es en él ofrecida, sobre todo, por la seriedad del librador, y, en último caso, por la obligación que éste tiene de adecuarse al precepto de la contemporánea subsistencia de fondos equivalentes en un banco, bajo pena de sanciones aún de carácter penal.

El tenedor es el primer portador de la letra de cambio, aquél a cuyo favor la letra es emitida, y a quien es materialmente entregada por el librador.

El tenedor es el propietario y el acreedor de la letra: a él tocan todos los derechos inherentes al título, y por consiguiente el derecho de disponer de él transfiriéndolo a otros onerosa o gratuitamente, y el derecho de exigir el pago a todos aquellos que en él se han obligado.

La ley exige el nombre del tenedor: son aplicables aquí las consideraciones ya desarrolladas a propósito del nombre del librado (74). Conviene

(71) BONELLI, op. cit., No. 106.

(72) "Loi uniforme concernant. . .", cit. anexo I, artículo primero, inciso 6. "Le nom de celui auquel ou a l'ordre duquel le paiement doit être fait". "Reggio Decreto No. 1669. . .", cit., título primero, artículo I, inciso 6: Il nome di celui al quale o a l'ordine del quale deve farsi il pagamento".

(73) Así lo han establecido las sentencias italiana de apelación de Milán, del 5-2-37 y de Brescia, del 1-2-39. La ley mexicana de cambio consagra expresamente este principio en su artículo 88: "La letra de cambio expedida al portador no producirá efectos de letra de cambio estándose a la regla del artículo 14. . .", artículo en donde se establece que los títulos de crédito y los actos a ellos inherentes sólo producirán los efectos previstos por el respectivo capítulo cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presume expresamente.

(74) Ver supra No. 35.

sobre todo tener presente el criterio de la "identificación", es decir, un nombre que valga a identificar al designado, eventualmente agregando su dirección o de cualquier otra manera (por ejemplo "a la orden de mi hijo José"). Del mismo modo resulta suficiente la indicación de las funciones específicas ejercidas por el tenedor, aunque no figure su nombre (por ejemplo "a la orden del hoy gerente de la sociedad X" o "a la orden del actual Rector de la Universidad de Costa Rica).

En resumen, si el nombre del tenedor es incompleto o inexacto, tal de hacer imposible la identificación de una persona física o jurídica cualquiera, se produce la falta de un requisito esencial y la cambial es nula (artículo 728, párrafo primero).

Si esta persona sea efectivamente aquella querida por el librador, o sea una persona diversa—como puede suceder especialmente en casos de homonimia— o sea una persona que no existe, o imaginaria, ello carece de importancia a los fines de la validez de la letra, porque la característica del negocio cambiario consiste principalmente en esto: que puedan surgir válidas obligaciones cambiarias de un título que reúna sólo formalmente los requisitos necesarios.

Nuestra ley, de conformidad con el Reglamento Ginebrino y con la Ley Cambiaria Italiana, habla del nombre del tenedor al singular; ello no quiere decir que debe indicarse un solo tenedor; no existe en verdad una disposición que prohíba la designación de varios tenedores, y el singular usado por la norma responde a la razón de ser ésta la hipótesis más corriente. Si bien es cierto que nuestro Código, al igual que el reglamento ginebrino, carece de una disposición igual a la del artículo 62 de la ley cambiaria italiana (75), de donde los juristas de ese país se han aferrado para aprobar la plural designación de tenedores (76), consideramos que, en ausencia del precepto prohibitivo, nuestra ley tácitamente la consiente (77).

La designación plural de tenedores puede ser hecha conjunta, alternativa o sucesivamente siem-

pre que comprenda la totalidad de la suma cambiaria, porque, de otra manera cada tenedor tendría el derecho de endosar la letra "proparte", allí donde el endoso parcial no es admitido (artículo 739, párrafo 2) y porque el tenedor no puede exigir un pago parcial, así como tampoco puede rechazarlo (artículo 763, párrafo 2).

En caso de indicación conjunta (a la persona X y a la persona Z) los tenedores deberán endosar la letra juntos, y juntos presentarla para la aceptación o para el pago. Si la indicación fuere alternativa (a la persona X o a la persona Z), los tenedores, en base al título, deben considerarse coacreedores solidarios, de modo que, en estricta aplicación de los principios generales, cada uno tiene derecho a pedir al cumplimiento de la entera obligación, y el cumplimiento logrado por uno de ellos libera al deudor también frente al otro. Aquí, sólo el acreedor en posesión del título tendrá el derecho de endosar la letra y de presentarla para la aceptación o para el pago, excluyendo de esa manera los derechos cambiarios del otro. La designación puede ser hecha también sucesivamente (a la persona X y, a falta de ella, a la persona Z); ello atribuye los derechos cambiarios al primer tenedor indicado y, subordinadamente, si faltare, al segundo, siempre que éste se presente con el título.

17. LETRA DE CAMBIO A LA ORDEN DEL MISMO LIBRADOR:

"La letra de cambio podrá girarse a la orden del propio librador" (artículo 729), es decir, éste puede designarse así mismo como tenedor, con el fin de proveerse en el momento anterior a la aceptación y de poder, mediante esa garantía, negociar el título en una localidad en donde él no es conocido, o sin negociarlo inmediatamente, depositarlo en un banco para que lo presente para su aceptación y vele por su cobro al vencimiento.

Es éste otro de los modos anómalos de emitir la letra contemplados por la ley (78).

En esta hipótesis, en la misma persona coinciden las calidades del librador y tenedor, porque el

(75) "Fra piú obbligati che abbiano assunto una posizione di pari grado nella cambiale, non ha luogo l'azione cambiaria e il rapporto è regolato con le norme relative alle obbligazioni solidali" ("entre varios obligados que hayan asumido una posición de paridad en la cambial, no procede la acción cambiaria y la relación es regulada por las normas relativas a las obligaciones solidarias").

(76) Es verdad que esa norma concierne a varios obligados de igual grado, mientras tales no son los varios tenedores: pero ellos lo serán endosando el título, de tal manera que la válida existencia de su figura va frecuentemente unida al surgir de varios endosantes-coobligados, y, por lo tanto, constituye un presupuesto implícito que se encuentra en el artículo 62 de la indicada ley italiana. Así DE SEMO, G., op. cit., p. 299.

(77) En este sentido, DE SEMO, G., op. cit., p. 298; ANGELONI, V., op. cit., p. 51; RODRIGUEZ R., J., op. cit., p. 302.

(78) Ver supra, número 36.

primero, librando a su propio favor, se indica a sí mismo como tenedor y se desprende del título sólo cuando, en su condición de tenedor, lo endosa a un tercero.

Esta forma de emitir la letra, más frecuentemente usada en el cheque cuando el librador quiere exigir él mismo, personalmente, el dinero disponible en su cuenta corriente, es adoptada en la cambial en los casos en que el librador tiene necesidad, para poder negociar el título, de obtener primero la aceptación.

Cuando la letra es librada a la propia orden, el primer endoso debe ser firmado por el mismo librador que asume también, repetimos, la condición de tenedor.

Tampoco este tipo de cambial requiere de fórmulas rigurosas ("pagad a mi orden", "pagad a mí mismo", etc.).

18. g) INDICACION DE LA FECHA Y DEL LUGAR DE EMISION:

El séptimo requisito esencial es la *"indicación de la fecha y lugar en que la letra se libra"* (artículo 727, inciso g) (79).

La indicación del "tiempo" de la emisión tiene importancia por múltiples aspectos. Ante todo, en relación a la capacidad de actuar del librador o del librado-aceptante en el día en que el título ha sido no ya simplemente redactado y firmado, sino "librado", es decir, entregado al tenedor; la determinación en estudio resulta importante también en conexión al eventual estado de insolvencia en que podría encontrarse el suscriptor al momento de la emisión del título. En último lugar, la fecha es indispensable para determinar el vencimiento de las letras "a plazo cierto desde su fecha", y para establecer el término extremo para la presentación en aquellas libradas a la vista o a plazo cierto desde la vista.

La indicación del "lugar" de emisión tiene importancia sobre todo en las relaciones de derecho internacional privado, porque sirve para determinar la ley aplicable en lo que respecta a la forma de la letra de cambio, a sus efectos, etc.

En cuanto a la forma y la colocación de la fecha la ley no es rigurosa: ella puede escribirse en

letras o en cifras, estas últimas aún abreviadas en cuanto al año (ej.: 974 en vez de 1974) (80), y colocarse en cualquier punto del título, aun en su reverso, siempre que no surja error acerca de la pertenencia de la fecha a otra declaración cambiaria diversa. Pueden aquí admitirse "equivalentes" siempre que sean de general comprensión (81) (como, "en el día de Navidad", "en el día de San José", etc.) y deducibles del tenedor del título, y no de elementos extraños. Una fecha imposible, que no corresponda a un día existente según el calendario (como 30 de febrero o 31 de abril) se debe considerar ausente y por consiguiente invalidaría la letra. Además, la fecha debe ser única, aunque existan varios libradores, porque de otra manera se destruiría la inderogable necesidad de la determinación cambiaria y de la certidumbre del vencimiento.

Si la fecha estuviere en contraste con otra que atestare con fe pública el momento de la firma (ej.: firma del librador autenticada por un Notario en una fecha diversa de aquella indicada como fecha de emisión), ella valdrá, como si la otra fecha no existiese, porque no es necesario que los dos momentos —el de la firma y el de la emisión— coincidan: puede por ejemplo el librador estampar su firma en presencia de un notario en un determinado día, haciéndola autenticar, emitirla, es decir, entregarla al tenedor, en un día sucesivo; o puede el librador, que hubiere ya firmado y emitido la letra en un determinado día, ser sucesivamente requerido de hacerla autenticar, repitiéndola en presencia del notario (82).

Puede suceder que la fecha sea ficticia o falsificada. Es ficticia cuando, no obstante ser puesta por el suscriptor, ella no corresponde a la fecha real (con la finalidad, por ejemplo de enmascarar un estado de incapacidad). Para resolver este caso no podemos establecer una regla absoluta; a tal fin debemos valorar las circunstancias, objetivas y subjetivas, que acompañaron la emisión del título. Es falsificada la fecha que haya sufrido una alteración a manos del librador, de cualquier otro sujeto del nexo cambiario, o de un extraño: la fecha resulta artificiosamente diversa de aquella genuina. Aquí puede aplicarse el principio general contenido en el

(79) "Loi uniforme concernant...", cit., anexo I, artículo 1, inciso 7: "L'indication de la date et du lieu ou la lettre est cr  e"? "Reggio Decreto No. 1669...", cit., título I, artículo I, inciso 7: "L'indicazione della data e del luogo dove la cambiale    emessa".

(80) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 302.

(81) Ver BONELLI, op. cit., No. 41; DE SEMO, G., op. cit., p. 302; ANGELONI, V., op. cit., p. 53.

(82) ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 53.

artículo 676: *"En caso de alteración del texto de un título, los signatarios posteriores a ella se obligan según los términos del texto alterado, y los anteriores, conforme al texto original. . ."*, permaneciendo válidas las firmas no falsificadas (artículo 733).

En cuanto al lugar de emisión, si faltare, la ley lo suple con la presunción de que éste será aquel designado junto al nombre del librador. Así las cosas, y ante semejante presunción legal, la falta de este requisito no producirá la invalidez de la letra como tal (artículo 728, párrafos primero y cuarto).

La indicación del lugar de emisión, que puede estar colocado, como la fecha, en cualquier punto del título, siempre que no surjan incertidumbres a su respecto, para ser completa debe contener el nombre de la localidad geográfica (ciudad) donde la cambial se emite. A falta de esta indicación, entraría entonces a operar la presunción legal a que hemos hecho referencia. Ahora bien, si junto al nombre del librador no se hubiere designado ningún lugar, o éste se hubiere designado ficticiamente, o se hubiere indicado una localidad inexistente, la letra será nula por faltarle uno de sus requisitos esenciales.

19. h) FIRMA DE LA PERSONA QUE EMITE LA LETRA (LIBRADOR):

El octavo y último requisito esencial es, a tenor del inciso h) el artículo 727: *"La persona que emite la letra (librador)"*.

Pero, ¿qué debemos entender de esta confusa disposición? ¿Debe ponerse simplemente el nombre o se requiere más bien la firma del librador? Se trata ésta, sin lugar a dudas, de una omisión del legislador. Y en realidad, tanto el Pacto Ginebrino (anexo I, artículo 1, inciso 8), como la Ley de Cambio Italiana (título I, artículo 1, inciso 8) y la Mexicana de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 78, Fracción VII), establecen como requisito *"la firma de la persona que emite la letra"*; requisito de intuitiva evidencia porque concluye y confirma la voluntad del declarante, voluntad que se perfecciona, como hemos dicho, con la emisión, es decir, con la separación del título de la esfera jurídica del firmante.

Quien emite una letra, debe manifestar la propia voluntad de obligarse a hacer pagar al librado, firmándola. La firma es el signo característico de la

individualidad de la persona, que sirve típicamente para expresar la intención de hacer suyas las declaraciones contenidas en el texto cambiario. El Diccionario de la Lengua Española define la firma como *"el nombre y apellido, o título de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice"*.

Pero esta evidente omisión del legislador, a nuestro modo de entender, se salva con la disposición contenida en el artículo 670, inciso f) aplicable a los títulos-valores en general: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en particular respecto a las diversas clases de títulos-valores que determinan este Código y las leyes especiales, estos deben contener los siguientes requisitos: . . . f) La firma de quien lo expide"*, es decir, en nuestro caso particular, la firma del librador.

Existe también, respecto a este requisito una interesante sentencia del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, que en su considerando III reza: *"Que de la ponderación de los documentos presentados para fundamentar la presente demanda y que la parte actora invoca como letras de cambio, resulta, —contrariamente a lo pretendido por dicha parte—, que aquellos no revisten ese carácter por faltar en ellos la firma del librador, requisito formal éste que resta a los documentos de repetida cita el valor jurídico como letras de cambio. Y tal y como lo tiene resuelto este Tribunal, nuestra Legislación Mercantil, al igual que otras del mismo tipo, enumeran los requisitos esenciales que debe contener la letra de cambio, llegando a asumir ese formalismo la categoría de "solemnitatem". Para la mayoría de los tratadistas, como enseña la doctrina, "la cambial o letra de cambio es un documento formalista". Para que surja la obligación cambiaria es preciso que se trate de una letra que tenga la consideración de tal; es decir que reúna todos los requisitos exigidos por la ley del país en que se extiende o en el que se hace valer. La letra de cambio es un título de crédito esencialmente formal: es un acto formal. En ellas la forma constituye la propia esencia, faltando o siendo defectuosa, el contenido carece del valor jurídico que se buscaba, porque la ley ha querido condicionar su existencia a la existencia de la forma"* (83).

De la sentencia ahora parcialmente transcrita

(83) Resolución No. 362 de 1970, cit.; en el mismo sentido la sentencia No. 321 de 1974, cit.; del Tribunal Superior Civil.

se colige que el inciso h) del artículo de comentario con su fórmula ambigua ha pretendido exigir como requisito esencial del título "la firma del librador".

El Reglamento Uniforme de Ginebra, como también la Ley Italiana y la Mexicana, como dijimos, usan, en las disposiciones ya citadas, el simple vocablo "firma". A tal propósito de los trabajos preparatorios de la Conferencia resulta que se consideró oportuna esta genérica fórmula para dejar campo a las legislaciones respectivas de especificar en cuáles términos la firma debía ser redactada. De ahí que el artículo 8 de la Ley de Cambio Italiana, valiéndose de la mencionada reserva, dispusiera que *"cada firma cambiaria debe contener el nombre y apellido o el nombre comercial de aquel que se obliga. Sin embargo, es válida la firma en la cual el nombre esté abreviado o indicado con la sola inicial"*. Pero nuestro Código, así como la Ley Mexicana, carece de una disposición similar; de ello se deduce que el legislador ha querido dar completa libertad al declarante a la hora de estampar su firma (84); es decir, no existiendo limitaciones ni formalismos, por firma debe entenderse el signo o signos gráficos que caracterizan individualmente a la persona del firmante. Por otra parte, una firma imaginaria, es decir ficticia, no invalidaría la letra (85) en obsequio al principio de la autonomía de las obligaciones singulares y de la seguridad de circulación del título, consagrado por el artículo 733. Pero si por el contrario la firma faltare, la letra de cambio resultaría inválida por carecer de un requisito esencial. Esta solución va aislada por el artículo 733, el cual parte del presupuesto de que el título contenga además firmas verdaderas o falsas, de personas reales o imaginarias, de capaces o incapaces, pero, en fin de cuantas siempre firmes; ahora, si el librador no firma el documento, él crea

una letra incompleta en sus requisitos y, por consiguiente, nula "erga omnes".

La firma debe ser, además, manuscrita, o sea puesta de puño y letra del que dice suscribir el título, en otras palabras, autógrafa —a diferencia del texto cambiario— con pluma, estilográfica o lápiz (86); y existir, como es lo lógico, momentos antes de la presentación del título para el pago (87).

Si la persona que se obliga es una sociedad —sujeto abstracto que no obra sino por medio de personas físicas— es necesaria la firma autógrafa de su representante, acompañada de la razón o denominación social del librado representado. Igual solución se impone en el caso del mandatario.

Normalmente la firma va colocada de conformidad a su misma etimología (suscripción), al pie del texto cambiario, porque precisamente se propone darle confirmación y, por lo tanto, no va inserta en el texto del mismo. Sin embargo, no obstante la exigencia que ella deba estar fuera del texto cambiario puede admitirse su colocación al margen o en cualquier otro lugar de la parte anterior del documento (88), porque la ley al respecto no dicta una regla rigurosa; y aún más, creemos que ella podría aún estamparse al reverso del título, siempre que no surjan dudas acerca de la cualidad del librador del firmatario, quien podría confundirse con un avalante o endosante (89). Al respecto, una sentencia de la Casación Italiana ha resuelto, que, *"en caso de duda, la cualidad del librador o avalante no puede ser determinada por la sola posición de la firma, sino que va deducida de todos los elementos resultantes del título"* (90).

Análogamente a cuanto se ha dicho con respecto al librado y al tenedor (91), varios sujetos pueden conjuntamente asumir la figura de libradores de la letra de cambio (92), es decir aparecer

(84) Nótese que en Italia, aún la firma del librado está comprendida por el formalismo cambiario de guisa que, si ella apareciere deforme del principio legislativo, la letra quedaría inválida porque faltaría "ab origine" un requisito esencial. No proponemos tan drástica disposición que peca a todas luces de absurda.

(85) A idéntico resultado se llega también en Italia, siempre que la firma imaginaria o ficticia reúna los requisitos del comentado artículo 8 de la Ley de Cambio.

(86) Al respecto, Casación Italiana No. 1536 del 10-5-1938: "La firma debe ser autógrafa del suscriptor, aún si el texto de la escritura ha sido compilado por otro, o con medios mecánicos"; ver también apelación de Torino del 7-7-1914.

(87) RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit., p. 300.

(88) Casi aislado en la doctrina figura el criterio contrario de LOPEZ DE GOICOECHEA, Francisco, "La letra de cambio. Su mecánica y su funcionamiento", Ed. Porrúa S. A., México, 1972, p. 45.

(89) En este sentido DE SEMO, G., op. cit., p. 308; Casación Italiana No. 2907 del 9-9-1968.

(90) No. 149, del 15-1-1940.

(91) Ver supra Nos. 36 y 41.

(92) DE SEMO, Giorgio, op. cit. p. 308; ANGELONI, V., op. cit. p. 56; RODRIGUEZ R., Joaquín, op. cit. p. 300.

como coobligados en igual grado o concomitante. Para la validez de sus firmas, valen en general las reglas ya expuestas: única deberá ser la suma, única la fecha de emisión y de vencimiento; y la cancelación de la firma de un coobligado dejaría intacta la obligación de los otros. Todos ellos son solidariamente responsables.

Estrechamente ligado al tema de la firma del librador, y que comprende en general los requisitos de validez de cualquier firma puesta en el título, es aquel de la representación cambiaria. Y en realidad, puede firmarse no en propio sino por cuenta y en nombre de otro, dirigiendo sobre el representado los efectos de la declaración, siempre que sean observadas al respecto las prescritas formalidades a tutela de la confianza de los terceros que adquirirán el título durante el ciclo de su vida cambiaria.

20. LETRA LIBRADA POR CUENTA DE UN TERCERO:

La letra puede ser librada por el librador sobre el librado aún por cuenta de un tercero (artículo 729).

El librador emite una letra en nombre propio, pero declara en el texto del título que la emite por cuenta de otro. Tal declaración no necesita de una forma preestablecida o taxativa; puede aún resultar, como frecuentemente sucede, del agregado "pagad y poned a cuenta del señor X", de quien generalmente se indican las solas iniciales, o no se transcribe del todo su nombre en el título.

Se actúa de este modo la emisión en virtud de un mandato sin representación según el cual el tercero (mandante), por cuenta del cual el librador (mandatario) la emite, no contrae ningún vínculo cambiario.

Caso que el librador firme como representante de un tercero, la letra es librada por cuenta ajena, por cuenta del tercero representado; pero en este acto resulta librada no sólo por cuenta, sino también en nombre ajeno, y por lo tanto, tomando en consideración la representación, obligado como librador es el tercero representado y no quien ha firmado por él como representante. En cambio, en la letra librada por cuenta de un tercero únicamente, librador es aquel que firma en nombre propio; sólo él permanece cambiariamente obligado como

librador a todos los efectos legales y la simple indicación del nombre del tercero, por cuenta del cual él libra, no vale para hacer recaer sobre el tercero los efectos de la obligación cambiaria.

En resumen, se trata de una cláusula que debemos clasificar en la categoría de aquellas "extra-cambiarias" (93).

La indicación del nombre del tercero sirve para que el librado se entere, antes de aceptar o de pagar, que la relación de "provisión de efectos", sobre la cual debe tener fundamento su aceptación, o su pago, corre entre él y el tercero y no entre él y el librador. En otras palabras, el librado que acepta o paga la letra por cuenta de un tercero, la acepta o paga por cuenta del tercero y no por cuenta del librador, y tiene derecho entonces de adeudarse o de acreditarse la suma frente al librador.

Así las cosas, frente al hecho del efectuado pago de la letra, el librado tendrá el derecho de compensar o de hacerse reembolsar la suma pagada por el tercero, por cuenta de quien la letra fue librada: pero la relativa acción, o excepción, no tiene carácter cambiario —como aquella que se funda en la relación de "provisión de efectos"— porque el tercero no ha firmado el título, ni el librador lo ha firmado a su nombre.

Además, la indicación sirve al librador para distinguir la letra librada por cuenta de un tercero, de aquellas libradas por cuenta propia, y, por lo tanto, para justificar, en caso de que sea constreñido cual obligado en vía de regreso a pagar la letra, una acción de reembolso contra el tercero.

Se aplican evidentemente las normas que regulan el mandato sin representación, por las cuales el mandatario está obligado personalmente frente a terceros, y el mandante frente al mandatario. Pero, mientras la relación entre librador (mandatario) y el tenedor de la letra es una relación cambiaria, aquella entre el tercero (mandante) y librador (mandatario) es una relación ordinaria de naturaleza civil. Ninguna relación, ni cambiaria, ni de alguna otra naturaleza, se forma entre el tercero, por cuenta del cual la letra es emitida, y el tenedor de la misma (94).

En cuanto a la justificación económica de dicha cláusula, bastará notar que el tercero puede tener interés en muchos casos: 1) una persona,

(93) Ver *supra* No. 25.

(94) DE SEMO, G., *op. cit.*, p. 283; ANGELONI, V., p. 80.

cuya posición social y crediticia le prohíbe poner en circulación numerosos efectos, puede encargar a un intermediario de librar por su cuenta una letra sobre su deudor; 2) en las relaciones entre deudor y acreedor, cuando el primero es a su vez acreedor de un tercero, para evitar la emisión de dos letras él pedirá a su acreedor de librar una letra sobre el tercero; etc.

21. NECESIDAD DE QUE LOS REQUISITOS FORMALES ESENCIALES ESTEN ESCRITOS EN EL TÍTULO:

Los requisitos esenciales deben aparecer en el título, al igual que las restantes declaraciones cambiarias (95). Así, el endoso deberá consignarse en la letra de cambio o bien en una hoja adherida a la misma o suplemento (artículo 740, párrafo 1); *"la aceptación se escribirá en la letra de cambio"* (artículo 750, párrafo 1); *"el aval se hará constar en la letra de cambio o en un suplemento"* (artículo 756, apartado 1); *"la aceptación por intervención se hará constar en la letra de cambio e irá firmada por el que intervenga"* (artículo 769); *"el pago por intervención deberá hacerse constar en la letra con indicación de la persona en cuyo favor se haya efectuado"* (artículo 774); etc.

Si uno o varios de los requisitos esenciales faltare, el título (establece el artículo 728, párrafo 1) no valdrá como letra de cambio, salvo los casos previstos en los restantes párrafos, a saber:

- a) La letra sin indicación de vencimiento se considera pagadera a la vista.
- b) A falta de indicación especial el lugar designado junto al nombre del librado se considerará como domicilio de éste y como lugar de pago.
- c) La letra en la que no está indicado el lugar de emisión se considera firmada en el lugar designado junto al nombre del librador.

Son todas estas presunciones o interpretaciones legales de la voluntad del declarante dirigidas a la "conservación" de la validez del título y que, a la vez, constituyen "sustitutivos" de los datos materialmente omitidos.

Pero si se trata de carencia de requisitos diversos a los mencionados, o si las lagunas ahora comentadas no pueden colmarse con el auxilio del tenedor del título, o si la indicación del vencimiento es defectuosa, el rigor cambiario impone la inexorable sanción de la nulidad de la letra como tal: nulidad objetiva, no sólo oponible erga omnes por cualquier deudor, sino declarable de oficio por el juez, quien no podría reconocer la característica eficacia cambiaria (fuerza ejecutiva, solidaridad de los firmatarios, etc.) a un título formalmente incompleto o irregular.

22. EVENTUAL EFICACIA JURIDICA DEL TÍTULO QUE, POR FALTA DE ALGUN REQUISITO FORMAL, NO VALGA COMO LETRA DE CAMBIO. SOBRE SI PUEDE APLICARSE O NO EL INSTITUTO DE LA CONVERSION DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS:

Cabe preguntarse aquí, ¿qué cosa queda del título cambiariamente nulo por falta de algún requisito formal?

La ley establece (artículo 728) que el título defectuoso *"no valdrá como letra de cambio"*. Y surge así la interrogante si éste será un típico ejemplo de "conversión de los negocios jurídicos"; y a nuestro modo de entender la respuesta afirmativa es la más fundada: si la conversión consiste en el cambio de un negocio inválido, con el concurso de los elementos que lo componen, en otro válido, de ello deriva que de conversión puede lógica y perfectamente hablarse ante la declaración o las declaraciones cambiarias carentes de dicho valor, siempre que las indicaciones que se le den en el título inválido resulten idóneas a generar una obligación de naturaleza civil. A dicho efecto, es necesario al menos la firma del librador o del librado aceptante acompañada de la especificación de la suma. En tal caso nos encontraríamos ante un documento privado, fuente de obligaciones, asistido de todas las excepciones que el deudor resultante del título hubiere podido oponer a su averse causa inmediato: tal obligación no tendría carácter abstracto,

(95) Así lo establecen, entre otras, las siguientes sentencias, ya citadas, todas del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, excepto la primera que lo es del Tribunal Superior Civil: No. 586 de 1973; No. 446 de 1971; No. 820 de 1970; No. 484 de 1970; No. 362 de 1970; No. 834 de 1969; y, principalmente, la sentencia de Casación italiana No. 439 del 6 de marzo de 1962. Todo esto como consecuencia del principio de literalidad de los títulos.

como aquella que emana de una letra de cambio válida, sino causal (96) (97).

Pero recientemente, en el ámbito de la interpretación del artículo 2, apartado 1 de la Ley de Cambio Italiana —que contiene una disposición idéntica a la nuestra (98)— se ha especificado que el documento privado en que se resuelve una letra nula tendría únicamente eficacia probatoria (de prueba escrita o de principio de prueba por escrito respecto a la existencia y a la medida de la obligación fundamental (99)); dicha objeción nace del tenor del artículo 1424 del Código Civil Italiano del 42 según el cual la conversión se podrá operar si, en atención a la finalidad perseguida por las partes, deba sostenerse que ellas la habrían querido si hubieran conocido la nulidad (100). Pero careciendo nuestro ordenamiento jurídico de una norma equivalente al citado número del Código Civil Italiano, este argumento no tiene aquí ningún interés.

En favor de la tesis de la conversión se pronuncia la propia letra de la ley que, afirmando que "el documento que carezca de algunos de los requisitos que se indican en el artículo precedente no valdrá como letra de cambio. . ." (el subrayado es nuestro), implícitamente declara que él "puede" valer como otra cosa que no sea letra de cambio. Se trata entonces de un caso de conversión legal y sustancial (no probatoria).

Interesantes resultan al respecto las observaciones del Profesor De Semo, con base en las elocuciones de Bonelli (101): *"En la práctica es necesario indagar cuál es la laguna esencial del título. Si falta la firma del librador o del aceptante o la indicación de la suma, el documento carece de valor. Si falta o es incompleta la fecha, o es incierto*

o imposible el vencimiento, o falta la designación del lugar de pago y no se lo puede suplir con la mencionada presunción de ley, pero existe la denominación de "letra de cambio" o de "pagaré", o, agregamos la cláusula "a la orden", tendremos un título al crédito no cambiario transmisible por endoso. Si falta el nombre del tenedor, la posesión del título deja presumir que la obligación es contraída frente a quien lo exhibe, salvo prueba en contrario. Si falta la indicación del nombre del librado, y fue inserta la expresión "pagad", la cambial parecería válida, porque asumiría la figura del pagaré" (102).

23. EL PROBLEMA DE LA INVALIDEZ DE LAS FIRMAS CAMBIARIAS Y DE LAS ALTERACIONES DEL TEXTO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LAS OTRAS FIRMAS VÁLIDAS:

Pero, después de haber investigado las exigencias formales de la letra de cambio y las consecuencias de su trasgresión en relación a la invalidez del título, nos toca ahora, dentro del diseño sistemático de estas notas, investigar las repercusiones de la invalidez no ya del entero título como tal sino la de una parte o sección del mismo: me refiero a la invalidez de una o más declaraciones singulares en relación a otras firmas en sí mismo válidas, y, además, los límites de la intervención de cada firmatario en caso de alteración del texto cambiario. La ley se ocupa de ambos problemas (artículos 733 y 737) y ofrece una solución coherente, en la primera hipótesis, al ya ilustrado principio de la autonomía de las respectivas obligaciones cambiarias, y en la segunda, a ese mismo principio y al de la literalidad del título.

(96) Ver en este sentido DE SEMO, Giorgio, op. cit., ps. 339 ss.; BONELLI, op. cit., No. 88; MOSCO, Luigi, "Conversione del negozio giuridico", Jovene, Napoli, 1947, No. 86; BETTI, Emilio, op. cit., No. 61, p. 320; LESCOT, op. ult. cit., No. 41; en contra, principalmente, ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 63; sobre la conversión de los negocios jurídicos en general ver, magníficamente, CARIOTA FERRARA, Luigi, op. cit., ps. 310 ss.

(97) No tenemos noticia de que nuestros Tribunales se hayan pronunciado en favor o en contra de la prospectada tesis de la conversión. La jurisprudencia italiana sí se ha referido varias veces a este tema: Casaciones No. 3464, del 7-8-35; No. 1814 del 14-7-1943; No. 3878 del 31-12-1953; No. 976 del 5-4-1956; No. 1825, del 20-5-1957; No. 3731 del 19-11-1958; No. 1346 del 6-6-1959; No. 1400 del 30-5-1960; No. 2193 del 22-10-1965; No. 398 del 18-2-1967; etc. En todos estos fallos, los Jueces italianos se pronuncian favorablemente respecto a la tesis de la conversión en el sentido de que ya sea la letra de cambio o el pagaré o el cheque, nulos por defecto de requisitos, tienen la eficacia de un reconocimiento de deuda hasta la suma indicada: "Una promesa de pago que hace presumir la existencia de la relación fundamental, hasta prueba en contrario de parte del deudor", BIANCHI D'ESPINOSA, op. cit. p. 63. Otras sentencias, siempre de la Casación Italiana, le reconocen a los repetidos títulos validez de prueba escrita o de principio de prueba por escrito: No. 106 del 15-1-1937; No. 1748 del 29-5-1940; No. 3109 del 19-12-1940; etc.

(98) "Il titolo nel quale manchi alcuno dei requisiti indicati nell'articolo precedente non vale come cambiale. . .".

(99) Ver las sentencias de la Casación Italiana indicadas en la última parte de la nota 149.

(100) En este sentido, y casi aislado en la doctrina italiana, ver ANGELONI, Vittorio, op. cit., p. 64.

(101) Op. cit., No. 88, texto y notas 3 y 7.

(102) Op. cit., p. 341.

Son varias las hipótesis posibles de invalidez de una o más declaraciones cambiarias. La ley, en el citado 733, hace un elenco vastísimo concluyéndolo con una fórmula general en la que se incluyen todos los posibles casos de firmas inválidas:

- a) Incapacidad del sujeto al obligarse cambiariamente. De la incapacidad cambiaria se ha ya someramente hablado en otra sede (103). (Se trata de invalidez oponible erga omnes pero que, si bien concierne a la firma del librador, no mella la eficacia de las obligaciones de los otros sujetos del nexo cambiario).
- b) Firmas falsas o de personas imaginarias. Firma falsa es, en general, aquella que reproduce el nombre de una persona existente, pero ejecutada por un sujeto diverso. El concepto de firma falsa es análogo al de firma falsificada, no obstante que, en sentido más específico, la segunda expresión puede referirse a una firma alterada, sea con un añadido (por ej.: del nombre de un socio o de la designación de una sociedad), sea con la eliminación del añadido mismo. Pero lo cierto es que, según el significado lexicológico del vocablo, "falsificar" es el acto de cumplir lo falso, de modo que, firma "falsificada" corresponde sustancialmente a firma "falsa" (104). Firma ficticia es, por el contrario, aquella de una persona imaginaria (como dice la ley), es decir, de una persona inexistente en la realidad, o inexistente en la intención del firmatario, y que, por la falta de cualquier relación de negocios con el autor de la firma, o con el librado, o con el tenedor, etc. no va dirigida a la concreta engañosa individualización de un sujeto. La designación imaginaria no es por ello menos dañina y peligrosa que una firma falsa porque, aumentado el número de los aparentes obligados, puede reverberar sobre la fe del adquirente del título, y, además, porque obstaculiza o entraba la realización del crédito cambiario a causa de las laboriosas y

vanas búsquedas del fantástico deudor (105).

- c) Firmas que por cualquier otra razón no pueden obligar a las personas que hayan firmado la letra de cambio o con cuyo nombre aparezca firmada. Habida cuenta de los casos anteriores, se trata aquí de los restantes casos de invalidez de firma: es decir, desde el punto de vista formal, firmas irregulares o no autógrafas; desde el punto de vista sustancial, firmas generadoras de obligaciones nulas porque asumidas bajo el impulso de "vis corpore illata" (violencia física, estado de hipnosis, etc.); o por pseudo-representante, o anulables por vicio de la voluntad (error, violencia moral, dolo) del firmatario; en pocas palabras, cualquier firma susceptible, de parte del firmante, de eficaz excepción real o personal, absoluta o relativa.

Se trata en todos estos casos de invalidez oponible erga omnes, pero que, si bien referida a la firma del librador, no mella la eficacia de la de los restantes sujetos del nexo cambiario, que permanecen válidas: y ello en aplicación del cardinal principio de la autonomía de las respectivas obligaciones cambiarias.

Pero la aplicación del sistema ahora descrito desaparece frente al portador de mala fe (106), como el falsificador mismo o quien al momento de adquirir el título conocía la falsificación (artículo 744). En tal hipótesis al obligado, y también al librado no aceptante, corresponde el derecho de rechazar el pago, y de repetirlo si lo hubiera ya realizado, en coherencia a los principios del pago indebido (artículo 803 Código Civil). La prueba de la mala fe del tenedor correspondería al obligado.

Otro serio problema resuelto por la ley (artículo 737) concierne el caso de alteraciones al texto de la letra, realizadas anterior o sucesivamente a la firma de uno o varios obligados. Este caso es bastante común en la práctica, ya que tanto un obligado como un tenedor pueden ser movidos a cambiar maliciosamente las indicaciones referen-

(103) Ver *supra* No. 27.

(104) Ver DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 343.

(105) Ver DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 343.

(106) En este sentido, DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 345; BONELLI, op. cit., No. 346; NAVARRINI, U. - PROVINCIALI, R., op. cit., No. 105; LESCOT, op. cit., No. 8.

tes, por ejemplo, a la fecha, al vencimiento, al lugar de pago o al importe de la suma.

Muchos problemas surgieron en esta materia. Así las cosas, la Conferencia de Ginebra consideró oportuno intervenir en el delicado tema, aprobando un artículo del Reglamento —el 69— correspondiente al artículo 88 de la Ley Italiana y al citado 737 de la nuestra, así formulado: *"En cas d'altération du texte d'une lettre de change, les signataires postérieurs a cette altération sont tenus dans les termes du texte altéré, les signataires antérieurs le sont dans les termes du texte original"*. Pero los redactores de la Ley Cambiaria Italiana le agregaron, para "integración y coordinación" el siguiente párrafo: *"Qualora non risulti del titolo o non si dimostri che la firma sia stata apposta prima o dopo, si presume che sia stata apposta prima"* (107).

En un primer aspecto, la norma de comentario salvaguarda el carácter autónomo de las respectivas obligaciones cambiarias —al igual que el 733 arriba estudiado—; protege también al principio de la literalidad, que distingue los títulos-valores en general y los cambiarios en particular. Si por el principio de la literalidad cada firmatario resulta obligado en cuanto ha escrito y en los límites de lo escrito (108), de ello deriva la límpida consecuencia que la fijación de su responsabilidad sucede en el momento mismo de la firma, dentro del marco del texto existente, que él asevera conocer y aprobar,

y a los elementos del cual es de rigor recurrir para determinar la importancia de la obligación. De modo que es perfectamente lógico que cada firma sucesiva a la alteración implique adhesión al texto que resulta; mientras que, por otra parte, el principio de la literalidad entrelazándose con el de la autonomía hace que la inmutabilidad del texto originario, en el que se habrían introducido las obligaciones antecedentes, no pueda reflejarse ni sobre la validez, ni sobre la existencia o el modo de las obligaciones sucesivas.

Tampoco se aplica la disposición de comentario al portador de mala fe (109), como el alterador mismo o quien al momento de adquirir el título conocía la alteración. También aquí debemos exigir este extremo, que tiene la práctica ventaja de detener o frenar el movimiento de títulos alterados.

Examinemos ahora brevemente el término "alteración" que constituye una especie del género "modificación del texto": ésta es el cambio de datos esenciales o de cláusulas del título; alteración es cualquier modificación ilícita del texto. Y decimos ilícita porque existen otras admitidas por la ley: así, la cancelación del nombre hecha por el librado-aceptante antes de restituir la letra al librador o al tenedor (artículo 754); la cancelación del propio endoso y la de los subsiguientes que el título garantizaba, hecha por el endosante que haya rescatado el título (artículo 790), etc.

(107) Este párrafo fue introducido para solventar las notables dificultades que surgen respecto a la alteración en el campo de la prueba, ya que toca a los firmatarios anteriores probar la alteración, así como toca al tenedor, una vez constatada ésta o siendo ella evidente, probar la anterioridad de la misma respecto a la firma del convenido, o que éste la conocía al momento de la firma. Pero el artículo 737 no es sino copia del principio contenido en el 676 aplicable a los títulos-valores en general; sólo que este último sí contiene, textualmente, el añadido realizado en el texto italiano aquí examinado; y no vemos porqué razón este principio general no pueda ser aplicado al específico campo de la letra de cambio.

(108) Ver supra No. 7.

(109) DE SEMO, Giorgio, op. cit., p. 347; NAVARRINI, U. - PROVINCIALI, R., op. cit., No. 105.



RIÑA Y AGRESION*

Dra. Gladys Díaz Delgado (coordinadora)
Lic. Víctor E. Soto Cruz
Licda. Mayra Zeledón
Licda. Ofelia Vincenzi
Lic. Bernal Chavarría

CONTENIDO:

Riña	84
La riña: antecedentes históricos, doctrinarios y generalidades	84
Conclusiones	88
Apéndice de jurisprudencia	88
Bibliografía	91

* Este trabajo comprende un estudio somero de los delitos de riña, agresión con armas y agresión calificada, previstos y sancionados en los artículos 139, 140 y 141 del Código Penal de 1970.

RIÑA

ARTICULO 139: Se impondrá de cinco a cuarenta días multa o prisión de dos a seis meses al que tomare parte de una riña en la que intervinieren dos o más personas.

Si en la riña resultare la muerte de alguno sin que se determine quién o quiénes fueron los autores, se impondrá prisión de tres a seis años a los que ejercieron violencia física sobre la persona del ofendido o intervinieron con armas. Si resultaren lesiones gravísimas la pena será de dos a cinco años de prisión; si fueren graves, de uno a tres años y si fueren leves, de seis meses a un año.

AGRESION CON ARMAS

ARTICULO 140: Será reprimido con prisión de dos a seis años el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego. Si concurriere alguna de las cir-

cunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente, a juicio del juez.

AGRESION CALIFICADA

ARTICULO 141: Si la agresión consistiere en disparar un arma de fuego contra una persona sin manifiesta intención homicida, la pena será de seis meses a un año de prisión. Esta pena se aplicará aún en el caso de que se causare una lesión leve. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena respectiva se aumentará o disminuirá a juicio del juez.

LA RIÑA: ANTECEDENTES HISTORICOS, DOCTRINARIOS Y GENERALIDADES.

Desde tiempo de Roma, se trató de diferenciar la riña de los delitos de homicidio y lesiones. Siempre se consideró que la riña es un acontecimiento súbito y tumultuario que impide que sus partícipes actúen con dolo determinado. En efecto, las características de la conducta de los participantes está en que se entremezclan una serie de acciones para repeler y acometer el ataque de otro. De ahí que desde el punto de vista doctrinario se considere que todo el que interviene en riña lo hace con dolo indeterminado.

En Roma, se consideró que la riña se producía generalmente por ofensas de hecho y de palabra, las cuales enardecían los ánimos y en un acto casi instintivo o impulsivo de la pasión los contendientes se avalanzaban para agredirse recíprocamente. Esta reciprocidad y esta forma de impulso volitivo, hizo que siempre se le sancionara con pena inferior

a la establecida para los delitos de homicidio y lesiones.

La riña se diferencia de los delitos mencionados anteriormente, sea, del homicidio y de las lesiones, en que en esa figura delictiva se requieren dos condiciones: una positiva y la otra negativa.

Las positivas son: Que resulte de la riña muerte o lesiones y haber ejercido violencia sobre la persona del ofendido. La segunda condición, consiste en haber ejercido violencia sobre la persona del ofendido aunque otras leyes se refieren solamente a la participación en la riña y de ella hacen la figura del delito consistente en tomar parte en una riña de la cual deriva una muerte.

En cuanto a las condiciones negativas, es la que no conste quiénes causaron la muerte o las lesiones. La expresión quiénes la causaron debe entenderse en el sentido jurídico de la causación, sea, la

acción humana conforme con el contenido acordado que tiene ese concepto en las teorías de la causalidad que no quiere decir sin que constare quiénes materialmente infirieron las heridas, sino más bien sin que conste quiénes fueron los autores, ya que sabemos que autor y causa son cosas totalmente distintas.

En los tiempos modernos y mediante el análisis hecho por los juristas alemanes, se considera que la riña se castiga no en virtud del acto realizado y querido, sino por su resultado. De ahí que basta haber puesto manos sobre la persona que resultó herida o muerta para que sea autor del delito de riña.

Soler sostiene que en el delito de riña se sanciona no solamente por el resultado sino también porque el simple hecho de participar en la riña supone la aceptación tácita o implícita de ese resultado. Mas, como en la riña adquiere importancia para el Derecho Penal cuando se ignora quién o quiénes fueron los autores del hecho de sangre; y como existe la presunción de que todos pusieron su contribución al resultado, aún cuando la acción aisladamente de cada uno de los participantes no hubiere sido capaz de ocasionar la muerte o lesión, esta participación o autoría, por su naturaleza y porque la intervención del partícipe no va dirigida a producir el golpe mortal o la lesión, tanto en la doctrina como en las legislaciones, hace que la sanción sea privilegiada con referencia a la establecida para el homicidio o las lesiones.

Núñez es del criterio de que para que se configure en la riña o agresión punible, precisa que concurren los siguientes requisitos:

- a) que exista una riña o agresión de tres o más personas;
- b) que tenga un resultado mortal o lesivo;
- c) que no conste quiénes causaron la muerte o lesión; y
- d) que conste que alguno de los participantes ejerció violencia sobre la persona del ofendido.

De ahí se infiere que para que haya riña se requiere la concurrencia de tres o más personas que en forma tumultuaria y súbita se agreden recíprocamente y de la cual una o varias de ellas resulta muerta o lesionada. La agresión también participa de los mismos requisitos; pero se diferencia de la riña en que el agredido no opone resistencia a sus agresores. Sólo resta agregar que materialmente se requieren vías de hecho peligrosas para la incolumidad corporal y no un simple altercado. No

es exigencia que los contendientes peleén cuerpo a cuerpo, en inmediato contacto entre sí, sino que la reyerta o agresión puede realizarse a distancia siempre y cuando las acciones se desenvuelvan tumultuariamente, lanzándose sin orden ni concierto piedras, lanzándose proyectiles, etc.

a) Resultado mortal o lesivo:

Agrega, Núñez comentando la legislación argentina, que para que la riña o agresión sea punible es preciso que de ella resultare muerte o lesiones. Sin resultado de sangre no hay delito. Ese resultado es el que lo consuma.

La muerte o lesión debe provenir de las acciones realizadas por cualquiera de las partes contendientes en la riña o bien por los atacantes en la agresión.

En cuanto a esto, la legislación de Costa Rica se separa de la argentina, porque el artículo 139 sanciona como delito de peligro la simple participación en riña.

Sigue diciendo Núñez:

"Si en lo que inicialmente fue una agresión por la unilateralidad de acometimiento, resulta muerto o lesionado uno de los contendientes y se prueba que el atacado terminó por ejercer violencia contra el muerto o herido, el caso deberá resolverse por las reglas de la riña, salvo que el agredido esté en situación justificada o en exceso de ella.

No se desprende de la riña o agresión, los efectos de sangre producidos en y durante ella provenientes de causas que le son ajenas. Así vemos que si uno de los que riñen muere en el momento de la riña y en el lugar de ella por haber terminado su lapso de vida; o muere de una apoplejía no causada por la riña; o lo mata la bala disparada por una persona que no participa en la riña.

Tampoco resulta de la riña o agresión la lesión o muerte, si por causas ajenas a ella cae una cornisa sobre la cabeza de uno de los contendientes y la ocasiona.

El resultado de sangre puede tener como víctima a una persona distinta de las que intervienen como agresores en la riña o agresión. Es el caso por ejemplo de que se le dé muerte a un policía que interviene en cumplimiento de su obligación de trabajo. Pero también puede tener como víctima a un tercero que es ajeno a la riña o de la agresión. Es el caso del curioso que es herido por un proyectil. La ley no exige que se maten o lesionen los autores de la riña o que la agresión tenga uno de esos resultados, sea quien sea la víctima.

Por otro lado, los requisitos lesivos o mortales

pueden multiplicarse sin que se multiplique forzosamente la delincuencia porque no constituyen hechos principales sino resultados del hecho principal de la riña o agresión, cuya unidad se mantiene si no es interrumpida por soluciones de continuidad que, con arreglo a las circunstancias, destruyen la individualidad de su contexto.

b) No individualización del autor de la muerte o lesión.

Desde el punto de vista material, la especialidad del homicidio o de las lesiones en riña, consiste, precisamente en no saberse quién fue el autor de las heridas o de la muerte. Una vez que se llega a determinar quién o quiénes fueron los autores, el caso especial desaparece y queda el delito sometido a las reglas del homicidio o de las lesiones. Así pues, mientras se desconoce quién consumó la lesión o la muerte, no es posible imputar una lesión o un homicidio y sólo será atribuible una riña o agresión, aunque lo sea por sus efectos.

c) Identificación de los autores de violencias sobre el ofendido.

Al respecto, las legislaciones siguen dos criterios para castigar a los contendientes en una agresión o riña punible atendiendo a un resultado lesivo o mortal. A veces castigan la simple intervención en la riña o agresión. Otras, sólo castiga a los participantes que han ejercido violencia o puesto las manos sobre el ofendido. (*Tratado Derecho Penal Argentino, Tomo III*).

De conformidad con lo que dispone el artículo 139, si en la riña resultare la muerte de alguno sin que se determine quién o quiénes fueron los autores, se impondrá prisión de tres a seis años, a los que ejercieron violencia física sobre la persona del ofendido o intervinieron con armas. Si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de dos a cinco años de prisión; si fueren graves, de uno a tres años y si fueren leves, de seis meses a un año.

Ahora bien, precisa señalar qué se entiende por violencia física. Ejercer violencia sobre las personas tanto quiere decir violencia física (véase de hecho) ejercida encima de la persona del ofendido por ejemplo: golpear, maltratar, empujar, etc., como violencia física dirigida contra el ofendido, como la acción de acometimiento, aunque no sea a mano armada.

Por lo tanto, implica violencia sobre la persona del ofendido los disparos de arma que se le dirigen, las piedras que se le arrojan, los puñetazos que no lo alcanzan. Pero —entiéndase así— no implican esa violencia las ejercidas sobre personas distintas de la

ofendida o de los actos de violencia que no tienen un sujeto pasivo determinable, por ejemplo, los disparos al aire.

Dato importante en este delito es el hecho de no darse los principios de la participación criminal, porque de darse éstos, ya no se estaría en presencia de una riña en el que el autor del resultado se desconoce; porque si existiera participación entre los contendientes, la culpabilidad de cada uno de ellos no le sobrevendría por las razones antes apuntadas, sino en virtud de esa misma participación.

Es de recordar aquí, que, para que exista participación precisa el acuerdo previo de los participantes en la realización de un hecho en común. Y como se dijo al inicio de este trabajo, en la riña no puede darse ese acuerdo previo de realizar un hecho en común, sino que la participación aparentemente objetiva que existe resulta de la naturaleza súbita y tumultuaria de la riña.

CODIGO PENAL DE COSTA RICA

Agresión:

El Código vigente siguió casi al pie de la letra los lineamientos del proyecto de reforma del Código Penal argentino de Sebastián Soler, quien logró convertirlo en ley en la República de Guatemala.

Lo primero que se nota de estos lineamientos y que nuestro Código toma es la eliminación del delito de agresión como una manifestación o modalidad de la riña tumultuaria. De manera que la agresión se contempla como una simple figura de peligro concreto contra la vida e integridad de las personas. De este modo, vemos que en el artículo 140 se sanciona la agresión con cualquier clase de armas, sea ésta cortante, punzocortante o contundente, aún cuando ese uso no dé por resultado una lesión.

También se establece la agresión con arma de fuego, pero en un sentido más amplio, ya que basta el simple hecho de amenazar sin hacer uso del arma, dándose así, en realidad, una forma de delito contra la libertad y que pareciera confundirse con las figuras de los artículos 194 y 195.

En efecto, la amenaza con arma es siempre paralizante y esta paralización en sí misma atenta contra la libertad, entendida ésta no solo desde el punto de vista del movimiento corporal sino también el de impedirle a uno hacer lo que se quiere y que no está prohibido ni obligado.

Esta similitud de la figura del artículo 140, en

cuanto dice: *"Será reprimido con prisión de dos a seis meses, el que agrediere a otro. . . , o el que amenazare con arma de fuego"*, se pone de manifiesto con la sola lectura o comparación de esa norma con lo que disponen los artículos 194 y 195. Sino véase:

ARTICULO 194: *"Será sancionado con diez o cincuenta días multa, el que hiciere uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amenazar a una persona. (Amenazas).*

ARTICULO 195: *Esta pena se aplicará aumentada al doble sus extremos mayor y menor, si el hecho fuere cometido con armas de fuego. (Amenazas agravadas).*

Somos del criterio que para eliminar la anterior repetición de acciones que dan lugar a la formación de figuras como las de comentario, sería más conveniente eliminar la amenaza con arma de fuego de la agresión, para que esta amenaza quede, en su forma nítida, como un atentado a la libertad de determinación.

El artículo 141, describe la figura delictiva que se conoce en doctrina como disparo de arma de fuego. Consiste en disparar contra una persona con un elemento subjetivo-negativo cual es el de hacerlo sin intención de matar. Esta figura tiene en nuestro Derecho relevancia porque en ella se concentra o completa la tentativa de lesiones; pues, es evidente que el que dispara sin intención de matar, lo hace con la intención de lesionar y en la misma su acción se perfecciona por circunstancias ajenas a su voluntad. Mas, consideramos que se comete un error técnico en la parte final del primer párrafo, al establecer que siempre se regirá la calificación y castigo de la acción emprendida por lo dispuesto en el artículo 141, cuando la lesión causada fuere leve. Y esto lo decimos porque si se produjo lesión y ésta configura el tipo establecido para el artículo 125 (lesiones leves), resulta extraño, si le damos a la figura de arma de fuego el atributo de hacer las veces de tentativa de lesiones, que habiéndose cometido y consumado una lesión de las que constituye delito, se esté, a pesar de ello, sancionando la acción punible por el referido delito de disparo de arma de fuego.

Para evitar que el disparo de arma de fuego quede sancionado con pena mayor a la establecida para las lesiones leves, debe para estas últimas elevarse la escala, de manera que la lesión leve siempre esté sancionada con una pena mayor que la establecida para el disparo de arma de fuego.

Dice el artículo 139: *"Se impondrá de cinco a cuarenta días multa o prisión de dos a seis meses, al que tomare parte en una riña en la que intervinieren dos o más personas"*.

Riña:

Antes de entrar a analizar esta forma delictiva, nos llama poderosamente la atención que conforme a la redacción del artículo, pareciera que lo que se sanciona es tomar parte en la riña en que intervinieren dos o más personas. De manera que quedaría sin sanción los autores principales de la riña, sea, aquellas personas que pelean entre sí. Y esto lo decimos porque la acción delictiva está determinada por el verbo tomar parte en una riña; de suerte que deja por fuera de la sanción, como se tiene dicho, a los otros participantes de esa riña.

Es claro que bien sabemos que eso no fue lo que se quiso decir. Lo que ocurre es que la redacción es confusa o poco feliz. Además, la definición no indica la clase de riña que sanciona; pues, en el concepto común, riña es pendencia, combate entre uno y otros y a veces también se entiende por riña el simple combate singular o pleito. De modo que como esta no es la riña a que alude el Código, consideramos conveniente que al definírsele se le diga concretamente que se trata de la riña súbita y tumultuaria.

El artículo 139, siguiendo los lineamientos del proyecto de Soler, sanciona no solamente a los participantes activos de la riña, como son los que se lán a golpes o con armas, sino también a todas aquellas personas que sin intervenir directamente en la riña participan en la misma. De manera que con base en el artículo 139, merece sanción toda aquella persona que intervenga en cualquier forma en la riña.

Es por esta razón que el artículo para involucrar a los terceros que no toman participación activa en la riña, no dice al que tome parte en una riña en que intervengan dos o más personas. Lo que ocurre, como ya se tiene dicho, es que la definición dada no está al alcance de lo que se quiere decir. De ahí que propongamos modificar el artículo 139 de comentario, de manera tal que abarque todos los requisitos antes indicados.

Tal vez podría redactarse el artículo así:

ARTICULO 139: *"Se impondrá de cinco a cuarenta días multa, o prisión de dos a seis meses, a los partícipes en*

una riña súbita y tumultuaria; así como todas aquellas personas que tomaren parte en la misma, sin una intervención directa”.

Recuérdese que la primera parte del artículo 139, es una figura de peligro y de ahí que baste la simple participación en riña para ser acreedora de la sanción.

Esta figura de peligro tiene el inconveniente de establecer una pena alternativa de días multa o prisión en la que la prisión nos parece sumamente elevada (de dos a seis meses) si se toma en cuenta que en la mayoría de las legislaciones extranjeras, entre ellas la argentina y lo que ocurría en el Código de 1941, la riña se contempla como una simple contravención.

CONCLUSIONES

(Riña y Agresión)

Sometemos a consideración del plenario la siguiente ponencia:

PRIMERA: Modificar el artículo 139 del Código Penal, para que se lea así:

ARTICULO 139: “Se impondrá de cinco a cuarenta días multa, o prisión de dos a seis meses, a los partícipes en una riña súbita y tumultuaria; así como todas aquellas que tomaren parte

en la misma, sin una intervención directa”.

SEGUNDA: Eliminar del párrafo primero del artículo 140, la frase que dice así: “o el que amenazare con arma de fuego”.

TERCERA: Sustituir la escala penal de lesiones leves del artículo 125, por prisión de seis meses a un año y seis meses”.

* * * *

APENDICE DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

Boletín 221, nota 2148

LEGITIMA DEFENSA — DE UN TERCERO — PROCEDENCIA.

Nuestra legislación penal autoriza la eximente de legítima defensa cuando ésta se efectúa en favor de terceros, sin que interese en este caso que se tratara de una riña en la que estaba envuelta la concubina del acusado, porque el cuadro que se ofreció a éste fue el de una agresión ejecutada por el ofendido, agresión que era de carácter ilegítimo pues la aceptación de la riña no constituye derecho o título para agredir a otro, aunque la agresión tenga carácter recíproco.

Código Penal, artículo 28. 1974. Sala de Casación. No. 174 de las 14:45 hrs. del 20 de noviembre. Causa contra A.M.J.Q. y otro en perjuicio de R.O.R.

Revista Judicial No. 2. — Notas 1763, 1983 y 1984. **HOMICIDIO CALIFICADO — PENA.**

Tomando en cuenta que el reo es una persona

de ambiente rural, para quienes el salir vencidos en una riña, afecta su dignidad y hombría frente a los vecinos de la localidad, se rebaja a quince la pena de dieciocho años impuesta el delito de homicidio calificado, ocurrido después de estas riñas.

1975. Tribunal Superior Penal, Alajuela No. 372 de 14:20 hrs. del 21 de agosto. Causa seguida contra T.C.V. por el delito de homicidio calificado en perjuicio de A.D.E.

RIÑA — LESIONES — ACUMULACION (1983).

Es improcedente absolver al inculcado por el delito de lesiones, si el ofendido perdió un ojo como resultado de una riña en la que participó el primero, pues si no se ha podido probar que el acusado fuera el que produjo la lesión, lo que procede es aplicar la norma que regula el caso de que en una riña en la que intervienen dos o más personas, se produzca una lesión, sin poderse determinar indubitadamente quién fue su causante, por lo que la causa debe acumularse con la que se sigue

contra otros participantes por el delito de riña, calificándose la acción como riña con resultado de lesiones graves.

Código Penal, artículo 129. Código de Procedimientos Penales, artículo 33.

RIÑA — LESIONES — ACUMULACION DE ACCIONES (1984).

Seguir causa aparte contra el encartado por el delito de lesiones provocadas como resultado de una riña en la que participó junto con otras personas, resulta improcedente pues se rompe con la continencia de la causa, pudiendo quedar impune un hecho delictuoso, toda vez que si se absuelve o sobresee en favor del sujeto activo por las lesiones, mal podría condenársele por la riña; de ahí que lo procedente es acumular ambas acciones calificándose el delito como riña con resultado de lesiones graves.

1975. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 967 de 16:10 hrs. del 10 de setiembre. Causa por el delito de lesiones gravísimas contra J.J.S.Q. en daño de M.Z.M.

LESIONES — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

No se advierte ausencia de uso de las reglas de la sana crítica por parte del juzgador que al fallar acerca del autor de las lesiones producidas en una reyerta, toma en cuenta el testimonio de varios testigos, algunos de los cuales no vieron quién hirió al ofendido, pero sí recogieron la impresión entre los circundantes de la reyerta de que fue el indiciado quien causó las lesiones, coincidiendo esto con el dicho de otros declarantes y teniendo en cuenta que las demás personas que participaron en la riña eran hermanos del ofendido y no es lógico pensar que lo iban a agredir.

Código de Procedimientos Penales, artículos 180 y 469.

1941. Esquivel Moscoso. Casación 9:40 hrs. del 21 de marzo. I sem., tomo único, p. 176.

RIÑA ACEPTADA.

Si el propio confesante acepta de que le dijo al ofendido que estaba a sus órdenes para que se arreglaran como caballeros ello permite concluir que la riña que sobrevino fue consentida.

1947. López Elizondo. Casación de las 10:30 hrs. del 4 de junio II sem. p. 531.

PRUEBA — TESTIMONIAL — APRECIACION — ERROR DE DERECHO.

Si de la prueba testimonial no se infiere que el acusado hubiera sido agredido inesperadamente, sino que fue incitado a pelear, reto que aceptó en vez de permanecer en prudente estado de alerta o bien de reclamar la intervención de las personas que allí se encontraban, han incurrido los jueces en error de derecho en la apreciación de aquella prueba por no considerarlo así.

Código de Procedimientos Penales, artículos 421 y 469. Berrocal Cordero. Casación 78, 1952. II sem. tomo I, p. 957.

PRUEBA — APRECIACION DE LA TESTIMONIAL.

Existe error en la apreciación de la prueba, si los testigos de una reyerta que culminó con las lesiones causadas a uno de los protagonistas afirman que dichas heridas las debieron causar otros de los participantes y no el que resultó condenado por el Tribunal de instancia, aún en el caso de que uno de los testigos afirme lo contrario, pero en forma no categórica.

Código de Procedimientos Penales, artículo 469.

1941. Chinchilla Chinchilla y otro. Casación 13:55 hrs. del 13 de marzo. I sem. Tomo único, p. 136.

RIÑA.

Si en una reyerta resulta herido uno de los protagonistas sin que sea posible averiguar a ciencia cierta quién fue el heridor, se deberá aplicar la norma que estatuye que en ese caso de deberá aplicar a todos los que hubieran reñido con el lesionado la pena inferior en un grado o la ordinaria correspondiente a la especie.

Código Penal, artículo 263.

1941. Chinchilla Chinchilla y otro. Casación 13:55 hrs. del 13 de marzo, I sem. Tomo único, p. 136.

LESIONES.

La circunstancia de no haber sido llamados a juicio las demás personas que intervinieron en una reyerta en la cual resultó lesionada una persona, sin poder saberse quién fue el heridor, no puede agravar la situación legal del penado.

Código Penal, artículo 263.

1941. Chinchilla Chinchilla y otro. Casación 13:55 hrs. del 13 de marzo. I sem. I tomo, p. 136.

LESIONES.

En una riña de palabras y de golpes, no hay forma de aminorar la responsabilidad de quien hiere con arma cortante y por la espalda.

1939. Ramírez Sojo. Casación 16:30 hrs. del 18 de enero. I sem. I tomo, p. 66.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA.

Se ha admitido que en casos especiales y debidamente analizadas las circunstancias antecedentes y concomitantes en que la actitud del ofendido puede haber dado al procesado la impresión de un ataque peligroso para su seguridad personal, es dable a los jueces conceder la eximente de legítima defensa al procesado.

1962. Murillo Alfaro vs. González Arias. Casación 81, II sem. I tomo, p. 250.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA.

No puede considerarse que una persona lesionó a otra en uso de legítima defensa, si no hubo agresión alguna de parte del ofendido.

Código Penal, artículo 32, inciso 11.

1938. Hernández Hernández. Casación 10:20 hrs. del 24 de octubre II sem. tomo único, p. 1958.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA.

No se ha producido la situación de riesgo efectivo para un indiciado, característica de la legítima defensa, si las heridas que éste proporcionó se produjeron cuando el lesionado no lo estaba agrediendo en forma alguna y si fuera cierto que lo hirió por sospecha de que se le iba a avalanzar contra él, ese temor no puede tenerse por justificado si el agraviado no hizo siquiera ademán de acometerlo, que diera pábulo a tal creencia.

1938. Ríos Valverde. Casación de las 10:15 hrs. del 16 de junio. II sem. tomo único, pág. 1259.

LESIONES.

Si no ha habido error en la apreciación de pruebas testimoniales y el reo no se ha encontrado en un caso de legítima defensa, por tratarse de una riña, cuyo reto él aceptó y además el delito de lesiones acusado se halla debidamente encuadrado dentro de las leyes que lo tipifican, debe casarse la sentencia que ha eximido de responsabilidad a un acusado por tales hechos.

1964. Carranza Chavarría vs. Pacheco Vásquez. Casación 64. II sem. I tomo, p. 233.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA — RIÑA ACEPTADA — IMPROCEDENCIA.

Es desestimable el reclamo referente a la legítima defensa, si los jueces estimaron que las lesiones fueron el resultado de una riña aceptada y no se ha demostrado con claridad y precisión qué clase de error cometieron los juzgadores al resolver contrariamente a la tesis del recurrente.

Código Penal, artículo 26 inc. 5.

1953. Astúa Agüero vs. Castro Vargas.

Casación 109, II sem. I tomo, p. 492.

LESIONES — TIPIFICACION.

No puede ser eximido de responsabilidad el reo que ha participado en una pelea, cuyo reto aceptó y en la cual sufrió lesiones el acusado, pues en la especie no puede alegarse defensa propia, si no sólo se ha aceptado pelear, sino que se ha atacado al ofendido cuando se hallaba en desventaja, debiendo enmarcarse tal hecho dentro de las disposiciones penales que tipifican las lesiones.

Código Penal, artículo 203, inc. 3.

1964. Carranza Chavarría vs. Pacheco Vásquez. Casación 64, II sem. I tomo, p. 233.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA — ACEPTACION DEL RETO.

Si dos personas han tenido una pelea anteriormente en estado de ebriedad y luego una de ellas quiere arreglar el disgusto, entrando de nuevo ambos sujetos en una discusión que degenera en riña, sufriendo lesiones el acusador, no podría decirse que el acusado actuó en legítima defensa pues había aceptado el reto.

1964. Carranza Chavarría vs. Pacheco Vásquez. Casación 64, II sem., I tomo, p. 233.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA — INEXISTENCIA.

La doctrina y la jurisprudencia establecen que la riña o pelea aceptada voluntariamente, excluyen la legítima defensa y da lugar a tener el caso como lesiones provocadas.

1952. Berrocal Cordero. Casación 78, II sem. I tomo, p. 957.

LESIONES — RIÑA — ACEPTADA.

Si la riña fue aceptada, no puede darse el caso de haber concurrido la eximente de legítima defensa, porque la aceptación de un reto, destruye esa excepción pues voluntariamente se constituye el

reo en peligro y acepta las consecuencias de un desafío.

1947. López Elizondo. Casación de las 10:30 hrs. de 4 de julio. II sem, p. 531.

LESIONES.

No es de atender la legítima defensa que se alega cuando se advierte la existencia de una riña entre personas que no estaban tal vez en su cabal juicio, sin que en el encuentro se muestren los caracteres precisos de legítima defensa a que tuviera que acudir el enjuiciado defendiendo su casa o su persona, pues se haría con base en suposiciones y dichos de testigos no contestes ni terminantes en ese sentido.

1943. Hernández Alfaro vs. Ramos Monge. Casación 15:25 hrs. del 26 de octubre. II sem. I tomo, p. 920.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA.

No se está ante el caso de legítima defensa si la reyerta ocurrida en la que resultó lesionada una persona, fue ocasionada por actos de ambos contendores y no sólo por la provocación de uno de ellos.

1943. Mojica Morales. Casación 9:50 hrs. del 15 de enero. I sem. tomo único, p. 27.

LESIONES — RIÑA — ACEPTADA.

Si de la propia declaración del recurrente aparece que entre él y otro acusado hubo un reto aceptado de seguida por el primero, no es posible admitir la eximente de legítima defensa.

1942. Villarevia Esquivel y otro. Casación de las 14:30 hrs. del 15 de julio. II sem. I tomo, pág. 699.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA.

El evento de que el procesado y el ofendido del delito de lesiones hayan entrado en franca riña, a consecuencia de la cual uno resultó lesionado, impide de que se pueda considerar que ha existido legítima defensa, completa o incompleta.

1941. García Hernández. Casación 15:10 hrs. del 20 de junio. I sem. tomo único, p. 482.

LESIONES RECIPROCAS — LEGITIMA DEFENSA.

En el caso de lesiones recíprocas causadas en riña, se excluye el concepto de legítima defensa, completa o incompleta.

1940. Fallas Hidalgo y otro. Casación 9:50 hrs. del 10 de abril. I sem. tomo único, p. 232.

LESIONES — LEGITIMA DEFENSA — DELITOS — EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD — LEGITIMA DEFENSA.

No puede existir la eximente de legítima defensa de parte del indiciado por el delito de lesiones si está claramente establecido que el puñetazo causante de la lesión al ofendido se produjo en reyerta aceptada por ambos.

1939. Alvarez González. Casación 14:30 hrs. del 27 de enero. I sem. tomo único, p. 139.

LESIONES — RIÑA.

En una riña de palabras y de golpes, no hay forma de aminorar la responsabilidad de quien hiere con arma cortante y por la espalda.

1939. Ramírez Sojo. Casación 16:30 hrs. del 18 de enero. I sem. tomo único, p. 66.

* * * *

BIBLIOGRAFIA:

Derecho Penal Argentino de Sebastián Soler. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1970.

Tratado de Derecho Penal Argentino. Autor: Núñez.

Programa de Derecho Criminal, Carrara, Editorial Temis. Bogotá, 1957-1961.

LA DETENCION PROVISIONAL

Dr. Luis G. Herrera C.

Me impulsa a escribir este artículo, el ánimo de colaborar en la reforma urgente del Código de Procedimientos Penales, especialmente en lo que será objeto de nuestro estudio. Para una comprensión más completa del problema haremos un análisis de su fundamento constitucional y luego legal, tratando de ubicar el problema concreto y proponiendo a la vez una solución completa.

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: Los costarricenses vivimos en un Estado de Derecho, en donde la ley tiene primacía; en consecuencia, rige plenamente el principio de legalidad para toda manifestación de la voluntad del Estado y de sus diversas instituciones.

Lógicamente, la libertad en sentido amplio, ha sido elevada al rango de derecho constitucional (artículos 20 y ss. de la C. Pol.). Dentro del amplio de libertad, debemos aceptar también limitaciones excepcionales a ella, como por ejemplo la facultad del Tribunal de detener a un presunto autor de delito, cometido en la audiencia pública (art. 367 C.P.P.); la presentación forzosa de testigos (art. 232 C.P.P.), etc. Solamente en esos casos expresamente regulados por la ley, podemos aceptar las limitaciones a nuestra libertad.

El contenido social y filosófico de la libertad es profundo, y está enmarcado en un contexto histórico vastísimo, que podríamos decir, se inició con el nacimiento de nuestra historia. La vida y la

evolución del hombre lo han sido siempre en busca de su libertad, y cada país, cada cultura, lo ha hecho de acuerdo con los elementos determinantes y condicionantes de su propio contexto cultural. La historia del hombre ha sido la búsqueda de la libertad.

Aplicado al campo del Derecho Penal, tenemos que decir, que las leyes que rigen la materia, deben contener una serie de normas que garanticen la no restricción de la libertad, la cual es indispensable para el desarrollo y perfeccionamiento del hombre, siempre y cuando esa libertad se desenvuelva dentro de un marco colectivo de responsabilidad y justicia social.

Rige en las legislaciones penales de los países civilizados, un principio fundamental para el reino de la libertad: el principio de inocencia. Este ha sido incorporado en la Carta Internacional de los Derechos del Hombre en su artículo II: "*Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées*" (Boletín Do Ministerio de Justiça, No. 245, 1975, Portugal, p. 10).

Aunque no expresamente, nuestra Constitución Política sí recoge el principio de inocencia en forma implícita, al decir el art. 36 que nadie está obligado en Derecho Penal a declarar contra sí mismo. Complementa el principio el texto del artículo

37, que dice: *"Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas"*. Este principio fue incorporado recientemente en el nuevo Código de Procedimientos Penales en el artículo 1, ya que el Código anterior, sea el de 1910 y sus reformas, el principio prácticamente era inexistente, por cuanto regía un procedimiento inquisitivo en donde más bien se presumía la culpabilidad (véase nota No. 1).

II. LA DETENCION PROVISIONAL EN EL CODIGO VIGENTE:

1) Problema práctico: Nuestro anterior Código de Procedimientos Penales establecía en forma expresa como una medida coercitiva judicial, la detención provisional del imputado (1), la cual debía expedirse por una autoridad judicial competente y sujeta a una serie de formalidades legales, entre las cuales se destaca, el requisito de la escritura, tal y como lo prescribe el art. 37 de nuestra Constitución Política. Dentro del inmenso mar de defectos apuntables de ese Código, sí cabe resaltar, el hecho de que la detención estuviera sujeta a una cantidad de requisitos legales, necesarios en institutos como el que estudiamos, toda vez, que se trata de limitar el bien más sagrado que puede tener una persona: su libertad.

Pese a que el actual Código de Procedimientos Penales constituye una verdadera revolución en el campo de nuestra legislación penal, por cuanto se cambió radicalmente de sistema (2), en el objeto de nuestro estudio ha dejado un profundo abismo, el cual ahora hace tambalear nuestro preciado derecho: la libertad, por cuanto ha dado paso a la discrecionalidad del juez, quien no tiene más límite que su propia vocación y capacidad, y que des-

graciadamente en Costa Rica se encuentran en un bajo nivel, especialmente en las zonas rurales. Las consecuencias que pueden derivarse son graves, y lo iremos viendo en el desarrollo de los puntos posteriores.

2) REGIMEN LEGAL: En el título IV (Situación del Imputado), Capítulo I (Presentación y Comparecencia) se regula todo lo referente a la presentación del imputado, con el fin de tomarle su declaración indagatoria, ya que ésta es presupuesto esencial del procesamiento (art. 286 C.P.P.).

En este Capítulo se regulan dos situaciones: a) restricción de la libertad (3), y b) detención del imputado para efectos de tomarle su declaración (art. 268 C.P.P.).

La segunda de las situaciones no ofrece mayores problemas, ya que la misma supone que la medida de presentación es únicamente con el objeto de que el juez instructor le tome la declaración. Esta medida no puede ampliarse más, de tal forma que se restrinja la libertad en una cárcel, conforme al artículo 3 del C.P.P.; todo sin perjuicio de que el juez luego ordene la detención provisional o la prisión preventiva en el auto de procesamiento, de conformidad con los artículos 286 y 291 del C.P.P.

La primera de las disposiciones, sea la contenida en el artículo 265, sí ofrece múltiples problemas, los cuales vamos a abordar desde tres puntos de vista: de su legalidad, de su constitucionalidad y de los recursos.

a) PROBLEMAS LEGALES: La única disposición que regula la detención provisional (4) es el artículo 265, lo cual hace en forma defectuosa, aparte de la gran laguna que deja el Código. Dispone este artículo que la libertad *"sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad"*

- (1) En el artículo 37 se establecían dos requisitos necesarios para su procedencia: 1) que resulte comprobada la existencia de un delito que merezca pena corporal o a lo menos que aparezcan en el proceso circunstancias que den grave fundamento para creer que se haya cometido; 2) que haya indicios graves para imputarlo a la persona cuya detención se ordena (el subrayado es mío).
- (2) Mis palabras no significan que estoy completamente de acuerdo con este cuerpo de leyes, pues existe una cantidad grande de defectos, producto de nuestra tendencia a copiar textos legales extranjeros.
- (3) En el artículo 265 de este Capítulo, se establece la medida coercitiva de detención del imputado, la que implica una restricción de la libertad. Es la misma medida a que se refería el art. 306 del C.P.P. de 1910, aunque en este Código de regulaba con mayor precisión y siempre dentro de los límites marcados por la Carta Fundamental.
- (4) Clariá Olmedo la llama "detención en sentido estricto", y "puede decirse que es la breve privación de libertad ordenada por autoridad judicial o cumplida directamente por ella, que sufre una persona en los primeros momentos de la investigación por existir en su contra sospecha de participación en el hecho que se investiga" (Derecho Procesal Penal, T. V, p. 256).

y la actuación de la ley". No obstante esta norma, la misma no nos da los criterios (objetivos y subjetivos) para determinar dónde están esos límites, quedando éstos al exclusivo criterio y discreción del juez.

En el aspecto puramente formal, necesario en el régimen de todas las medidas coercitivas como la detención provisional, el Código adolece de una regulación clara. Recordemos lo establecido en el artículo 37 de la Constitución Política, en el sentido de que la orden debe ser por escrito, y no obstante esto, el art. 265 es totalmente omiso.

La gravedad de este artículo es visible, y sin duda alguna se presta a la arbitrariedad, ya que el juez ordena la detención de quien subjetivamente cree debe estar arrestado. Es al final de la instrucción, cuando la causa se eleva a juicio, que el Tribunal de Juicio se entera de la detención del imputado, después de haber estado varios meses en cárcel, resultando al final una sentencia absoluta.

b) PROBLEMAS: CONSTITUCIONALES:

Hemos dicho que la libertad como derecho está garantizada constitucionalmente en sus diversas manifestaciones. Lógicamente cualquier ley de la República que implique una restricción de ésta (5) deberá estar conforme con las disposiciones constitucionales, pues de lo contrario, sería inconstitucional, y que es lo que ocurre en el presente caso.

Decimos que el art. 265 del C.P.P. es inconstitucional por cuanto no establece en forma concreta y clara cuáles son los requisitos que debe reunir la orden judicial de detención; entre ellos el de la escritura.

c) RESOLUCION Y RECURSOS: En la forma actual como está redactado el art. 265 del C.P.P., la orden judicial puede darse verbalmente o por escrito, y sin necesidad de resolución que la sustente, ya que al no existir los requisitos legales necesarios, la resolución no puede configurarse para dar origen a aquélla, sea la orden o mandato judicial (6).

Otro problema, y de la mayor importancia es el que se refiere a los recursos. De acuerdo con el

art. 447 la orden o resolución de detención provisional no tiene recurso alguno, y en consecuencia, el detenido queda colocado en una evidente situación de indefensión, pues como hemos dicho, la medida no se aplica generalizadamente, sino a gusto y paciencia de los jueces.

III. SOLUCION QUE PROPONEMOS: Para poder dar una solución adecuada a esta laguna, proponemos que se introduzcan dos artículos nuevos que definan los criterios subjetivos y objetivos que rigen para la procedencia de la detención provisional, tal y como lo hacía el art. 307 del C.P.P. de 1901; desde luego que el texto de estas nuevas disposiciones deberá estar ajustada a los principios que inspiran el nuevo Código.

Solamente mediante una reforma inmediata al C.P.P. podremos solucionar la grave situación que hemos venido planteando, la cual responde a esa falta de coherencia de nuestras leyes con la realidad que rige, producto de esa tendencia generalizada a copiar íntegramente leyes extranjeras, o bien el encargar a juristas foráneos la elaboración de las mismas, desconociendo éstos en forma absoluta nuestra realidad socio-económica y las exigencias de nuestro ambiente.

En consecuencia y tomando como base los artículos 307 y 310 del C.P.P. de 1910 y 291 y 298 del C.P.P. vigente, proponemos que se modifique el párrafo 265 en la siguiente forma:

"La detención se ejecutará cuando sea procedente inmediatamente después de que el juez instructor se avoque al conocimiento de la causa, evitando en lo posible que no se afecte la reputación de las personas".

Igualmente proponemos que se incorpore un nuevo artículo a): en donde se definan los límites objetivos y subjetivos que servirán de base al juez para decretar la medida. El texto dice así:

"Para que se dicte auto de detención se requiere, so pena de nulidad:

- 1) *Que el delito denunciado esté sancionado con pena de prisión superior a tres años;*
- 2) *Que hubiere vehementes indicios de que*

(5) En la forma que actualmente está regulada la detención en el C.P.P. no desechamos la posibilidad de admitir un Recurso de Hábeas Corpus, conforme al art. 48 de la C. Pol., cuando la detención es evidentemente ilegítima.

(6) Recientemente algunos Juzgados de Instrucción de esta Provincia están poniendo en práctica un nuevo procedimiento, al dictar una resolución que dispone la detención provisional; no obstante su laudable objetivo, la misma carece de fundamento legal.

el imputado tratara de eludir la acción de la justicia, ya sea por su presunta peligrosidad, por carecer de residencia fija o por tener condena anterior; y

- 3) Cuando hubiere indicios igualmente graves, por los antecedentes del imputado u otros elementos de convicción, de que el imputado continuara en su actividad delictiva.**

Contra esta resolución el imputado y su defensor podrán interponer recurso de revocatoria y apelación".

También se hace necesario incorporar otro artículo b), en el cual se enumeren todos los requisi-

tos necesarios para que la orden de detención tenga valor legal. El texto sería el siguiente:

"Toda orden de detención provisional deberá expedirse por escrito y contendrá indispensablemente, bajo pena de nulidad:

- 1) Expresión del Tribunal o autoridad que la expida;*
- 2) Individualización concreta y detallada de la persona que va a ser detenida;*
- 3) El hecho o causa que la motiva;*
- 4) Indicación del lugar donde ha de ser conducido el detenido; y*
- 5) Firma del funcionario que la expide y de su secretario, y el sello de la oficina".*
