



**REVISTA TRIBUNA LIBRE
ESCUELA LIBRE DE DERECHO**

DIRECTOR

Lic. Ricardo Guerrero P.

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Carlos Gómez R.
Lic. Francisco Dall' Anese R.
Lic. Sergio Donato C.
Srta. Laura Arroyo
Sr. Jorge Sánchez G.

AUTORIDADES ACADEMICAS

Decano: Lic. Ricardo Guerrero P.
Director de Estudios: Lic. Fernando Montero P.

AUTORIDAD FINANCIERA

Fundación Escuela Libre de Derecho

JUNTA ADMINISTRADORA

Lic. Rafael Díaz A.
Lic. Carlos Gómez R.
Lic. Ricardo Guerrero P.
Licda. Aída Meléndez A.
Sr. Javier Francisco Quirós Q.

AUTORIDADES ESTUDIANTILES

Sr. John Rojas
Sr. Felipe León M.
Sr. William Muñoz B.
Srta. Jeannette Fernández
Sr. Luis E. Pastrana R.
Sr. Marcelo Gómez P.
Srta. Irene Arias C.
Sr. Olman Ulate C.
Sr. Pablo Duncan L.

PRESENTACIÓN

Después de un largo periodo de silencio ve la luz un nuevo número de Tribuna Libre. Tres trabajos de distintas especialidades dan el equilibrio necesario a esta presentación: en Derecho Comercial el Profesor Carlos José Carrera Castillo expone un análisis acerca de la factura cambiaria; el Profesor Jorge Araya García nos habla sobre el poder constituyente, potestades y límites -entre otros aspectos-, muy a tono con el debate que se anuncia en el Poder Legislativo y otras instancias como el Colegio de Abogados, cuando se prevé la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente; y el Maestro Olman Arguedas Salazar con un estudio de la administración de Justicia en Iberoamérica, nos presenta la realidad jurídica, histórica y actual, de la función judicial costarricense.

Además, la Profesora Ana Patricia Chaves Marín contribuye con un importante documento acerca del proceso educativo. Ahora que la aparición de "escuelas de derecho" ha masificado la profesión de abogado, debemos volver sobre los sistemas de enseñanza con la agresividad que genera la sana competencia.

La preocupación de siempre por graduar a los mejores juristas y abogados, debe acentuarse en el actual momento histórico. No debemos olvidar que la misión de la Universidad en la sociedad moderna no solo es la producción de profesionales eficientes, sino además la investigación disciplinada que se traduce en el avance científico y tecnológico del país, todo ello para el bienestar social.

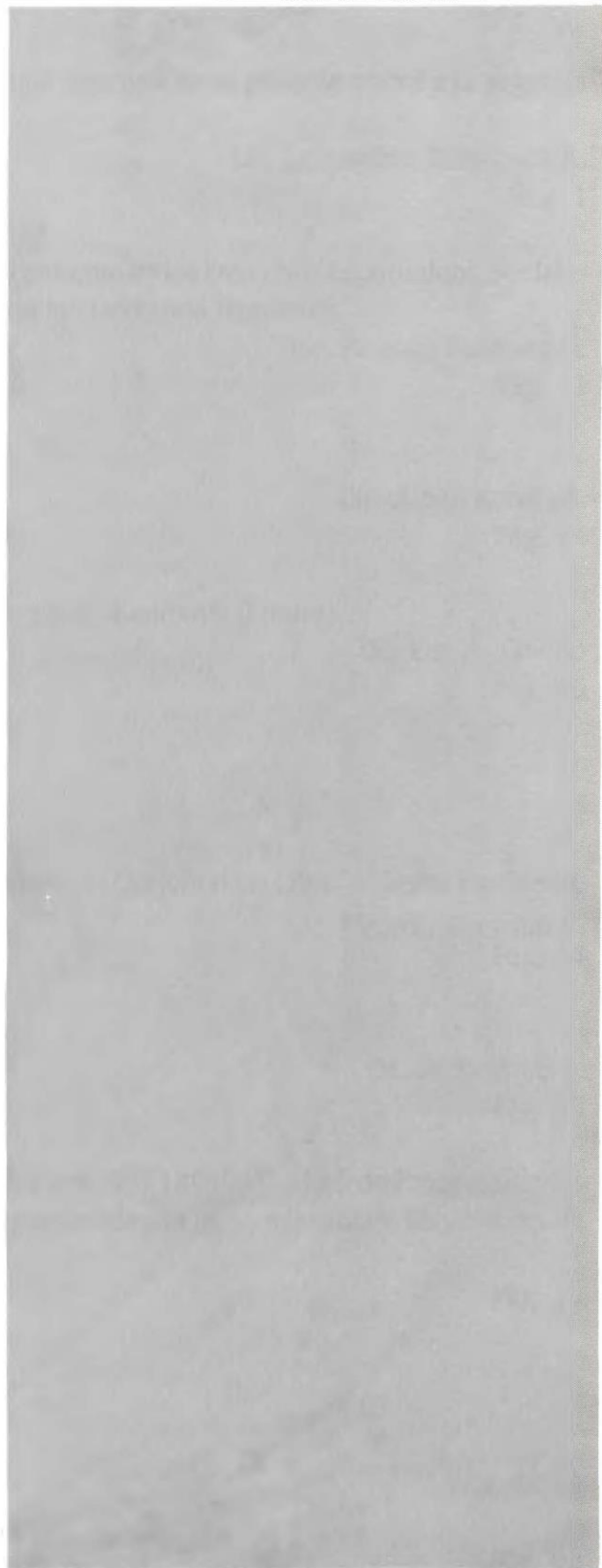
La enseñanza en la Escuela Libre de Derecho debe gravitar en torno a estos dos objetivos.

Por tratarse de un tema directamente relacionado a la enseñanza, importa destacar la dignidad de nuestra Escuela al participar -por medio de su decano Profesor Ricardo Guerrero Portilla- en la Comisión de Examen de Incorporación del Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta posición abierta refleja la seriedad con que se asume el compromiso histórico por el control de la excelencia profesional, y otorga seguridad al estudiante de la responsabilidad con que se asume el compromiso educativo.

El educando por su parte debe actuar sin temor a la prueba de incorporación al Colegio de Abogados porque la Escuela Libre de Derecho desde hace muchos años ha afrontado con seriedad su misión, exigiendo de los profesores la aprobación de cursos de didáctica que deben ser puestos en práctica en las aulas y en el trato a los estudiantes. Precisamente el trabajo de la Profesora Chaves es la expresión de sus ideas, cuyo marco teórico es el aprendido en las jornadas de preparación que se le exigen como docente.



INDICE



“BREVES REFLEXIONES EN CUANTO A LAS RELACIONES HUMANAS EN EL PROCESO EDUCATIVO”

*Licda. Ana Patricia Chaves Marín**

CONTENIDO

Introducción.....	5
Capítulo I.	
La enseñanza del Derecho desde un punto de vista subjetivo.....	6
Sección I.	
Sujetos involucrados en el proceso de enseñanza	6
A. Docente.....	6
B. Discípulo.....	6
Sección II.	
Actitudes ante el proceso de enseñanza-aprendizaje	6
A.A. Asumir por docente.....	6
B.A. Asumir por el discípulo	8
Capítulo II.	
Relaciones humanas en el proceso educativo.....	9
Sección I. Del docente respecto al discípulo.....	9
A. Respeto.....	10
B. Atención.....	10
C. Responsabilidad.....	10
D. Comunicación.....	10
E. Imparcialidad-objetividad.....	10
Sección II.	
Del discípulo respecto al docente.....	11
A. Respeto.....	11
B. Atención.....	11
C. Responsabilidad.....	11
D. Comunicación.....	12
Conclusiones.....	13
Bibliografía	14

* Abogada y Notaria Pública. Profesora de Derecho Público. Coordinadora de la Cátedra de Derecho Público. Escuela Libre de Derecho.

INTRODUCCIÓN

Sin pretender esbozar una nueva teoría pedagógica o doctrina jurídica, este artículo tiene como finalidad introducimos, tanto a profesores como a estudiantes, en un análisis objetivo de situaciones cotidianas del proceso educativo.

En mi criterio, el cincuenta por ciento del éxito de un curso lectivo estriba en la relación acostumbrada entre quienes comparten día a día el aula universitaria. ¿Por qué? Partamos del sentido común: cuando nos enfrentamos a la realización de una labor, para que ésta pueda llegar a concluirse de manera óptima, debemos sentirnos motivados positivamente a encaminarnos a nuestra meta. Aunque tengamos una vocación profunda respecto a determinada área del conocimiento humano y nos resulte agradable determinada disciplina, ese móvil se verá sensiblemente cercenado si al entrar al salón de clases nos encontramos un grupo de estudiantes irrespetuosos, poco comunicativos, indiferentes y determinados a alcanzar un título universitario "para ganar dinero" haciendo el menor esfuerzo posible. Asimismo, a contrario sensu, para un grupo de párvulos contemplar la "entrada triunfal" de un mentor con expresión de disgusto, improvisando su lección, dirigiéndoles expresiones tales como "usted no sabe nada" en lugar de "dedíquese más tiempo al estudio", significa una "estocada" a los buenos propósitos de inicio de lecciones. Decía Goethe; "Alegría y amor son las alas para las grandes empresas". En nuestro caso traducimos alegría y amor en el deseo de aprender y enseñar adecuadamente, en el sacrificio constante y voluntario de ambas partes involucradas en este importante proceso, en el trato amable, cordial y respetuoso que debe existir entre ambos y sobre todo, en la comunicación mutua y continua cuyo canal debe encontrarse constantemente abierto para así evitar los ya conocidos "malos entendidos", los cuales a la postre generan gravísimos inconvenientes.

A través de las ideas que a continuación expondré, tendremos la posibilidad de autoevaluarnos en nuestra calidad humana como profesores y estudiantes. Si en alguna oportunidad he fallado ante lo postulado, he de enmendarme, pues pensamiento y acción deben ser inseparables.

CAPITULO I. La enseñanza del Derecho desde un punto de vista subjetivo.

Al iniciar el análisis de la enseñanza del Derecho desde la perspectiva humana, debe partirse de los elementos fundamentales de quienes surge ésta y hacia donde se dirige la misma: los sujetos.

Sección I. Sujetos involucrados en el proceso de enseñanza.

El ser humano es el punto de partida y llegada de todo el quehacer social. La sociedad está compuesta por seres humanos, individuos que, allende a aspectos políticos, ideológicos, económicos o sociales; pretenden encauzar sus vidas hacia su propio destino. Es ahí donde cada uno toma una decisión sobre el desarrollo individual y dentro de este orden de ideas se asume la vocación, la cual es guiada y estructurada mediante las aptitudes, así como por un adecuado proceso educacional. En este último existen dos protagonistas básicos: el docente y el discípulo.

A. Docente: Desde la visión semántica se define como aquel "que enseña"¹, o sea quien transmite conocimientos sobre determinada disciplina.

Debido a la delicada labor que realiza, el docente debe caracterizarse por un profundo conocimiento de la materia a impartir, una vocación innata para enseñar, una actitud consciente y responsable ante lo que implica el desarrollo en su función y un respeto hacia sus colegas y discípulos: tanto en el orden del trato social como en el ámbito de las ideas.

B. Discípulo: La semántica lo precisa como "persona que sigue las lecciones de un maestro"². Desde este punto de vista, es aquel cuyo deber es atender la guía de quien imparte la lección. Lo anterior no implica una aceptación total del criterio de quien enseña (aunque debe respetarlo). Puede discrepar. Sin embargo, para tales efectos el estudiante debe avocarse al estudio constante. De lo contrario, entrar en contraposición con su profesor sin hacer gala de una base sólida de conocimiento, puede ser tomado como una actitud de simple contradicción infundamentada con el objeto de perturbar la buena marcha del curso. De ahí, la importancia de la lectura previa a cada clase, sea asignada por el profesor o elegida por el estudiante. En este último caso, para ampliar sus conocimientos. Esto genera pupilos críticos, conocedores de la teoría, lo cual le dará la base fundamental para adentrarse en el análisis de la legislación y jurisprudencia.

Debe caracterizarse por el respeto a sus profesores y condiscípulos en el ámbito de trato social e ideológico, deseo de aprender y de cumplir los deberes que se le imponen.

Sección II. Actitudes ante el proceso de enseñanza-aprendizaje.

La actitud se define como "disposición de ánimo manifestada exteriormente"³. Refleja toda una situación interna del sujeto y se proyecta en todo el actuar del individuo. Por eso, antes de ejecutar cualquier actividad es imprescindible el auto-análisis: ¿me gusta lo que hago? ¿soy apto para la realización de esta función? ¿Debo hacerle(s) pagar mis problemas personales a ellos (él) (sea profesor o estudiante)? ¿Debo involucrar mi vida personal y profesional, y las repercusiones anímicas de éstas, al proceso educativo? Para emprender cualquier labor, es de suma trascendencia DESLIGARSE de cualquier problema extremo a la actividad educativa. De lo contrario será imposible efectuarla de modo eficiente. De la postura asumida con relación a todo lo que pretendamos llegar a culminar, dependerá el fracaso o éxito de nuestros fines.

A.A. Asumir por el docente: Su disposición debe ser ante todo consciente del deber por cumplir. No es conveniente olvidar el quid de su función: instruir a un grupo de personas cuya meta esté claramente definida: ser abogados. Por tanto, esa conciencia del deber se orientará a dos sentidos básicos: enseñar Derecho y formar juristas honorables y respetuosos de la Ley y la Justicia.

1 García Pelayo y Gross (Ramón), Diccionario Enciclopédico Larousse, Barcelona, Editorial Noguer, 192, p. 329.

2 Ibid. P. 325.

3 Ibid. P. 16.

a. Enseñar Derecho: El Derecho es una ciencia social muy compleja en la que participan múltiples y variadas formas de pensamiento; se divide internamente, distintas legislaciones, jurisprudencia diversa en cuanto a contenido y procedencia, etc. Parte importante de enseñar Derecho es formar el ámbito teórico del estudiante, que vendría a ser el "esqueleto" del futuro abogado. "Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter crítico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación"⁴. Dicho en otros términos una adecuada base doctrinaria, hará del estudioso un jurista y no un mero "tinterillo" o técnico de éste.

Complementaria a la doctrina, un amplio conocimiento de la jurisprudencia contribuirá a una adecuada formación profesional. Se dice que la jurisprudencia es "doctrina establecida por los tribunales en sus sentencias. La labor de los tribunales no se ha limitado ni podía limitarse a la aplicación mecánica de las leyes, sino que las han interpretado y adaptado con gran flexibilidad a las cambiantes necesidades sociales y a la infinita variedad de los problemas prácticos que la realidad plantea día con día"⁵. A través del estudio de la jurisprudencia, el alumno podrá visualizar la aplicación práctica de la ley y principios doctrinarios. Esto hará despertar su actitud crítica en cuanto al Derecho mismo y las consecuencias de su ejecución.

Por otra parte no debe soslayarse la gran importancia del estudio de la legislación, como piedra angular de este proceso educacional.

Se define, desde la perspectiva formal como "acto normativo dictado por la Asamblea en el ejercicio de la función legislativa, que requiere sanción del Poder Ejecutivo salvo el caso de resello por parte del Congreso, que se encuentra normativamente subordinada sólo al bloque de legitimidad constitucional y a los tratados..."⁶. El estudiante debe estar al día con las normas que regulan la sociedad dentro de la cual se desenvuelve, atento a los cambios constantes que se operan en el ordenamiento jurídico. Debe formarse dentro de una concepción crítica del cuerpo legal y su relación directa con la realidad.

Todo profesor debe desenvolver su actuación por la senda de la excelencia académica. Esta pretende un perfeccionamiento del sistema educativo en todas las áreas y a todo nivel. Por tanto, para alcanzarla deberá preparar sus clases, no simplemente improvisarlas, permitir la discusión de ideas en sus grupos, no restringir su enseñanza a clases magistrales: promover la investigación⁷ y el trabajo grupal en el aula; motivar el conocimiento de la realidad de su país y el mundo, para formar juristas conscientes, no simples especialistas del Derecho.

4 David (René) "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos". Citado por Pacheco (Máximo). Introducción al Derecho. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1976, p. 350.

5 Latorre (Angel). Introducción al Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 78 y 79.

6 Hernández Rubén. "La Ley". Derecho Constitucional Costarricense, San José Editorial Juricentro. 1983, p. 175.

7 Véase infra, Nota 8, p. 13

Asimismo, la superación personal del profesor es fundamental. Por lo tanto deberá aprovechar todas las oportunidades que se le brindan de asistir a cursos, seminarios, charlas: sea relacionadas directamente con el Derecho o con la docencia en sí misma. Todo lo anterior es parte del deber por cumplir con relación a la actividad docente. Es imposible aspirar a un mejoramiento de la educación universitaria si no cooperamos a través de una participación activa, en todas aquellas acciones dirigidas al progreso de nuestra institución.

Quien evoluciona se engrandece; quien permanece se extingue. Concienticemos. ¿Cómo podríamos ambicionar un mejoramiento de la enseñanza, un cambio en la concepción de Abogado, un regreso a los principios y valores morales en el ejercicio profesional, si no formamos parte de ese engranaje que trabaja ardua e incansablemente en aplicar la excelencia académica a nuestro quehacer diario en el aula?

b. Formar juristas honorables y respetuosos de la Ley y la Justicia: Este aspecto cobra suma importancia, sobre todo hoy día. Para nadie es un secreto que la profesión de abogacía se encuentra muy desprestigiada. Basta escuchar los criterios que sobre los abogados emite el hombre medio: "son sinvergüenzas", "sólo les interesa la plata", "no tienen principios", etc. Estos son consecuencia de ciertas actitudes de colegas que pretenden lucrar excesivamente con el ejercicio profesional, sin detenerse a pensar en el perjuicio elevado que causa a nuestra carrera. Afortunadamente, no todo está perdido. Hay un gran porcentaje de verdaderos apóstoles de la profesión, quienes la dignifican día a día con su actuar ético y responsable. La única manera de terminar con todos estos criterios negativos es formando para el futuro juristas probos. La vía más segura para lograrlo es mediante el ejemplo. ¿Cómo podemos pedirle virtud a un estudiante si no es aplicada en nuestra vida y en el ejercicio profesional? No pretendamos formar buenos abogados, si no lo somos. Y un buen abogado, además de conocer del Derecho debe ser honesto consigo mismo y con su carrera, disponer de habilidades de oratoria, tener carácter firme y decidido, aplicar reglas del trato social constantemente, ser ordenado y metódico, leal para con su cliente, ético en su actuar, responsable y dedicado, fiel cumplidor del deber, etc.

B.A. Asumir por el discípulo: Todo estudiante ha de ser consciente de que estudiar es sinónimo de sacrificio, trabajo arduo, aprendizaje constante, y lo establezco en este orden, ya que un estudiante sin espíritu de sacrificio y lucha no logrará concluir sus propósitos. Si pretende "comprar" su título universitario, es preferible dejar de contar con él en nuestro proceso educativo.

Una vez consciente de que su vocación es firme y de que está dispuesto a cualquier esfuerzo por lograr su meta, no debe dejarse vencer ante las pequeñas derrotas: una mala calificación, errores en su expresión oral, dificultades para concentrarse en el estudio, pérdida de un curso. En situaciones como las numeradas siempre hay solución, si desea realmente encontrarla; por ejemplo: si obtiene una mala calificación, eso implica que debe estudiar más o cambiar el método de estudio; si tiene problemas de expresión oral, podría tomar un curso de oratoria; si son dificultades de concentración, debe autoevaluarse para saber las causas y así remediar el obstáculo que impide el logro de sus objetivos: pérdida del curso, puede optar por volverlo a cursar o examinar sus conocimientos al respecto en un

examen por suficiencia. Lo principal en estos casos es no dejarse vencer ante la adversidad: luchar, caer, levantarse de nuevo, volver a empezar senza del éxito.

En múltiples ocasiones deberá dejar de lado diversiones, pasatiempos, y otras actividades para así conseguir ese aprendizaje consulte ya mencionado reiteradamente. El estudiante de Derecho deberá ser un "ávido y oraz" lector, tanto de doctrina legislación y jurisprudencia; como de periódicos, revistas e análisis y todo aquello que le oriente en un estudio responsable y consciente de éste. En sus inicios de carrera, en lo tocante a la lectura, deberá atender a las recomendaciones bibliográficas del profesor. Cuando haya avanzado a niveles superiores de estudio cuarto y quinto año) estará ampliamente formado para elegir textos. Sin embargo, a todo nivel, es necesaria la guía del mentor, en este sentido, quien sabrá recomendar los mejores libros de cada temática.

En el campo investigativo, el estudiante de segundo nivel, deberá ser capaz de enfrentar la laboriosa tarea de ejercicios estudiantiles⁸ procurando evitar el plagio. El análisis constante de las facturas, sea de aquellos textos seleccionados para elaborar dichos ejercicios impedirá fraudes en este aspecto. Vale agregar, en tomo a lo que se menciona en cuanto a que quien se precia de futuro abogado aborrecerá estas prácticas, por más infantiles y fuera de lugar, durante las evaluaciones. ¿Cómo puede un individuo llegar a amarse abogado si "logró su objetivo" mediante engaño a sí mismo y a los demás?

CAPITULO II. Relaciones humanas en el proceso educativo

Este es un tema de gran trascendencia. Muchos de los problemas de aprendizaje de los estudiantes se deben a la relación inadecuada tensa y problemática de éstos, con sus mentores. En la conciencia de ambas partes, parece que se toma como punto de partida la premisa siguiente: mi profesor es mi adversario: el estudiante es mi enemigo. Y surgen expresiones peyorativas, actitudes defensivas, y críticas destructivas de unos a otros. ¿Por qué se da este fenómeno? ¿Cuál es la causa de esta problemática? Opino, sin temor a equivocarme, se debe al olvido de un aspecto fundamental: somos humanos, sensibles, vulnerables y falibles, así como imperfectos. Ninguno de nosotros nació con conocimientos y todo el que se lo proponga, puede desarrollar sus capacidades, enfrentar ingentes desafíos y conseguir victorias portentosas. Pongamos remedio a esta omisión, recordando lo que hace falta en el trato entre docentes y discípulos.

Sección I. Del docente respecto al discípulo.

Téngase en cuenta el rol de guía de todo profesor. Por eso gran parte de su actuar en el aula incide en la armonía o controversia presente entre él y el estudiante. A continuación señalaré la conducta que, a mi juicio, debe adoptar un docente frente a sus discípulos para conseguir aveniencia en el aula, lo que redundará en una actitud positiva del estudiante hacia la asignatura y su mentor.

8 Tomamos en cuenta la designación efectuada por Pedro Haba a los trabajos realizados por los estudiantes en los diferentes cursos: "Nada se gana con extender el termino "investigación" (...) al punto tal que, en la práctica, lleva a significar más o menos lo mismo que copiar o hacer resúmenes. Empléalo para calificar actividades (que más bien son ejercicios estudiantiles) apúntala al autoengaño". Haba (Pedro). "De la fantasía curricular". Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Nº 56, mayo-agosto de 1986, p.p. 11-48.

A. Respeto: Un estudiante, es ante todo, un ser humano. Merece nuestro respeto hacia su dignidad. Quien enseña, debe comportarse con decoro, discreción y sencillez. Utilizar una vestimenta simple, pero agradable. Hacer gala de un léxico apropiado a su investidura, sin dejar de lado los tecnicismos jurídicos. Dirigirse al estudiante con buenas maneras, sin herir su susceptibilidad ni hacerlo sentir disminuido. Por el contrario, hacerle sentir que vale como persona. El trato debe ser cordial, dentro de un marco de respeto.

B. Atención: Debe atender con la mejor disponibilidad posible, las dudas, opiniones, y quejas de los estudiantes en cuanto al curso, al método de enseñanza, tipos evaluativos y contenido de la materia. Darle seguridad y confianza para expresar sus opiniones, sin dejar de corregir sus fallas normales en cuanto al uso del léxico o tecnicismos jurídicos, con la debida consideración.

C. Responsabilidad: Se hará patente en la asistencia y puntualidad. Deberá, asimismo, preparar cuidadosamente las lecciones, basándose en el programa de estudios preparado y desarrollado por cada cátedra. Recuérdese que la improvisación genera desorden en la transmisión del conocimiento, hace perder la secuencia lógica de la materia y desemboca en incomprensión del estudiante.

D. Comunicación: El docente fomentará la comunicación cortés y franca entre él y sus estudiantes, así como entre los discípulos en sí. Debe dedicar unos minutos de su clase a conversar sobre problemas comunes o de la institución, buscar en conjunto formas de resolverlos, hacerles comprender las causas de medidas tomadas en el curso, indicarles sus fallas en un afán de que sus párvulos encuentren la forma de solucionarlas o repararlas. Si no hay comunicación, poco a poco se va perdiendo la cordialidad y el respeto y surgen problemas por incomprensión e intolerancia.

E. Imparcialidad-objetividad: En lo tocante a las afinidades o antipatías que con seguridad surgen entre los grupos de individuos, el profesor debe procurar ser objetivo e imparcial. Todos los alumnos son personas, son iguales. Merecen igual trato. El grupo en pleno debe tener amplia participación en el transcurso de la clase. Sin embargo, el mentor debe evaluar equitativamente, de acuerdo al esfuerzo y labor de cada pupilo. Sería injusto, a todas luces, que un alumno mediocre recibiera la misma calificación que un estudiante brillante, esforzado y dedicado a su labor estudiantil.

En síntesis, en una ocasión, un gran hombre. Jesús de Nazareth dijo: "No hagas a otros lo que no te gusta que te hagan a tí". A contrario sensu, "Haz a los demás lo que te gusta que te hagan a ti. Si aplicamos esta máxima en el trato al estudiante, los resultados serán óptimos, pues la consecuencia será una disposición positiva, abierta y dinámica hacia el conocimiento, específicamente del curso y la disciplina misma, así como una relación armoniosa, dentro de un marco de respeto entre estudiantes y profesor. Un total éxito del curso. Cuando hay buenas relaciones humanas, el aprendizaje es eficiente, profundo y eficaz.

Sección II. Del discípulo respecto al docente

El estudiante debe ser consciente de las implicaciones y responsabilidades de ingresar a la enseñanza superior. Este aprendizaje no debe reducirse a meros tecnicismos. Un jurista es un ser humano.

A. Respeto: Su deber primordial es considerar tanto a su profesor como a los compañeros de curso. Evitar conversaciones insulsas en el salón de clase durante la exposición de su mentor o la intervención de un condiscípulo. No dar paso a la burla en cuanto a los comentarios de su compañeros ni a la crítica destructiva. Puede contraponerse a un criterio expuesto, cuando conozca el tema, respetando la posición contraria. En cuanto al trato para con su profesor, se dirigirá a él sin tutearlo, no llamarlo por su nombre propio, ni dirigirle expresiones impropias y desconsideradas a quien es su guía. Tendrá muy en cuenta su investidura.

B. Atención: El alumno debe asumir una actitud de completa atención ante los nuevos conocimientos. Evitar expresiones tales como "que pereza estudiar", pues de una manera u otra, lo que expresamos orienta nuestra disposición de ánimo. Quien efectivamente desee convertirse en un verdadero jurista, no dejará de lado cualquier oportunidad de prestar atención al ordenamiento jurídico y a todo el Derecho. Si lee los doctrinarios con denuedo, enriquecerá sus conocimientos e irá orientando su posición teórica hacia determinada corriente de pensamiento, asumiendo así una perspectiva crítica-constructiva con el debido respaldo doctrinal. No debe dejar pasar la información sobre los cambios en el conglomerado normativo, sea por promulgación de leyes en la Asamblea Legislativa o por pronunciamientos de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional; así como seguir los procesos judiciales de relevancia nacional a través de los medios de comunicación colectiva. Leonardo Da Vinci afirmó "Mediocre alumno, el que no sobrepasa a su maestro". - En el transcurso de la clase, su deber es participar; sea en las discusiones o mediante intervenciones aisladas pero relacionadas con lo que se analiza o bien, exponiendo sus dudas.

C. Responsabilidad: Un estudiante consciente de lo que su labor implica se presentará puntualmente a clase, hará las pruebas en las fechas fijadas al efecto, así como entregará al profesor sus ejercicios estudiantiles en el plazo preestablecido. No debe rogar clemencia al mentor para infringir términos deliberadamente (salvo situaciones de emergencia evidente) o solicitar notas más elevadas de las que realmente merece, utilizando para ello medios extorsivos (sutiles u obvios). Debe analizar objetivamente sus muchos o pocos esfuerzos por superarse y avanzar en el aprendizaje. Lo anterior no significa que, si la razón está de su lado no tiene la posibilidad de reclamar. Al contrario, si así sucediese, debe buscar la reivindicación de sus derechos, fundamentando correctamente sus argumentos, con la cortesía que en ningún momento debe perder. Durante los exámenes deberá evitar cualquier tipo de fraude, pues si pretende salir avante mediante tales acciones es como si hiciese un hoyo bajo sus pies al momento de atravesar un elevado puente, pues en algún momento (y puede ser durante el ejercicio profesional) quedará demostrada su

incapacidad y falta de conocimiento⁹. Ante los desaciertos, deberá asumir su propia responsabilidad, no buscar terceros a quienes desplazársela.

D. Comunicación: No debe guardar para sí mismo aquellas situaciones que se presenten incómodas. Es conveniente que exprese al profesor sus Inquietudes, dudas, opiniones en todo momento. La comunicación sincera hace milagros. El diálogo aniquila posibilidades de enfrentamiento.

⁹ Véase Supra. p. 13-14.

CONCLUSIONES

1. Para enfrentar un proceso educativo éste debe asumirse, por parte de profesores y estudiantes, con una actitud positiva y optimista.
2. Esta se traduce fundamentalmente en dos aspectos principales: enseñar y aprender adecuadamente.
3. Aparte de los aspectos técnicos de la ciencia del Derecho y de la pedagogía, se involucran en este proceso de aprendizaje reglas del trato social, valores y principios éticos.
4. Antes que profesor o estudiante, son seres humanos.
5. No se logran efectivamente los objetivos de enseñanza y aprendizaje óptimos si no existe una cordial y respetuosa relación entre docentes y discípulos; así como una dedicada y responsable actitud, por parte de estos sujetos ante el proceso educativo.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA PELAYO Y GROSS (RAMÓN) Diccionario Enciclopédico Larousse, Barcelona. Editorial Noguer, 1972.

HERNÁNDEZ (RUBÉN) "La Ley" Derecho Constitucional Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 1983.

LATORRE (ÁNGEL) Introducción al Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, séptima edición, 1976.

PACHECO (MÁXIMO) Introducción al Derecho, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1976.

HABA (PEDRO) "De la Fantasía Curricular", Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No. 56, mayo-agosto de 1986.

LA FACTURA CAMBIARÍA EN GENERAL
(Un análisis con especial referencia de las regulaciones que contenía el Proyecto de la Ley Reguladora del Mercado de Valores)

*Lic. Carlos José Carrera Castillo**

Introducción General	17
Capítulo Primero: Aspectos generales de la factura cambiaria	18
Sección Primera: Antecedentes históricos	18
Sección Segunda: Generalidades de la factura cambiaria	22
Sección Tercera: Función económica de la factura cambiaria	23
Capítulo Segundo: Factura cambiaria y otros títulos similares del derecho cartular	25
Sección Primera: La duplicata brasileña	25
Sección Segunda: La factura conformada argentina	30
Sección tercera: Las facturas protestables	37
Capítulo Tercero: La factura cambiaria	38
Conclusiones	55
Bibliografía	60
Anexos	61

INTRODUCCIÓN GENERAL

Con la reciente promulgación de la Ley N° 7210 del 10 de octubre de 1990, denominada: Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, el artículo 33 de la referida ley reconoce un título valor desconocido en la práctica mercantil y jurídica nacional; nos referimos a la Factura Cambiaria.

* Abogado y Notario Público. Especialista en Derecho Comercial. U.C.R. Profesor de Derecho Comercial en U.C.R. y Escuela Libre de Derecho.

En virtud de la incorporación legislativa al ordenamiento jurídico costarricense de tal título, hemos considerado de vital importancia referimos a ella, pensando que ante su desconocimiento la institución relacionada puede pasar inadvertida y caer en el absoluto desuso.

El presente artículo tiene como propósito general precisamente dar a conocer la Factura Cambiaría, en el ámbito de los estudiosos del Derecho principalmente. En tal medida haremos un enfoque descriptivo de la Factura Cambiaría a los efectos de dotar al lector de un conocimiento general respecto de este original título del Derecho cartular latinoamericano. No nos proponemos crear polémica respecto del tema, sino informar el alcance, contenidos, estructura, funcionamiento y efectos de la Factura Cambiaría.

Sin embargo, debemos aclarar "prima facie" que la Factura Cambiaría es enunciada en el artículo 33 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, con ocasión de los títulos valores susceptibles de negociación en bolsa sin inscripción previa, pero carece de una regulación sistemática respecto de los elementos que la configuran. El Proyecto de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, pretendía hacer una regulación armoniosa, pero en la Comisión Legislativa que dictaminó este Proyecto se eliminó esa regulación, que aunque insuficiente y omisa en muchos aspectos, era indispensable para tener una mayor aproximación a la sustantividad de la Factura Cambiaría. Respecto del Proyecto sí hemos apuntado algunas imprecisiones e indeterminaciones, lo cual puede contribuir para abrir un debate respecto de este lema, sobre todo si pensamos que existen inquietudes en algunos legisladores de impulsar aquellos aspectos eliminados por la Comisión que dictaminó el Proyecto.

Nos sentiremos satisfechos si esta investigación cumple con nuestro propósito informativo.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA FACTURA CAMBIARÍA

Sección Primera:

1. Antecedentes Históricos

Los antecedentes de la factura cambiaría, tanto a nivel legislativo como informativo y doctrinal, han sido ubicados normalmente en los países del denominado Cono Sur latinoamericano (Brasil, Argentina y Uruguay), aunque algunos han creído encontrar su antecedente más remoto en Portugal, en donde existe por imperio del Decreto del 20 de marzo de 1931 un sistema llamado "extracto de factura"¹ muy similar a la "Duplicara".

Efectivamente un estudio detenido de este fenómeno nos permite acreditar que fue Brasil quien mediante Ley 187 de 15 de enero de 1936, se constituyó en el primer país en el orbe en regular un tipo especial de factura, a

¹ BENELBAZ (Héctor Angel). Factura conformda. (Su incorporación al derecho cambiario). Buenos Aires, Ediciones DePalma, segunda edición. 1965, pág. 65.

este "instituto jurídico" se le denominó "Duplicata".²

La duplicata brasileña nació como consecuencia de la necesidad, en la venta a plazo de mercaderías, entre comerciantes, de muñir al vendedor de una constancia firmada por el comprador que le permitiese accionar contra los deudores morosos y obtener descuentos bancarios, al documento, con la firma del comprador, en "conta assinada" (cuenta firmada) o sea un título de contabilidad líquida y cierta negociable en los bancos...³

La "duplicata", antes del año 1936, podría considerarse un título socialmente típico, utilizado en la práctica mercantil producto de los usos y costumbres pero no regulado positivamente. Surge su normatividad por una necesidad de contar con un instrumento que fije una regulación sistemática, coherente y adecuada de una realidad comercial que urge de ésta, para dotar a las relaciones jurídicas derivadas de su utilización de una mayor certeza y seguridad en el tráfico mercantil.

La "duplicata" en los términos que fue concebida, sirve de fuente histórica, material o real a todas las legislaciones que posteriormente se inspiraron o fueron influenciadas por aquella.

El punto de inicio de una sinopsis histórica sobre la factura cambiaria, debe necesariamente partir de la "duplicata brasileña". Un análisis evolutivo del proceso histórico nos dará mayores elementos de juicio para corroborar tal apreciación.

El original título valor brasileño, doctrinariamente se llegó a conocer en Argentina de una manera un tanto circunstancial. Sucede que en Uruguay se estaba estudiando la posibilidad de establecer el "conforme obligatorio" en su legislación, el estudio cuya competencia recaía en el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de Montevideo. Uno de los miembros del Instituto, vía epistolar solicitó información a una Universidad Argentina, dándose cuenta los argentinos que carecían de noticia sobre el peculiar título "conforme obligatorio", en virtud de lo anterior buscaron información y encontraron un antecedente en relación con una conferencia del año de 1943 en el Instituto Bibliográfico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, referido al tema de la "duplicata brasileña".⁴

Esta situación tan especial marcó el interés de los argentinos por estudiar y analizar este particular instrumento crediticio. En lo sucesivo se implementaron conferencias, seminarios, e incluso opiniones a los entes encargados de regular la política crediticia nacional, en relación con la viabilidad de incorporarlo a la legislación. Luego de un debate jurídico y económico, la idea de introducir dicha institución fructificó y por virtud del Decreto-Ley No. 6601, del 17 de agosto de 1963, fue incorporada en la legislación

² ORIONE (Francisco). Factura Conformada. Nuevo instrumento de crédito de la Legislación Argentina. Buenos Aires, Editorial Bibliografía Omeba, primera edición, 1965, pág. 57.

³ Ver ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 56.

⁴ Ver: ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 52.

Argentina, con una variación en cuanto a su nomenclatura, puesto que en Argentina será conocida como Factura Conformada.⁵ La diferencia no es sustancial: la "duplicata" obtiene ese nombre porque el vendedor de la mercadería emite y envía al comprador de la misma, una "factura originaria" u original y un "resumen de la factura" o "duplicata". Ambos supuestos deben contar con las exigencias previstas por ley, y el comprador está obligado (salvo excepciones legales), a aceptar las facturas, dejándose la original y devolviendo al vendedor el "resumen o duplicata" debidamente firmado y en los plazos legales, para que el vendedor -si así le dispusiere- la ponga a circular por vía de endoso, o por medio del redescuento en los Bancos. En Argentina se envía la factura por parte del vendedor al comprador, quien tiene la obligación de aceptarla (salvo excepciones), y firmarla poniéndole el recibido conforme, de ahí deriva su denominación.

Otro país latinoamericano que ha regulado este singular título valor, de una manera amplia y bastante adecuada es Guatemala. El Código de Comercio de 1970 del referido país, en sus artículos 591 a 604 ambos inclusive, contiene disposiciones normativas que lo regulan. Determinante es resaltar cómo el Código Guatemalteco utiliza la denominación Factura Cambiaría, con una particular ubicación en el Código, pues se encuentra en el Libro Tercero, Título Primero, que regula los distintos títulos valores; ello significa sin mayor esfuerzo que el legislador guatemalteco ha reconocido expresamente su naturaleza jurídica de título valor. No deja de ser curioso que en Guatemala se utilice la denominación Factura Cambiaría, pues los anteriores países en que ha sido regulado han preferido otro tipo de denominaciones. Todo parece indicar que la nomenclatura utilizada en Guatemala respecto de este título-valor, está influenciada por el Anteproyecto de Títulos Valores de la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (S.I.E.C.A.) y por el Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina del profesor mexicano RAÚL CERVANTES AHUMADA.

En el año de 1973, nuevamente un país latinoamericano, incluyó dentro de su ordenamiento jurídico positivo la factura cambiarla, con los mismos rasgos y características generales que la "duplicata" y "factura conformada" aunque ampliada en cuanto al objeto y estableciendo la facultatividad de su utilización. Nos referimos a Colombia, país que modificó su Código de Comercio, para contemplar en sus artículos 772 a 779. la factura cambiaría con esa nomenclatura.

Como se habrá observado Colombia al introducir esta figura jurídica, ha utilizado una denominación similar a la de Guatemala. De conformidad con lo anterior, además que en términos generales conserva la estructura jurídica de las fuentes que la nutrieron como son los antecedentes brasileño y argentino, estimamos por lo tanto que la doctrina costarricense⁷ se precipitó en otorgarle la paternidad de la factura cambiaría al Derecho Colombiano, en virtud que como ha quedado expuesto ni siquiera el nombre es original, pues el legislador guatemalteco ya la conocía con ese nombre y en igual medida era la terminología del Anteproyecto de la S.I.E.C.A. y el Prof. Cervantes Ahumada en su Proyecto de Ley Uniforme latinoamericana sobre títulos valores.

⁵ Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 21.

⁷ ARAYA FALCON (Bernardo) y SÁNCHEZ DÍAZ (Johell). La Factura. San José. Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 198. pág. 128.

En el Derecho Nacional no encontramos antecedentes inmediatos en tomo a la factura cambiaria. El precedente más cercano estaría representado por la factura comercial, que coincide en cuanto al nombre factura, pero difiere en su estructuración jurídica, naturaleza y funcionalidad. La factura comercial está regulada en los artículos 431 inciso c, 438 y 460 del Código de Comercio.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, en su artículo 33 y de manera enunciativa se introduce en nuestra legislación mercantil la Factura Cambiaría.

Analizando el articulado (arts. 841 y siguientes) del Proyecto de la referida ley, que en el caso concreto de la Factura Cambiaría fue eliminado, se colige que el legislador nacional tuvo como fuente próxima al Anteproyecto de la S.I.E.C.A., el Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina del Profesor Raúl Cervantes Ahumada, además los Códigos de Comercio Guatemalteco y Colombiano. No obstante, haciendo un análisis comparativo con las disposiciones y proyectos foráneos citados, encontramos ciertas semejanzas, pero el Proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores costarricense era innovativo en algunos aspectos y en otros omitía regular situaciones necesarias para un adecuado funcionamiento. En su oportunidad nos referiremos a estos aspectos.

Por supuesto que el Proyecto de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, admitía en su conformación la influencia de los títulos antes mencionados de Derecho Cartular de los países del Cono Sur, que a su vez, estimamos, han ejercido una notable influencia en el Proyecto de Ley Uniforme y en los Códigos de Comercio de Colombia y Guatemala.

Así las cosas, debemos manifestar que la factura cambiaria nacional sigue los derroteros de un novedoso título de Derecho Cartular americano.

Cabe agregar que la mayoría de los países americanos, en donde la factura cambiaria ha alcanzado su consagración a nivel legislativo, ha sido precedida su incorporación de un debate jurídico-económico a los efectos de sopesar sus virtudes y falencias, como medida previa para su sanción legislativa. No obstante, en Costa Rica donde tenemos noticia, desconocemos que haya habido aún, una discusión académica que analice las posibilidades reales de su incorporación como texto legal.

Sección Segunda:

Generalidades de la factura cambiaria

Es un típico instrumento de crédito. Bajo esta denominación se ha disciplinado un nuevo título valor que pretende servir de vehículo dinamizador de las relaciones del tráfico mercantil.

La factura cambiaria es un título cambiario que está previsto para los contratos de compraventa mercantil a crédito, con un plazo superior a los treinta días. Sin embargo, debe agregarse que también se utiliza en el área de la construcción e industrial.

En términos generales la factura cambiaría, aparentemente ha sido catalogada como un título cambiarlo a la orden, muy interesante, surgido como un título capaz de circular autónomamente, es decir no tropieza con los inconvenientes o vicisitudes que acompañan a la factura comercial, dado que esta última tiene como ley de circulación la cesión de derechos (aunque en Costa Rica con algunos matices, pues si bien es cierto se ha admitido la circulación a través de la cesión, algunas resoluciones judiciales han sostenido que la Factura Comercial es un título nominativo y que en consecuencia debe aplicarse analógicamente el artículo 686 del Código de Comercio [hoy con la reforma 687 del mismo código], ver TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL. No. 408 de las 10:20 horas del 13 de junio de 1979, tesis equivocada, en virtud que la factura comercial no es un título valor nominativo sino un documento probatorio nominativo, el cual debe regirse por la cesión de créditos prevista en los artículos 490 y siguientes del Código de Comercio, mientras la Factura Cambiaría circulará por medio en Endoso).

Posteriormente intentaremos un paralelismo o comparación entre la factura cambiarla y la factura comercial, con el propósito de determinar sus diferencias. Ahora bien, podría argumentarse que con la introducción de la factura cambiaría, muchas facturas comerciales podrían adquirir la naturaleza de título valor si cumplen con los demás requisitos propios y consustanciales de tales títulos que no obsta decir fueron eliminados del Proyecto original, complicando el asunto, pues tenemos en principio un título valor novedoso, mas desconocemos cómo está compuesto o al menos no identificamos qué requisitos exige la Ley Reguladora del Mercado de Valores o en su defecto el Código de Comercio, máxime cuando este tipo de títulos necesita de requisitos específicos que no pueden ser colmados por los requisitos generales y comunes a todos los títulos valores.

Sección Tercera:

Función económica de la factura cambiaría

La función económica de la factura cambiarla consiste, en la facilitación y constitución de un nuevo instrumento comercial y crediticio que opere en el tranco mercantil, de una manera expedita y segura a los efectos de acreditar la existencia de una relación jurídico comercial.

Es muy común que la doctrina señale como fundamentos económicos, los que tuvo el Gobierno de la República Argentina en el momento de emitir el Decreto-Ley que rige la materia, y que en su parte esencial manifestó: "...frente a la estrechez financiera en que se desenvuelve la actividad económica en general, es menester afinar los instrumentos de regulación crediticia, con el propósito de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos de los bancos, procurando que los medios disponibles no se apliquen a operaciones meramente financieras, en detrimento de las reales de la economía y confianza nacionales. Que uno de los procedimientos más adecuados para la consecución de ese objetivo consiste en la implantación de un documento que, al reflejar más fehacientemente que los papeles en uso, los procesos de producción, transformación y distribución de mercaderías, permitirán a las instituciones bancarias y al propio Banco Central discernir, con mejores elementos de juicio, acerca de las legítimas necesidades de la economía... Un documento de esta índole

podrá servir de punto de partida para un más eficaz ordenamiento y moralización de las prácticas mercantiles"⁸

Consideramos acertada la posición del Dr. Trujillo, quien estimó valederas estas razones para Colombia⁹, y en adhesión a su conclusión estimamos que las consideraciones relacionadas precedentemente son también de recibo en Costa Rica, un país con grandes dificultades financieras y necesitado de esta clase de títulos.

En síntesis, tal y como se ha afirmado en la realidad económica y jurídica Argentina, "la factura conformada ha sido creada como un título circulatorio y con la finalidad de constituir un instrumento de crédito cambiarlo o crédito de descuento y en especial bancario"¹⁰.

En materia de función económica. Costa Rica ha conocido en la práctica el descuento de facturas comerciales cuando las mismas han podido circular a través de la cesión de créditos, lo cual conlleva ciertos riesgos y además exige formalidades legales (notificación al deudor, oponibilidad de excepciones derivadas, etc.). Y en algunas oportunidades cuando se transmite la factura comercial, sin que esto asombre, para obtener el descuento de la misma, se le ha exigido al transmitente garantías colaterales (letra de cambio o certificado de prenda). La transmisión de la factura comercial a través de la cesión en nuestro medio no ha tenido un desarrollo aceptable, principalmente por las formalidades que rodean a la factura comercial, lo cual incluso ha provocado una subutilización de tal instrumento. Costa Rica a pesar de haber regulado la factura en los artículos 431, 448 y 460 del Código de Comercio, elevándola al rango de título ejecutivo, ésta no ha progresado como instrumento de movilización de capitales, sino que en la mayoría de los casos se ha quedado en una función meramente probatoria de una relación Jurídica comercial.

La factura cambiaría es concebida para operar como, instrumento crediticio, en especial en la figura del descuento y del redescuento bancario; No conocemos si la Comisión Redactora nacional previo esta circunstancia y consultó con la Banca, su adaptación y aplicación en nuestro país, lo cual no debió omitir, en virtud que en la realidad económica costarricense los Bancos estatales y privados generalmente no se han dedicado al descuento de facturas, dejando esa actividad en manos de algunos particulares. A lo sumo, nuestra Banca ha concedido créditos aceptando como garantía facturas emitidas por el Estado o por instituciones públicas (cesión cautiva).

En la factura cambiarla en principio, las ventajas económicas están previstas para ambas partes, denominadas en este trabajo: acreedor y deudor. Como la factura se origina de una negociación efectivamente realizada (art. 841 del Proyecto) - incluso en Argentina y

8 MALAGARRIGA, citado por TRUJILLO CALLE (Bernardo). Las Facturas Cambiarias. En Revista de Estudios de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Año XXXIV, Vol. XXII, N° 83, Marzo 1973, pág. 94. En igual sentido, ver a: ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 11 y 12.

9 Ver: TRUJILLO CALLE, ibid supra nota 8.

10 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 5.

Brasil se imponen sanciones punitivas para quien emita facturas que no se hayan originado en una venta realizada material y jurídicamente, (en Costa Rica y Colombia por desatención se dejó sin sanción alguna)-, aun cuando se independiza de la relación subyacente, el título que surge tiene un verdadero sustrato económico. Así las cosas, el vendedor-acreedor concede un crédito documentarlo al comprador-deudor, concediéndole a la vez un plazo para que cancele a quien le presente el título (tenedor), el monto de la obligación cartular, el tenedor del título puede coincidir con él acreedor original o eventualmente podría tratarse de un tercero tenedor. De lo expuesto colegimos que tanto acreedor como deudor obtienen recíprocos beneficios, en tanto el acreedor-vendedor podrá colocar su mercadería y con la factura cambiaría al circular por endoso u obtener un descuento bancario, obtendrá su dinero antes del vencimiento del plazo concedido para cobrar su crédito. En igual forma el comprador-deudor obtiene créditos para adquirir mercancías y conservar el beneficio del plazo. Asimismo, si existiere un tercero, el tenedor del título se ve beneficiado por su seguridad, además que los anteriores endosantes (salvo pacto en contrario) responden solidariamente (art. 843 del Proyecto), y ha funcionado a través del descuento obtendrá una ganancia por haber facilitado una cantidad inferior al monto original de la obligación. Pero la importancia desde el punto de vista jurídico-económico radica en la función sustitutiva del título, pues el mismo documento se eleva a rango de título valor, lo que no sucedía con la factura comercial, pues las obligaciones a crédito se garantizaban además con otro documento colateral.

Por último según RIBAS CARNEIRO, es *"...un documento cuya finalidad consiste en obligar al comprador de la mercadería a confesarse deudor del importe exacto del precio y a prometer su pago en época determinada, quedando así fijado el quantum de la deuda y al mismo tiempo documentado el crédito y facilitada su liquidación"*.¹¹

CAPITULO II FACTURA CAMBIARÍA Y OTROS TÍTULOS SIMILARES DEL DERECHO CARTULAR

En los acápite precedentes hemos hecho referencia a la existencia de ciertos "títulos valores", que han servido como antecedentes y fuente inmediata a la factura cambiaría, ellos son la "DUPLICATA BRASILEÑA", "CONFORME OBLIGATORIO DEL URUGUAY", "LA FACTURA CONFORMADA ARGENTINA" Y "LAS FACTURAS PROTESTABLES FRANCESA",

En este capítulo hemos considerado oportuno analizar sus principales características, pues en puridad de principios no difieren en mayor grado (salvo las protestables francesas) de la factura cambiaría; es más podría pensarse que con mínimas diferencias se trata en realidad de un mismo título valor con diferentes énfasis, matices y nombres.

Sección Primera: La duplicala brasileña

¹¹ Ver RIBAS CARNEIRO, citado por ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 56.

De los títulos en estudio es el de mayor tradición y eficacia. La duplicata surge como instituto legal en el año 1936; sin embargo, era utilizado por los comerciantes "cariocas" mucho antes de su consagración legislativa (algunos consideran que ello ha sido punto protagónico para su gran auge y desarrollo).

La duplicata emerge a la vida jurídica como instituto sucedáneo del pagaré y la letra de cambio en las relaciones negociales internas, y en las ventas de mercadería a plazo superior a los treinta días. Aunque su función ha consistido en sustituir al pagaré y a la letra de cambio, en alguna oportunidad se les ha tratado de asemejar. Pero la doctrina brasileña en tesis de ALCÁNTARA AVELLAR ha sostenido lo siguiente:

"La Duplicata tiene cierta similitud con el pagaré, porque ambos títulos contienen una promesa de pago y de pago en dinero, pero se apresura a hacer notar que se diferencian en que "la duplicata" es una promesa de pago en dinero proveniente de una operación de compra-venta, lo que no ocurre con el pagaré con el cual, por otra parte, no tiene semejanza estructural. Esta semejanza estructural existe, para ALCÁNTARA AVELLAR, con la letra de cambio, si bien observa que se diferencian en cuanto al girado no tiene la obligación de aceptar".¹²

(Recuérdese que en Brasil, el comprador está obligado a aceptar).

Los países que poseen un título derivado de éste, eventualmente pueden beneficiarse de la referida doctrina, caso de Argentina. Resulta comprensible la distinción con el pagaré y en la forma que se encuentra redactado nuestro proyecto de ley, la distinción es operativa procedente. El problema se presenta en país como Colombia y Costa Rica, en relación con la letra de cambio, dado que en la factura cambiaria, el girado o deudor no está tampoco obligado a aceptar la factura cambiaria (a 841 del Proyecto).

La duplicata ha alcanzado un notable desarrollo en Brasil, en donde funciona de una manera eficaz en el comercio, por lo cual veamos sus rasgos más sobresalientes.

A. Noción de duplicata

La figura jurídica "duplicata" puede conceptualizarse como aquel título valor de naturaleza cambiaria, originado en un contrato compraventa mercantil o un contrato de construcción y que acredita la realización efecto de la negociación mercantil, pero el título que surge se independiza de la relación subyacer y puede circular autónomamente mediante figura del endoso.

Estructuralmente en la "duplicata" coexisten dos facturas, una denominada "originaria" y otra que es un extracto o resumen, del cual deriva el nombre "duplicata", del original, que el vendedor emite y envía el juego facturas al comprador, estando este último la obligación de ACEPTAR (salvo excepciones legales), conservando para sí la factura original y restituyendo al vendedor (en los plazos legales) el resumen o duplicata

¹² Ver: ALCATARA AVELLAR citado por ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 63.

debidamente firmado. Al aceptar la factura, el comprador confiesa su deuda y el vendedor constata crédito.

B. Requisitos y formalidades legales

Como característica peculiar de todo título cambiarlo, tenemos que la "duplicata" un título formal. La duplicata no escapa a las formalidades, y en consecuencia la ley brasileña ha estipulado los siguientes requisitos que se estilán esenciales:¹³

1. La inscripción "factura originaria".
2. Número de orden, folio y tomo correspondiente al registro establecido.
3. La designación del lugar y fecha en que se expide.
4. Nombre, apellidos y domicilio completos del vendedor y comprador.
5. Denominación y características principales de la mercadería vendida.

La ley brasileña no regula la forma en que se ha de resolver la ausencia u omisión de uno o algunos de estos requisitos tenidos como esenciales. Consideramos que la forma de suplir esta laguna, vendría dada por los principios generales de los títulos cambiarios; es decir, que el negocio jurídico que le da origen al título es válido, mientras el título nunca alcanzará su condición del título valor.

C. Aceptación

A diferencia de la regulación colombiana y eventualmente sucederá en Costa Rica, la EMISIÓN para el vendedor Y ACEPTACIÓN, sea el más apropiado. Así lo refiere ORIONE: *"Por su semejanza con la aceptación del girado en la letra de cambio se debe, seguramente, que se haya dado en llamar "aceptación" al reconocimiento escrito y firmado por el comprador en la "duplicata". Sin embargo, como ya lo expresáramos, un acto y otro difieren sustancialmente. En primer lugar, en la letra de cambio cuando se recaba la aceptación al girado, el título existe, pues ha sido emitido por el librador bajo su firma a la orden de un tercero: el tomador o beneficiario, mientras que el duplicado de la factura, ... por carecer de firma. No título alguno..."*¹⁴

No obstante, mayoritariamente se sigue denominando a este acto como aceptación, es decir, al reconocimiento que efectúa el comprador-deudor, el cual salvo excepciones contempladas en la ley se encuentra en la obligación de aceptar la duplicata, la forma de la aceptación es sencilla, es decir, firmando al pie de la duplicata, adquiriendo un deber correlativo, cual es, remitir al vendedor la factura duplicata.

Las excepciones bajo las cuales el comprador-deudor tiene el derecho de negar su aceptación son las siguientes:

¹³ Ver: ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 24.

¹⁴ Ver: ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 67.

- " a-) *Avería o extravío de la mercadería si ésta viajaba por cuenta o riesgo del vendedor,*
b-) *Vicios, defectos y diferencias en la calidad o en la cantidad de las mercaderías que figuran en la factura acompañada "duplicata"*
c-) *divergencia en los plazos y precios ajustados".*¹⁵

Esta obligatoriedad de la aceptación en Brasil ha sido objeto de variadas y prolongadas discusiones, pero esto solamente puede comprenderse con un estudio pormenorizado (que no es objeto de esta investigación) del surgimiento de las "contas assinadas" o "duplicatas", en el relacionado país sudamericano. El autor JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONCA (quien puede ser considerado uno de los más fieros detractores de la duplicata) señalaba: "Las "contas assinadas" fueron apodadas como facturas fiscales (faturas fiscais), y se calificaba al proyecto de ley como *"un flagelo que los grandes del comercio crearon para obtener por la fuerza un título descontable y con el cual siempre el consumidor quedaba como una víctima"*.¹⁶

D. Forma de circulación de la duplicata

Reconociendo la ley su naturaleza de título valor a la orden, su ley de circulación está representada por el ENDOSO. Recibida la duplicata firmada por el comprador y dentro de los plazos legales, el vendedor puede poner a circular el título. La ley brasileña según ORIONE reconoce tres tipos diferentes de endoso: *"El endoso puede ser en blanco o completo. También se admite el endoso irregular: endoso mandato ("duplicata" para cobranza) y endoso caución ("duplicata" en garantía pignoratícia)".*¹⁷

Tal y como lo hemos señalado en forma antecedente, siendo un título cambiarlo a la orden, la transmisión por endoso implica el principio de solidaridad cambiaría, salvo pacto en contrario, con el aceptante. Otro aspecto que nos permite observar su naturaleza cambiaría radica en la posibilidad de ser la duplicata garantizada por medio de AVAL, garantía que puede otorgarse a favor del endosante o aceptante, y como de todos es conocido, el aval es una garantía típica de los títulos cambiarlos.

E. El protesto en la duplicata

Una de las razones estructurales que acerca a la duplicata con la letra de cambio, consiste precisamente en la posibilidad del protesto. La ley dispone taxativamente las causas por las cuales resulta admisible el protesto:

- a) por la devolución sin la aceptación del comprador, sea la falta de firma o la no devolución.

15 Ver: ORIONE, en su Op. Cit. Pág. 58.

16 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 78.

17 Ver: ORIONE, en su ibid supra nota 5.

b) por la falta de pago, ello presume que la duplicata fue devuelta y firmada.

En el primero de los casos, el protesto es obligatorio, bajo pena de multa. Mientras que el protesto por falta de pago es facultativo, pero se hace necesario en caso que la duplicata haya sido endosada.¹⁸

Sección Segunda:

La factura conformada argentina

A. Generalidades

Tal y como lo hemos indicado, la factura conformada es una institución jurídica del Derecho Argentino. Posee una estrecha relación con la "duplicata" brasileña, la cual constituye su fuente inmediata y más próxima.

La factura conformada ha sido incorporada al Derecho Cartular Argentino, mediante Decreto-ley No. 6601 de 17 de agosto de 1963. Se agregó como una modificación al artículo 474 del Código de Comercio, incorporando a la vez un cuarto párrafo, el cual dice: "SI EL PLAZO DE PAGO DEL PRECIO FUERA SUPERIOR A LOS TREINTA DÍAS, SE ESTARA A LO DISPUESTO EN EL CAP. XV, DEL TITULO X DEL LIBRO 2", también se agregó un artículo creando el capítulo XV indicado, que consta de 19 artículos en donde se regula con amplitud el régimen legal de la factura cambiaria. La legislación Argentina también consideró oportuno introducir sanciones punitivas (penales) (Delitos de falsedad instrumental y otros fraudes en el comercio y a la industria, artículos 3 a 5 del Decreto-Ley) en esta materia, igualmente introdujo modificaciones en la legislación fiscal y bancaria (véase en el apéndice de esta investigación el referido decreto-ley).

La factura cambiaria tuvo una profunda discusión en relación con la conveniencia o no de introducirla dentro del ordenamiento jurídico argentino; hubo consultas a los bancos, se organizaron debates y seminarios en las Facultades de Derecho. En el año 1961 se presentó un proyecto al Congreso, que nunca pasó de Comisión y al final, en 1963 y en virtud de un decreto-ley en un régimen de facto, se incorporó al Derecho de este país.

Existían dudas sobre la conveniencia de incorporar la factura conformada, pero no se crea que era por considerarla inadecuada, sino que las críticas iban orientadas en el sentido de su desconocimiento y su consecuente probable no utilización en la realidad mercantil Argentina. Se argumentaba que por su medio se obtendrían créditos y se movilizaría de una manera expedita y cierta la riqueza, en un intento de hacerla atractiva. Pero no se eliminaba el temor e incertidumbre que se convirtiera en "letra muerta" legal sin utilización práctica.

Hay pasajes de la doctrina argentina que son elocuentes en cuanto a sus dudas y preocupaciones:

¹⁸ Ver: ARAYA FALCON y SÁNCHEZ DIAZ, en su Op. Cit. Pág. 110.

BENELBAZ relató: "Es como una tienda de pueblo provinciano que ofrece mediante carteles en la puerta, a sus clientes y amigos, como dicen los avisos de publicidad, un nuevo tipo de traje confeccionado con una tela importada del Brasil y en cómodas cuotas crediticias, pero que los parroquianos nunca han usado ni conocido"¹⁹, y más adelante citando a WINIZKY señalaba: "*y en cuanto a la factura conformada -exótica planta que se quiere aclimatar súbitamente- también son muchos y pares las objeciones que plantea*".²⁰

A pesar de la existencia de todas las objeciones en tomo a la factura conformada privó y prevaleció el criterio de introducirla como texto legal, a los efectos de disciplinar y poner a disposición de los comerciantes un nuevo título cambiarlo de fácil utilización y de sencilla circulación. Argentina asumió un riesgo y pareciera ser que no ha sido la más sabia de sus decisiones, pues en el decir de FONTANARROSA: "*la factura conformada es un cuerpo muerto, que no ha encontrado resonancia en nuestro medio de negocios*".²¹

B. Noción y "radio de utilización"

Por factura conformada debe entenderse: "*... el título de crédito obligatorio que nace de una compra-venta mercantil a plazo de la mercadería y condicionada en sus efectos a los requisitos formales y materiales determinados en la ley de su creación*".²²

De lo transcrito se infiere que la factura conformada está prevista para las compra-ventas mercantiles a plazo: el Decreto Ley especifica en su artículo 1, un plazo superior a treinta días. Por ende a contrario sensu, no toda negociación originada en una compra-venta mercantil puede estar subordinada a la aplicación de tales normas, sino solamente aquella que se adecue al plazo legal. Pero además el legislador argentino enumeró otros supuestos a título de excepción, en los cuales tampoco procede el uso de la factura conformada.

Tales excepciones son las siguientes:

- "a-) las compra-ventas en que se conceden facilidades de pago mediante el otorgamiento de letras de cambio, pagarés y otros documentos comerciales:*
- b-) las compra-ventas cuyo precio se cargue al comprador en cuenta*
- c-) las compra-ventas en que intervengan comisionistas o consignatarios"*²³

19 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 3.

20 Ver: WINIZKY, citado por BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 26.

21 Ver: FONTANARROSA, citado por TRUJILLO CALLE, en su Op. Cit. Pág. 95.

22 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 83.

23 Ver: Decreto Ley N° 6601-63, Art. 1.

El punto marcado con la letra a-) se debe comprender en el sentido que si las partes acordaron regir el crédito en virtud de otros títulos comerciales, es decididamente porque quisieron excluir de manera expresa el uso de la factura conformada para disciplinar sus relaciones negociales. No obstante, consideramos acertada la opinión de BENELBAZ sobre esta excepción, cuando afirma: "y si existe la facilidad o facultad legal de emisión de dichos papeles de comercio, en vez de factura conformada, en las operaciones de compra-venta, es de preguntarse asombrado dónde radica la obligatoriedad de la factura".²⁴

La excepción señalada con el punto marcado b-) tiene una evidente explicación, en verdad jurídica es conveniente excluirla de este régimen, en virtud que el contrato de cuenta corriente mercantil tiene una regulación especial (ver artículos 602 a 611 Código de Comercio de Costa Rica). Si entre las partes existe un contrato de cuenta corriente mercantil, la compra-venta mercantil constituye una remesa en cuenta, y al ingresar en cuenta se desconoce quién es deudor y acreedor (art. 603 Código de Comercio) de esa prestación. Además es una remesa que conserva su individualidad, pero la cuenta corriente es indivisible.

Al tener estas características si le aplicamos las normas de la factura conformada se estarían derogando las normas que rigen la cuenta corriente mercantil.²⁵ Para determinar quién es acreedor y deudor del saldo, debemos esperar a la clausura de la cuenta corriente (611 Código de Comercio de Costa Rica), pero como opera la compensación global de los créditos, esta factura ya puede estar cancelada y no obstante estar en manos de un tercer tenedor. Serían muchos y graves los problemas que se podrían presentar, y por lo tanto estimamos oportuna la exclusión.

La excepción del punto c-) está concebida también por su especial régimen legal.

Empero las anteriores elucubraciones, BENELBAZ se muestra contrariado y ha dicho: "Lo que resulta superfluo y sin justificativo científico es el régimen de las excepciones de la ley, que constituye un verdadero calidoscopio técnico jurídico".²⁶

C. Requisitos y formalidades legales

Considerada la factura conformada un título valor cambiarlo y siendo éstos por naturaleza formales y completos, se enlistan una serie de requisitos esenciales para tenerla como un título valor hábil.

24 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 86.

25 Para una mayor comprensión. Véase: CARRERA CASTILLO (Carlos José) y MELLADO SOTO (Carlos Luis). El contrato de cuenta corriente mercantil. San José. Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1987.

26 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 140.

La factura conformada al igual que su par, la "duplicata", constan de una factura original y un duplicado de la original y poseen los siguientes requisitos:

La factura original requiere:

1. La inscripción "factura originaria".
2. Número de orden, folio y tomo correspondiente al registro establecido en el artículo 17;
3. La designación del lugar y fecha en que se expide;
4. Nombre, apellidos y domicilios completos del vendedor y comprador;
5. Denominación y características principales de la mercadería vendida;
6. Precios unitarios y total;
7. La firma del vendedor.²⁷

En relación con el duplicado, que es lo que verdaderamente se llama factura conformada, deberá contener lo señalado en los incisos 2, 3, 4 y 7 del artículo 2, además lo que dispone el artículo 3.

Artículo 3: Además de los datos enunciados en los incisos 2, 3, 4 y 7 del artículo anterior el duplicado deberá contener lo siguiente:

1. *la inscripción "factura conformada";*
2. *El importe total de la factura originario expresado en letras y números. En los casos de artículo 5 se expresará en letras el saldo adeudado o el importe del cuota correspondiente.*
3. *Fecha de pago, expresado como día fijo o días vista;*
4. *Lugar de pago. Si la factura no lo indica, será pagadera en el domicilio vendedor;*
5. *La firma del comprador, que implica en reconocimiento de todo el contenido de las facturas originaria y conformada."*²⁸

Como título valor, la ausencia de algún requisito le resta eficacia al título, salvo en referido en el inciso 4 artículo 3, el cual el mismo decreto suple su omisión.

D. Remisión de facturas, aceptación y plazo

El juego de facturas (original y duplicado o conformado), está regulado en el art. 7 de Decreto-Ley. Deberá hacerse dentro de veinte días de la fecha de su emisión y nunca después de los treinta días de la entrega de la mercadería según el art. 6. Esta documentación debe ser enviada al comprador, y además debe ir acompañada de una cédula (ver apéndice), en la cual el comprador acreditará el recibo de las facturas y debe devolverse inmediatamente al vendedor.

27 Ver: Decreto Ley 6601-63.

28 Ver: ARAYA FALCON y SÁNCHEZ DIAZ, en su Op. Cit. Pág. 120.

La cédula mencionada no es dable confundir con la factura conformada. La cédula simplemente acredita la recepción de las facturas, mientras la factura conformada es el título valor que se pondrá a circular.

Recuérdese que el régimen legal argentino no presume la aceptación del comprador. Así el artículo 8 de Decreto-ley, en el cual se estipula que al comprador deberá devolver al vendedor el duplicado o resumen (factura conformada), debidamente firmada, en el plazo de diez días después de recibido.

Nótese que existe un plazo fijado para devolver las facturas, y el comprador sólo podrá negar el conforme (aceptación) en tres supuestos:

- a) existencia de vicios externos o redhibitorios,
- b) por divergencias en los plazo?, y precios estipulados y
- c) en el caso que el original o el duplicado de la factura adolecieran de alguno de los vicios formales que causen invalidez en los términos del artículo 4.

E. Forma de circulación

El artículo 9 del Decreto-Ley establece que la forma de circulación de este instrumento consiste en el ENDOSO.

Cabe agregar que al transmitirse la factura conformada por endoso, y *"siendo, autónomo el derecho que ejercita el poseedor legítimo, no puede el deudor oponerle ninguna de las excepciones que podía oponer a los poseedores anteriores; más aun, si el título le había sido robado o de cualquier otro modo salió de sus manos contra su voluntad o si asumió la obligación por hechos de dolo o fraude, nada de esto podría invocar frente al poseedor legítimo que le reclama el pago, pues, como dijimos, el derecha de éste no tiene vinculación alguna con los tenedores anteriores"*²⁹.

Además, a este eficaz medio de garantizar la circulación representada por el endoso, se agrega en el artículo 9 del Decreto-Ley, la responsabilidad solidaria de los endosantes con respecto al endosatario.

Es posible también transmitir la factura antes que el comprador la conforme (acepte), pero en dicho caso, el tenedor del título está en la obligación de dar aviso al vendedor en tiempo oportuno, de la conformidad del comprador o de su negativa a aceptar la factura, bajo pena de la extinción de las acciones que pudiera tener contra el vendedor. Al vencimiento de la factura, el endosatario la presentará al comprador en los términos y forma que se hayan acordado, y a este efecto el tenedor se reputará representante del vendedor".³⁰

29 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 140.

30 Ver: Decreto Ley Argentino, Art. 9.

F. El protesto en la factura conformada

Regulado en el artículo 12 del Decreto-Ley, el protesto en la factura conformada es posible instaurarla por dos razones:

- a) por falta de devolución o aceptación
- b) por falta de pago.

En el primer caso el protesto deberá hacerse dentro de los diez días después de vencidos los plazos del artículo 8. Mientras en el segundo supuesto (falta de pago) tiene que hacerse dentro de los diez días siguientes del vencimiento del plazo fijado en el artículo 10 (El tenedor de la factura aceptada debe presentarla para el pago en el término de 10 días, so pena de extinción de las acciones que pudiera tener contra el vendedor y endosantes).

Se ha argumentado -creemos con razón- en relación con la forma de circulación, que si el legislador argentino tuvo entre sus propósitos y objetivos la fácil colocación de los créditos, no se haya dispuesto en el texto legal la posibilidad del descuento bancario.

Sección Tercera:

Las facturas protestables

Las facturas protestables tiene su fundamento legal en la Ordenanza No. 67838 del 28 de septiembre de 1967, complementada por el decreto 67-1243 de 22 de diciembre de 1967, ambos de Francia.

Básicamente las facturas protestables son un título valor del Derecho Francés, que no han sido lo suficientemente precisadas en la legislación del país mencionado.

Puede conceptualizarse como: "un título valor abstracto que comprueba la existencia de un crédito de suma de dinero, debida a un comerciante por un suministro de mercaderías, una ejecución de trabajos o una prestación de servicios, títulos que debe contener obligatoriamente la indicación de las modalidades y plazos de pago."³¹

Tienen la virtud de no restringir su ámbito de aplicación a la compraventa de mercaderías, en virtud de admitir otras prestaciones. Estimamos oportuno considerar las facturas protestables en este tópico a los efectos de conocer, aunque sea de manera superficial y somera, el hecho que la factura comercial haya sido elevada a título valor en el Derecho Francés.

Como se habrá notado, su denominación "facturas protestables", evidencia que para adquirir la cualidad de título valor debe previamente haber sido protestada por el tenedor legítimo del título.

31 Ver: GUYENOT, en su Op. Cit. Pág. 79.

La doctrina francesa admite que su naturaleza jurídica consiste en ser un título valor.

Se ha considerado además que la factura protestable tiene una evidente utilidad práctica indicándose al respecto:

"La factura confeccionada por el proveedor o el contratista a nombre del comerciante deudor, luego del pedido de mercaderías, ejecución de trabajos o prestación de servicios, se toma como base de la operación de crédito, al mismo tiempo que garantiza a éste en razón de la amenaza del protesto que pesa sobre el deudor. Gracias, pues, a una mutación Jurídica operada por efecto de la ley, la factura confeccionada en las formas legales, permite la recuperación del crédito, del cual queda liberado el proveedor o el contratista al transmitirla a un banco. Mas éste no está obligado a presentar la factura al cobro. El deudor debe, normalmente, efectuar el pago al vencimiento, mediante los procedimientos habituales. Únicamente ante la negativa a pagar del deudor, producirá el título su efecto apremiante, haciendo posible el protesto".³²

Así las cosas, la factura protestable tiene alguna semejanza con la "duplicata brasileña" y la factura conformada, en el tanto tratan de sustituir a la letra de cambio. Estructuralmente su afinidad vendría dada por la institución del protesto, aunque en la institución francesa, está prevista solamente para el caso de falta de pago. La factura protestable no reúne las mismas características que las anteriores, no está determinada su ley de circulación y se parece más a la factura comercial. Sintetizando puede decirse que se trata de una factura ordinaria, que con el protesto se eleva a rango de título valor.

CAPITULO TERCERO: LA FACTURA CAMBIARÍA

A. Reflexiones preliminares

En los capítulos precedentes, nos hemos interesado en conocer la estructura jurídica interior de principalmente dos títulos del Derecho Cartular, que guardan una estrecha relación o afinidad con la factura cambiaría. Nos referimos a la consabida "duplicata" brasilera y la factura conformada Argentina.

El estudio de los mencionados títulos es necesario dada su afinidad. En esta oportunidad trataremos de hacer un paralelismo entre las tres figuras, a los efectos de determinar a la factura cambiaría es un título estructuralmente diferente a los ya analizados, o si por contrario se trata de las mismas o en su defecto es una figura jurídica muy a fin.

En tesis de principio conocemos que factura conformada surge en Argentina con orientaciones y propósitos semejantes a la duplicata brasileña. No obstante la diferencia en su denominación, el régimen jurídico, administrativo y funcional es muy similar; tal vez más preciso y detallado el argentino. Ambos participan de concebirse como títulos

32 Ver: GUYENOT, en su Op. Cit. Pág. 80.

cambiarlos, es decir, formales y completos y además coinciden en el juego o remisión de facturas una original y otra copia o resumen, siendo en ambos institutos la copia, resumen o duplicado la que es considerada título valor, mientras la factura original la conserva el deudor. En Brasil el deudor debe firmar al pie su aceptación en la duplicata; en Argentina debe dicho sujeto pasivo de la relación jurídica estampar "el conforme", de ahí su nomenclatura: "factura conformada" y de ello se deriva también su diferencia nominativa, pero estructuralmente son una misma figura jurídica.

En lo sucesivo trataremos de auscultar estas dudas, o sea, determinar su diferencia - caso de existir- con la factura cambiaría o establecer su similitud o afinidad.

B. Noción y conceptualización de la factura cambiaria

La denominación factura cambiarla se introduce legislativamente por vez primera en el Derecho Guatemalteco y posteriormente en el Derecho Colombiano. En este último su fundamento jurídico se encuentra en una modificación al Código de Comercio del referido país en el año de 1973, regulado en los artículos 772 a 779.

Nuestro país carece de una regulación jurídica precisa sobre el tema de la factura cambiaría; actualmente lo tenemos enunciado genéricamente en el art. 33 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Consideramos que el legislador colombiano y la Comisión Redactora costarricense aciertan en denominar este instrumento crediticio como factura cambiaría, pues han tenido el cuidado de analizar que si se trata de un título cambiario, su denominación más adecuada ha de ser factura cambiaría para ser consecuentes con los principios que orientan el Derecho Cartular.

Puede conceptualizarse la factura cambiaría como aquel título cambiarlo que contiene implícita la cláusula a la orden, en virtud del cual el vendedor PODRA emitir y enviar una factura y una copia, en las cuales constarán los requisitos formales exigidos por la ley de su creación, al comprador, en aquellas ventas de mercaderías a plazo superior a los treinta días, que se hayan ejecutado real, jurídica o virtualmente, pudiendo el comprador aceptar; caso en el que deberá devolver en los plazos legales, al vendedor (ya sea el original o la copia según lo disponga la ley) para que éste la conserve hasta su vencimiento, quedando también el vendedor facultado para transmitirla por endoso o descuento bancario a un tercero, antes o después de su vencimiento.

La conceptualización expuesta en forma antecedente, puede no ser la más precisa y adecuada, pero ante la inopia de la doctrina, nos hemos visto en la obligación de intentar conceptualizar esta figura.

A los efectos de una mayor comprensión nos proponemos explicar brevemente el concepto. Previo a ello, es de rigor jurídico admitir que la conceptualización es parcial, dado que solamente es contemplativa de la factura cambiaría que se origina de una compraventa mercantil, y en efecto conocemos que también es de utilización en los contratos de transporte (art. 775 Código de Comercio de Colombini en los contratos de

construcción y para aquellos sujetos que presten servicios (innovación del Proyecto Nacional sobre Ley de Mercadeo de Valores, artículo 842). En consecuencia, para superar esa omisión, bastará modificar el concepto, incorporando en lugar de compraventa mercantil, los otros objetos o supuestos estipulados.

La conceptualización acordada a este título - factura cambiaría-, denota claras diferencias con la factura conformada y la duplicada. Inicialmente -la más evidente- se habrá comprendido que en la factura cambia-ría (arts. 772 Código de Comercio Colombiano, art. 591 C. de C. de Guatemala y art. 841 del Proyecto) no existe OBLIGATORIEDAD (que sí existe en Argentina, art. 1 del Decreto- Ley, y en Brasil art. 1 de la Ley) en el vendedor de emitir la relacionada factura cambiaría y en el comprador de aceptar; en este upo de regulación increíblemente la emisión y aceptación es FACULTATIVA O POTESTATIVA. Precisamente en Argentina y Brasil deviene obligatoria, para hacerla eficaz, cuando las actividades reguladas tienen un plazo superior a los treinta días. Esto tiene su explicación: si el título se quiere implementar, debe hacerse obligatorio su uso, salvo en los casos excepcionales, de otra manera el título se convierte en letra muerta.

La doctrina colombiana se ha cuestionado lo FACULTATIVO de la emisión y aceptación de la factura cambiarla y ha señalado: "Nuestra Comisión Redactora pensó en un principio hacer obligatoria la expedición y aceptación de la factura entre comerciantes, de la misma manera que en el Derecho francés se hace obligatorio el giro y aceptación de la letra de para garantizar las relaciones entre personas dedicadas al comercio. Pero al final, inexplicablemente, se dejó al libre arbitrio de comerciantes y transportadores crear y aceptarlas facturas, cuando lo indicado habría sido prestarle el auxilio de la obligatoriedad con el fin de imponerlo con sus indiscutibles ventajas en el mercado de valores mobiliarios".³³

En términos generales la noción que hemos propuesto se caracteriza por responder a la descripción de su funcionamiento pragmático, y salvo el caso de la emisión y aceptación en la factura cambiaría, notamos que se asimila a las facturas de los países del cono sur.

Por supuesto que existen otras distinciones en relación con plazos o respecto a quien conserva el documento original, pero son modificaciones poco trascendentales. La diferencia más cristalina está en la FACULTATIVIDAD, que obedece más a un descuido del legislador que a una profunda valoración sobre su variación.

En los próximos párrafos analizaremos los aspectos estructurales más relevantes de la factura cambiarla. Para lograr ese propósito, utilizaremos un análisis de la ley colombiana, el proyecto de ley nacional y la legislación argentina y brasileña, cuando ello sea posible.

C. De la emisión de la factura cambiaría

33 Ver: TRUJILLO CALLE, en su Op. Cit. Pág. 94.

En el acápite anterior quedó demostrado que facultativamente el vendedor podrá emitir la factura cambiaria, en aquellos casos de venta de mercaderías, transporte, construcción y prestación de servicios.

Aunque la ley colombiana y el Proyecto de Ley costarricense no lo señalen, es oportuno indicar que se trata de obligaciones crediticias a plazo, pues no tendría ninguna razón en tratándose de ventas o servicios al contado o a la vista. Sin embargo, se puede deducir del Proyecto costarricense, artículo 841 inciso d, que se trata de un crédito a plazo, pues no otra razón tiene el que se exija como requisito formal el "saldo adecuado y forma de pago". Pero lo omitido en ambas legislaciones es lo relativo al plazo mínimo del crédito, pues Argentina y Brasil que, los anteceden, han determinado que se emitirán este tipo de facturas, en aquellas ventas de mercaderías a crédito con un plazo superior a los treinta días. Colombia y Costa Rica adolecen de una norma similar y en principio podría pensarse que la emisión de estas facturas es permitida en toda operación crediticia sin importar el plazo. Empero ello no es cierto. Este tipo de facturas están previstas para plazos cortos, generalmente que no superen los ciento veinte días (plazo máximo) y treinta días (plazo mínimo). En nuestro país se hace necesario considerar una reforma en este sentido.

Otro aspecto omitido por nuestro Redactor del Proyecto, estriba en que no señaló el plazo que tiene el emisor para remitir las facturas. En Argentina y Brasil, generalmente se dispone un plazo de 20 días que tiene el vendedor para remitir el juego de facturas, aunque en la práctica se acostumbra enviar en conjunto con la mercancía. Sería oportuno considerar también este plazo en nuestro Proyecto de Ley.

D. Naturaleza jurídica de la factura cambiaria su diferencia con la factura comercial

1. Diferencia con la factura comercial

La factura cambiaria difiere sustancialmente de la factura ordinaria o comercial, cuya naturaleza es ser un documento probatorio de una determinada relación jurídica comercial. La factura cambiaria no tiene la virtud de constituirse en un simple documento probatorio, puesto que en su cuerpo -cumplidas las formalidades y plazos legales- incorpora un derecho de crédito, que circula automáticamente y no se ve afectada por las vicisitudes de la relación subyacente.

Conceptuamos a la factura comercial como aquella "*...lista de mercancías objeto de un contrato mercantil con la mención de sus características (naturaleza, calidad y tipo), su precio y su cantidad. La factura se refiere siempre a un contrato mercantil que suele ser el de compraventa*"³⁴. La factura comercial es una nota o detalle de las mercancías vendidas remitidas por el vendedor al comprador, en el cual se determina e individualiza las mercancías transmitidas, así como su valor y forma de pago, (contado o crédito), y con la cual se prueba la ejecución de un contrato.

34 Ver: GARRIGUES (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. México D.F. Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición, tomo II, 1983, pág. 27.

La regulación jurídica de la factura en Costa Rica es muy escueta y se encuentra en los artículos 431 inciso C), 448 y 460 del Código de Comercio. Los dos primeros le confieren su cualidad natural (documento probatorio condicionada su probatoriedad a la aceptación del comprador) y el último lo eleva a rango de título ejecutivo.

Las características principales de la factura comercial como documento privado radican en ser: declarativa y probatoria, según el valor que las leyes le asignen.

Hoy no se discute la naturaleza jurídica de la factura comercial; se admite pacíficamente que se trata de un documento privado; entendiendo por éste todo escrito en que se consigne, sin intervención de un notario, alguna declaración capaz de ilustrar o comprobar algo, produciendo consecuencias jurídicas contra quien la hace y autoriza con su firma.

Constituyendo la factura comercial un documento privado probatorio, por naturaleza no es un documento destinado a circular; no obstante lo anterior, cuando incorpora un derecho de crédito, puede circular y su forma o ley de circulación es la CESIÓN DE CRÉDITOS, prevista y sancionada en los artículos 490 a 494 del Código de Comercio.

Para poder contrastar la factura comercial con la cambiaria, era imperativo señalar sus principales connotaciones. Es por tal motivo que se ha realizado una síntesis muy restrictiva de lo que es la factura comercial.

En cuanto a la diferenciación entre una y otra. es decir, entre la factura comercial y la cambiaria, debemos tener presente que la primera: *"surge como un instrumento probatorio del contrato mercantil de compra-venta. y título necesario para su ejecución, pero que no representa la mercadería allí mencionada, ni es título de propiedad de ella."*³⁵. Mientras tanto la factura cambiaria es representativa de la ejecución de un contrato en la cual el mismo fue realizada material y realmente.

Además debe agregarse que: *"la factura mercantil no origina una acción cambiaria, aunque sí puede tener el privilegio de la acción procesal ejecutiva. La transmisión de la factura mercantil se produce por la cesión de derechos y ello trae como consecuencia la creación de derechos derivados... La factura conformada (entiéndase factura cambiaria), creada como título de crédito literal y autónomo, importa para quien ejecuta el derecho contenido en una acción cambiaria, que es de fondo y que puede ejecutarse o hacerse valer ante la justicia por cualquier vía procesal. El título de crédito tiene la acción cambiaria como derecho de fondo distinto de la acción causal propia de los instrumentos que originan derechos derivados"*.³⁶.

35 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 17.

36 Ver: BENELBAZ, en su Op. Cit. Pág. 18.

En síntesis la diferencia principal consiste en que mientras la factura cambiaría es un título valor, la factura comercial es un documento privado, y en consecuencia su ley de circulación es diferente, puesto que la primera se transmite por endoso, la segunda se hace por cesión. Además como corolario de lo anterior la cambiarla incorpora un derecho de crédito y la comercial sirve como prueba de la ejecución de un contrato. En nuestra legislación ambas se asemejarían -caso de aprobación de los supuestos eliminados del Proyecto-, en que son títulos ejecutivos, artículo 460 del Código de Comercio y artículo 845 del Proyecto, en Colombia, véase art.779 Código de Comercio.

2. Naturaleza Jurídica

La legislación colombiana en su artículo- 772 del Código de Comercio refiere que: "factura cambiaría de compra venta es un título valor..."³⁷. El proyecto de Mercado de Valores, parte del supuesto que se trata de un título valor cambiarlo.

La doctrina es pacífica en admitir la naturaleza de título valor, y así se ha expedido: "*La factura es un título valor de contenido crediticio (artículo 619 y 821) y derivado o causal. En verdad es "una orden y una promesa de pago de una suma de dinero proveniente de una operación de compra venta, exteriorizada en un documento formal y literal"*".³⁸

De lo expuesto se infiere que la factura cambiaría es un título valor indiscutido. De conformidad con su ley de circulación (aquella que los agrupa en títulos valores a la orden, nominativos y al portador) debemos manifestar que se trata de un título valor a la orden (artículo 843 del Proyecto) y en consecuencia se transmite por endoso.

Ahora bien, con base en la clasificación estatuida por el Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos de América, la cual los divide en: títulos cambiarlos, títulos representativos de mercadería y títulos de inversión o participación, el relacionado artículo 843 nos induce a pensar que se trata de títulos cambiarios puesto que dicho artículo introduce el principio de solidaridad cambiaría y la garantía por aval, que son institutos típicos de los títulos cambiarios.

Analicemos las características de los títulos cambiarios, y determinemos si la factura cambiarla reúne sus requisitos. Según el autor VALVERDE las características de dichos títulos son las siguientes:

- a. Absuelven una función monetaria. (arts. 841 y 842 del Proyecto).
- b. Incorporan exclusivamente un derecho de crédito personal representado por una suma de dinero (art. 841 del Proyecto).

³⁷ Ver: TRUJILLO CALLE, en su Op. Cit. Pág. 93.

³⁸ Ver: TRUJILLO CALLE, en su Op. Cit. Pág. 95.

- c. Concurren las características de incorporación, legitimación y circulación. (art. 841 y 847 Proyecto).
- d. Se emiten individualmente, (art.841 inc.a) del Proyecto: "el número de orden del título").
- e. Son independientes, sea, que no se relacionan con otros similares, (art.841).
- f. Son documentos formales, la omisión de una formalidad conlleva la nulidad del título y la pérdida de la ejecutividad (arts.670, 841, 843 del Proyecto).
- g. son abstractos, se desvinculan del negocio que les da origen, (art.841 párrafo in fine).
- h. Todos los firmantes son responsables solidariamente (Principio de solidaridad cambiaría), salvo que el endosante lo haga sin responsabilidad, (art. 843 párrafo segundo del Proyecto).
- i. Son títulos simples, el tenedor tiene derecho a una prestación determinada ³⁹.

Estimamos que la factura cambiaría, reúne todas las características expuestas y en consecuencia debe ser admitida como título valor cambiarlo. La duda se plantea en relación con su aparente causalidad. SATA-NOWKY señala: *"y en cuanto a que es casual, hay quienes admiten que lo sea sólo cuando se expide como consecuencia de una compraventa de cosa mueble con reserva de dominio"*. ⁴⁰. TRUJILLO por su parte aclara: *"Pero la tesis prevaleciente, sin embargo, es la de que se trata, simplemente de un título causal con la variante típica y muy particular que le anota LOLLET. es decir, que su causa inserta en el documentó está probada, no admitiéndose sobre elle réplicas y discusiones ante los Jueces"*.⁴¹

Sin embargo, si la causa está debidamente probada, y ello con base en la razón que exige el artículo 841 del Proyecto: *"Que le factura cambiaría debe corresponder a una venta de mercancías que hayan sido entregadas al comprador, real, jurídica o virtualmente"*. se deduce que el título surgido es un documento autónomo de la relación subyacente y es consecuencia el tenedor lo adquiere de manera originaria y no derivada, razón por la cual no se le pueden oponer excepciones por parte de deudor cartular al nuevo adquirente, salvo la excepciones personales. Por tales motivos, estimo que se trata de un título abstracto, desvinculado del negocio jurídico que le dio origen y por ende para todos los efectos correspondientes debe tenersele como título valor cambiario.

E. Requisitos de la factura cambiaria

La legislación Argentina y brasileña establecen requisitos tanto para la factura originaria como para el duplicado. Costa Rica y Colombia no han creído conveniente establecerlo de la misma manera, y solamente lo exigen para la factura original, (artículos 670 y 841 del Proyecto, artículos 774 y 621 del Código de Comercio de Colombia). En

39 Ver: VALVERDE (Eduardo). Clasificación de los títulos valores en la Legislación costarricense. San José Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1985. pág. 92.

40 Ver: SATANOWSKY, citado por TRUJILLO CALLE. En su Op. Cit. Pág. 96.

41 Ibid. nota anterior.

todo caso debemos presumir que como se trata de una copia, ésta debe reunir los mismos requisitos que la factura originaria.

En otro orden de ideas tenemos que el Derecho Colombiano, que prevé la factura cambiarla en los contratos de transportes, si estableció requisitos especiales para este tipo de facturas (artículo 776 Código de Comercio de Colombia), lo que lastimosamente no exigió nuestro legislador para el caso de las facturas cambiarlas que se originan en virtud de los contratos de construcción o prestación de ser vicios, (art.842 del Proyecto), por lo que analógicamente debe integrarse con los requisitos del artículo 841 a los efectos de suplir tal omisión. La factura cambiarla como título valor completo y formal, ha estipulado una serie de requisitos para considerarse de naturaleza cambiaria. Tal y como lo hemos adelantado, nuestro proyecto en sus artículos 670 y 841, los regula y agrupa de la siguiente manera:

- a. Nombre del título que se trate (factura cambiarla).
- b. Fecha y lugar de expedición.
- c. Derechos que el título confiere.
- d. Lugar de cumplimiento o ejercicio de tales derechos.

- e. Nombre y firma de quien lo expide (vendedor).
- f. El número de orden del título.
- g. Identificación de la mercancía vendida.
- h. Su precio unitario y total.
- i. Saldo adeudado y forma de pago, el cual podrá estipularse mediante abonos.
- j. Nombre y domicilio del comprador.

Se nota entre los requisitos formales la ausencia tal vez del requisito principal, es decir la FIRMA DEL COMPRADOR, dado que en el artículo 844 del Proyecto nos refiere la firma de la copia, pero firmada en este caso por el vendedor y no se crea que el error es exclusivo del Proyecto nacional sino también lo que padece el Código colombiano.

Necesariamente para hacer operativo el título valor factura cambiaria, debe constar la firma del comprador, pues según el artículo 5 del Decreto-Ley argentino, dicha firma implica el reconocimiento de todo el contenido de las facturas, originaria y el duplicado. Además que consiste en la aceptación y reconocimiento de la deuda u obligación contraída, por lo cual es un requisito esencial para ponerlo a circular. Sugerimos una reforma en tal sentido.

Cabe agregar que los únicos requisitos que se tienen por suplidos legalmente se refieren a los señalados en los puntos b y d, en cuyo caso se considerará el domicilio del emisor.

La omisión de tales requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen al documento. En Colombia es similar, pero el título pierde la condición de título valor (art. 774 Código de Comercio).

F. Aceptación y plazos para la aceptación y devolución de la factura cambiaria

Generalmente en la factura cambiaria hay un juego de facturas que el emisor-vendedor remite al comprador. Estas facturas deben contener los requisitos formales contemplados en el acápite anterior, salvo claro está, los que competen al deudor-receptor, que únicamente estaría representado por la firma, con lo cual demuestra su conformidad con el contenido y especificación de la factura. La figura de la aceptación es importantísima, puesto que al conformarla el deudor declara y confiesa la deuda u obligación contraída y en este momento es que se crea el título cambiario, es decir, con la firma del comprador, de ello también deriva su diferencia con la letra de cambio, puesto que ésta existe antes que el girado la acepte.

En Argentina y Brasil que han regulado con sumo cuidado este instituto crediticio, existen plazos tanto para el envío como para la devolución de la factura, e igualmente se expresan las causas por las cuales el deudor puede negar su aceptación. Nuestro Proyecto adolece de todos estos aspectos. Colombia ha regulado parcialmente estos aspectos, pues su artículo 778 idem se refiere única y exclusivamente al plazo de devolución: "*La no devolución de las facturas cambiarlas en un plazo de 5 días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación*".⁴².

A mayor abundamiento, en tesis de principio conocemos los antecedentes argentino y brasileño, que se remiten una factura originaria y un resumen, duplicado o copia. El receptor al recibir la documentación y en el caso de aceptar (tiene cinco días en Colombia, diez días en Argentina), firmará y devolverá la factura cambiaria, en Brasil se devuelve la duplicata y en Argentina la "conformada", o sea en estos países se reintegra lo que en nuestro medio llamaríamos copia, y es lógico pensar que así ocurra, dado que este documento es el que contiene la firma del comprador o sea su aceptación.

Pero en nuestro Proyecto, la regulación es totalmente diferente e incomprensible. El artículo 844 del Proyecto rige la materia de la aceptación:

"Al aceptar el comprador la factura cambiaria. dejará el original en poder del vendedor hasta la cancelación y conservará una copia firmada por éste."

En primer lugar, no se expresa para el comprador plazo para aceptar la factura cambiaria. Estaremos ante un estado de "penumbra", puesto que tampoco se reguló negativamente como en Colombia; un plazo legal en el cual se presume su no aceptación. ¿Cuanto tiempo tendrá el comprador para aceptar?. No lo sabemos. ¿Operará un silencio a favor del vendedor?. Ahora bien, en caso de aceptar el comprador, cuándo deberá devolverla. Nuestro proyecto omite nuevamente establecer un plazo para la devolución al vendedor y en igual forma tampoco establece causas por las cuales podrá entender su negativa, en el sentido que en Costa Rica y Colombia no existe obligación de aceptar la factura cambiaria. No obstante, estimamos que la figura de la aceptación en nuestro proyecto posee las imprecisiones reseñadas y lo más apropiado, en tal sentido proponemos que se regule en relación con el plazo del vendedor para enviar las facturas e igualmente el plazo concedible al comprador para aceptar y devolver firmadas la factura copia u original según lo disponga la ley.

⁴² Ver: Art. 778 del Código de Comercio de Colombia.

También observamos que el legislador nacional se apartó del criterio de la legislación y doctrina estudiada, dado que lo hemos referido, la factura que se pone a circular es la copia o resumen, mientras el original lo conserva el comprador. Ello es así para constatar con su factura original el haber recibido la mercadería y la copia se pone a circular, puesto que ahí consta la obligación contraída. El legislador nacional invierte el proceso, en el proyecto se ha pronunciado por entregar la factura original al vendedor y la copia al comprador; lo cual todavía no entendemos.

Por último, algo que innova nuestra legislación que considero bastante acertado, es que basta la aceptación de la factura para tenerla como título ejecutivo, ya que en otros países adquiere esa cualidad sólo cuando es protestada.

G. Forma de circulación

La factura cambiarla según el artículo 843 del proyecto es un título valor a la orden, y en virtud de ello, su ley de circulación está dada por el endoso. El artículo 843 ibídem establece el principio de solidaridad cambiaría, admitiéndose sin embargo que se pueda excluir esta solidaridad con un pacto en contrario.

En materia de endoso la doctrina considera varias posibilidades; "y se puede endosar en propiedad, prenda o procuración, especialmente, o en blanco, o insertándole la cláusula de "no negociable"⁴³.

Hay coincidencia con los tipos de endoso que admite la legislación brasileña. La factura cambiarla también admite el endoso procura o mandato (el cual se hace para el cobro del título valor). En este punto ha habido problemas en Costa Rica pues se han presentado casos en que se transmitían por endoso facturas comerciales para su cobro, y obviamente no resultaba improcedente, además es posible el endoso caución, es decir el otorgar la factura cambiarla en prenda.

El proyecto de ley del Mercado de Valores, a diferencia del caso argentino (artículo 9 párrafo segundo), no admitió una especie de circulación impropia, aquella que faculta la transmisión de la factura cambiarla aún antes de la aceptación del comprador. Se nota en este aspecto específico la consecuencia de nuestro legislador, ya que no podría haber admitido esta forma de circulación, si ha dispuesto la no obligatoriedad de aceptar en el comprador. Mal habría hecho si hubiera admitido esta posibilidad, si luego, el comprador se niega a aceptar y la factura ya está circulando. En Argentina, esta circulación es totalmente congruente, pues la aceptación es obligatoria.

En cuanto a la forma de circulación el Proyecto carece de valoración normativa sobre la figura del descuento bancario, pues este tipo de factores se ha desarrollado en otros países, en virtud del apoyo de la Banca de aceptar las facturas cambiarías, descontando una porción del valor total.

43 Ver: TRUJILLO CALLE, en su Op. Cit. Pág. 99.

H. **Ámbito de utilización de la factura cambiaria**

La factura cambiaria ascendida por las legislaciones a la condición de título valor, comúnmente ha circunscrito su utilización al ámbito de las compraventas mercantiles a crédito.

En Brasil, donde la figura jurídica se aclimató definitivamente, el "radio de utilización" se ha expandido considerablemente. No está restringida a las ventas mercantiles, y abarca otros campos en los cuales tiene una notable aceptación.

Nuestro Proyecto de Mercado de Valores (artículo 842), aprovechando la experiencia brasileña, amplía a otras áreas, proponiendo la incorporación y emisión de facturas cambiarias originadas en los contratos de construcción o en prestación de servicios. Decidió, no obstante, dejar sin regulación la factura cambiaria de transporte (artículos 775, 776, 621 del Código Civil de Colombia).

Notamos pues, una innovación en nuestro proyecto en relación con el régimen jurídico actual -artículo 460 del Código de Comercio vigente-, que el Proyecto sugería derogar. Al ver el artículo 231 del Proyecto sobre la factura comercial u ordinaria se considera solamente título ejecutivo las originadas en una compra-venta mercantil si reúne las demás exigencias legales. La innovación radica en que si las partes acuerdan regular sus relaciones negociales por medio de facturas cambiarias, al existir la posibilidad de emitir éstas por servicios, éstas tendrán respaldo legal y se elevan -aceptadas- a condición de título ejecutivo (artículo 845 del Proyecto), lo cual implica una reforma sustancial, en virtud que el actual régimen jurídico reiteradamente le ha negado el carácter ejecutivo, a la factura por servicios. El sistema legal del proyecto, sin embargo mantiene en el artículo 431 a la factura comercial.

Lo interesante de la instauración de este tipo de facturas radica en que conceden al comercio un nuevo instrumento crediticio, y al haber ampliado su campo de aplicación tradicional, trae ventajas económicas colaterales, pues habrá títulos originados en obras y servicios, que circularán eficazmente. Comentando esta realidad en su patria, AZAREDO SANTOS indicó: "*.. por su gran aceptación se ha extendido a la prestación de servicios en general y es especialmente en el campo de la construcción de vías públicas y edificios. A medida que se van construyendo los pisos o por cada tramo de camino entregado, se emiten o crean facturas... que sirven a manera de respaldo de la obra. Estos títulos son descontables por la banca y circulan con gran celeridad entre el público que los acata por el cuidado especial que el gobierno ha puesto en su seguridad y prestigio.*"⁴⁴

Nuestra Comisión Redactora tuvo absolutamente claro el funcionamiento de este título cambiarlo originado en la construcción y en los servicios, siendo prueba de ello el artículo 842 del proyecto. Sin embargo, no se exigieron requisitos especiales para este tipo de facturas, con lo cual para su expedición tendremos que recurrir a las normas generales, las cuales padecen de ciertas imprecisiones que eventualmente pueden volver infuncional el

44 Ver: Ibid., nota anterior

título. Aunque para tratar de subsanar estas omisiones, tendremos que recurrir a las disposiciones que regulan la letra de cambio.

I. Pago de la factura cambiarla

Al constituirse la factura cambiaría como un crédito, requisito indispensable que debe de contener la factura será LA INDICACIÓN DEL VENCIMIENTO, momento que nos fijará la fecha de cumplimiento del deudor.

Analizando los requisitos formales de las facturas cambiarías no tenemos uno que expresamente se refiera a este punto. El más próximo sería el artículo 841 inciso d) del proyecto: "Saldo adeudado y forma de pago el cual podrá estipularse mediante abonos", pero no es concluyente del vencimiento de la obligación. Estimamos que ante esta omisión legal se debe recurrir supletoriamente y de conformidad con el artículo 846, a las normas que regulan la Letra de Cambio e integrar el artículo 727 inciso d) del Código de Comercio vigente.

Otra circunstancia que se nos presenta dubitativa es lo referido al pago en tracto de la factura cambiaría por varias razones. El artículo 841 inciso d) establece esa posibilidad, mas no dice como el argentino artículo 5 del decreto, que se deberá hacer constar esa circunstancia en la factura (literalidad de los títulos valores), o como el colombiano que además de coincidir con el argentino reguló de manera precisa esta forma de pago en su artículo 777 que dice: "Cuando el pago haya de hacerse por cuotas, las facturas contendrán además:

- 1.El número de cuotas
2. La fecha de vencimiento de las mismas.
3. La cantidad a pagar en cada una."

Se estila necesario una reforma al proyecto en el sentido de incorporar estos requisitos:

Ahora se presenta otra duda: será permitido en nuestra legislación el pago en tractos de la factura cambiaría, si se remite a las normas de letra de cambio, que prohíben el pago en tractos? La respuesta según nuestro criterio es afirmativa. La técnica jurídica empleada por el redactor así lo permite concluir pues el artículo 846 del proyecto remite a la aplicación de las normas que regulan la letra de cambio. En caso de ausencia de valoración normativa, es pues, supletoria.

En la forma actualmente redactada, el pago en abonos de la factura cambiarla no resulta del todo feliz y de ahí nuestra sugerencia de modificación.

El legitimado activamente para exigir el cumplimiento de la obligación representada en la factura cambiarla, es el tenedor del título; los legitimados pasivamente son el deudor, los endosantes o avalistas del título, todos solidariamente en cualquier orden de prelación.

El artículo 843 párrafo in fine admite la garantía del aval. y como el avalista responde de igual manera que a quien garantiza, contra él puede dirigirse la acción ejecutiva en caso de no pago.

J. Del protesto y remisión a las normas de la letra de cambio

El protesto ha sido consagrado en Brasil y Argentina como requisito para los casos de falta de aceptación, falta de devolución o pago de la factura cambiaria (duplicada o conformada). El protesto es necesario en esos países para convertir el documento en título ejecutivo.

En Costa Rica, no será necesario el protesto según nuestro artículo 846 del proyecto y ello tiene razón en los casos de falta de aceptación (pues no es obligatoria) y en la falta de pago (dado que la factura cambiaria aceptada es título ejecutivo). Puede quedar pendiente alguna duda en relación con la falta de devolución de la factura, primero porque este no prueba que el comprador-deudor no acepte dado que legalmente no existe plazo para reintegrarla, y luego si ha aceptado se convierte en título ejecutivo, aunque tampoco a como este redactado el Proyecto le resulte obligatorio devolverla.

En consecuencia, teniendo la naturaleza de título ejecutivo, una vez aceptada la factura cambiaria, el protesto es totalmente irrelevante e inapropiado.

Para todos los demás aspectos no regulados expresamente en el capítulo correspondiente de la Factura Cambiaría, el redactor del Proyecto al igual que el artículo 779 del Código de Comercio colombiano, hacen una remisión al capítulo regulador de la letra de cambio. En consecuencia para los casos de prescripción de la acción cambiaria, alteraciones, modificaciones y otras, estaremos a lo dispuesto por las normas generales de la letra de cambio.

En forma generalizada se ha estimado que existe una semejanza muy marcada entre la letra de cambio y la factura cambiaria, y obviamente existe puesto que se trata de títulos cambiarlos. Pero la analogía no debe llegar a convicciones equívocas que hagan creer que se trata de una misma figura Jurídica, puesto que en principio lo sabemos: no hay factura cambiaria sin aceptación del deudor-comprador, mientras la letra de cambio existe sin aceptación del girado.

Tenemos el ejemplo de Brasil, quizás el país que ha obtenido mayores beneficios con esta factura, surge precisamente para sustituir el pagaré y la letra de cambio, que en lo sucesivo estos últimos instrumentos crediticios serían utilizados en las transacciones del comercio internacional, dejando a la factura cambiaria para su utilización en el mercado interno o local. Es que la Factura Cambiaría tiene una gran importancia crediticia sustitutiva: *"INDUDABLEMENTE QUE PARA LOS COMERCIANTES E INDUSTRIALES, LA FACTURA LES ES DE INDISCUTIBLE UTILIDAD AI EVITARLES, COMO LO APUNTA SANIN, LA PENOSA DOBLE OPERACIÓN DE EXPEDIR UNA FACTURA*

SIMPLE Y EXIGIR LA LETRA DE CAMBIO COMO GARANTÍA DE PAGO" ⁴⁵Las mayúsculas son nuestras.

CONCLUSIONES

La Factura Cambiaria es un título valor agrupable dentro de los títulos valores cambiarios y a la orden.

El origen de este instituto jurídico lo localizamos en el Brasil, de donde se extendió al Uruguay, Argentina y Colombia. Nuestro país carece de una regulación jurídica en esta materia, pero dentro del Proyecto de Mercado de Valores, a partir del artículo 841 se propone incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico mercantil como un nuevo título valor, hasta la fecha desconocido y no utilizado en nuestro medio y del cual se conoce difusamente.

En Costa Rica el antecedente más próximo que existe, está dado por la factura comercial u ordinaria, cuando ha circulado a través de la cesión o por medio del descuento. Es posible que se hayan concedido en alguna oportunidad créditos sobre facturas por parte de algunas instituciones financieras. Ahora bien, es impropio e improcedente asimilar tales manifestaciones negociales a la factura cambiaria, pues esta última guarda características y elementos que las diferencian inequívocamente de la factura comercial, principalmente su estructuración jurídica interna elevada a rango de título valor y con una ley de circulación que, salvo pacto en contrario, con el endoso se agregan más garantes en la negociación mercantil.

Tenemos por absolutamente demostrado que este instrumento crediticio analizado, factura cambiaria (conformada, duplicata, en Argentina y Brasil respectivamente) ha funcionado y operado pragmáticamente en Brasil. En este país, el comercio ha tenido contacto con este documento desde mucho antes de su consagración legislativa (1936), siendo un documento conocido, admitido y utilizado cotidianamente en la práctica comercial. Los comerciantes lo han aplicado y han conocido de sus virtudes y su desarrollo ha obedecido a la certeza y precisión con que fue admitido en la práctica comercial (como título socialmente típico inicialmente) y que posteriormente en forma precisa, completa y lógica reguló el legislador brasileño en el año de 1936. Puede sostenerse que es un título con tradición y arraigo estrictamente brasileño.

El legislador brasileño en forma atinada -según nuestro criterio- acordó hacer obligatoria la emisión y aceptación de la "Duplicata", en aquellas ventas a crédito con un plazo superior a los treinta días.

Hemos concluido que la OBLIGATORIEDAD en la emisión y aceptación son trascendentales para este título, por que de lo contrario no desplegará su desarrollo. Esto debe tenerlo presente todo país que pretenda incorporar la Factura Cambiaria en su ordenamiento jurídico, pues si se deja al arbitrio de las partes (facultatividad), por la

novedad y alguna desconfianza que genera el título, el mismo será una institución jurídica con ninguna o muy poca utilidad.

Sin embargo, la experiencia de Argentina nos puede desmentir de nuestras conclusiones. En el mencionado país, surge la factura conformada en el año 1963, luego de un debate nacional sobre la conveniencia o inconveniencia de sancionarla legislativamente, y al integrarse al ordenamiento jurídico fue incorporada haciendo obligatoria la emisión y aceptación del título en aquellas ventas cuyo plazo excediera los treinta días. Mas, nos lo informa la doctrina de ese país. el título se ha convertido en letra muerta. Pero nosotros agregamos que no basta simplemente el hecho de convertirla en obligatoria, debe publicitarse en el medio de negocios, hacerla atractiva, dotarla de un régimen jurídico claro, buscando rodearla de una seguridad y una certeza cristalina que evite los fraudes y falsedades en este tipo de títulos.

En relación con lo expuesto en forma antecedente sobre la obligatoriedad, existe un conexión con un punto que a todo lo largo de esta investigación hemos tratado de demostrar, y es el referido a la diferenciación entre la duplicata y factura conformada con respecto a la factura cambiaria. Creemos que es apropiado verter y emitir una opinión sobre este peculiar tópico. Personalmente estimo que entre los títulos relacionados no existe diferencia estructural de importancia. En términos generales todos los instrumentos estudiados modifican la factura comercial ordinaria elevándola a rango de título valor con todas las ventajas que estos documentos poseen. Como lo señaláramos en su oportunidad, estructuralmente las diferencias son irrelevantes, pudiéndose enlistar como las más sobresalientes, los plazos de emisión y aceptación (pero esto obedece a otras razones, principalmente la extensión del territorio) de las facturas: en segundo lugar cuál es el documento que conserva el deudor (original o copia) que aunque importante no es trascendental y en tercer lugar, algunas legislaciones (Proyecto nacional y Colombia) con sólo la aceptación de la factura la elevan a condición de título ejecutivo, haciendo innecesario el protesto. El protesto en consecuencia sería otra diferencia.

Empero la factura cambiaria responde a las orientaciones, principios y propósitos de los otros títulos analizados, y según nuestra opinión se deriva de las mencionadas, ostentando en términos generales la misma estructura jurídica.

La diferencia que poderosamente llama la atención está referida a la facultatividad de la emisión y aceptación con que ha sido disciplinada la factura cambiaria. Desde un punto de vista de su eficacia, estimamos que la Comisión Redactora debió haber propuesto la obligatoriedad, al igual que lo ha hecho el legislador argentino y brasileño. Tratando de ser consecuentes, sugerimos una reforma en tal sentido, o en su defecto establecer un plazo temporal (pensamos en 5 años) mediante el cual se conserve la facultatividad, para que los comerciantes tengan oportunidad de utilizar y considerar sus invaluables ventajas. Vencido el referido plazo debe exigirse su obligatoriedad para que surjan los efectos jurídicos propios de este especial título cambiario.

Sinceramente debemos felicitar a la Comisión Redactora por tener la feliz idea de pretender incorporar esta figura jurídica, que notablemente tendrá como efecto principal movilizar los créditos, ofreciendo otra alternativa a los comerciantes que se dedican a

actividades de crédito a plazo. La factura cambiaria tiene la virtud además de servir de un documento que garantiza la efectiva realización del contrato, poseyendo una doble función, pues determina lo anterior y sirve como instrumento crediticio de garantía, que además cuenta a su haber la ventaja de poder circular automáticamente sin verse afectado por la relación causal. Ante la carencia de instrumentos crediticios que movilicen la riqueza mobiliaria, la factura cambiaria se nos presenta como un instrumento capaz de suplir esa ausencia.

En este trabajo de investigación hemos considerado oportuno analizar el Proyecto de Ley de Mercado de Valores en donde a partir del artículo 841 se propone la regulación de la Factura Cambiaria. Sin embargo hemos descubierto algunas serías imprecisiones, vaguedades y omisiones –según nuestro humilde criterio- en el referido Proyecto, que se enlistan o enumeran a los efectos de tomar conciencia de los mismos y recurrir a los correctivos que sean oportunos y adecuados.

Las imprecisiones que encontramos son las siguientes:

- a) En relación con la FACULTATIVIDAD de la EMISIÓN y ACEPTACIÓN deben modificarse para hacerse OBLIGATORIA, en los términos estipulados precedentemente.
- b) No se determina en nuestro proyecto de ley que podrán emitirse facturas en aquellas negociaciones a crédito con un plazo superior a los treinta días, con lo cual en principio se presumía la aplicación a todas las negociaciones crediticias sin importar el plazo. Esto no obstante, puede ser positivo en tanto no se restringe el plazo del crédito. Más la naturaleza de esta figura esta concebida para plazos cortos, de treinta y cinco veinte días como máximo.
- c) En relación con la emisión de la factura no se reguló el término que tiene el ACREEDOR o VENDEDOR para remitir la factura original y la copia al comprador.
- d) Relativo a la aceptación del deudor o comprador no se estableció un plazo par ese efecto. Tampoco se reguló este aspecto en forma negativa, como en Colombia, donde si en un plazo de cinco días no se devuelve la factura cambiaría se presume su no aceptación.
- e) No se especificó en el proyecto, el término con que cuenta el deudor o comprador para devolver la factura cambiaría una vez aceptada, si debe ser inmediatamente o en qué momento.
- f) No se exigió en el proyecto como requisito formal y esencial la firma del comprador o deudor en la copia o factura original. Requisito indispensable, pues con la firma, el deudor comprador acepta la factura cambiaría y confiesa o reconoce ser deudor de la obligación contraída y haber recibido la mercancía.

- g) No se determinó expresamente la fecha de vencimiento de la factura cambiaria, teniendo que recurrir para suplir esta omisión a las normas que regulan la letra de cambio.
- h) Permite la emisión de facturas por servicios y en los contratos de construcción, artículo 842 del proyecto, pero no se exigieron requisitos especiales.
- i) Permite el pago a tramos o abonos en la factura cambiaria pero no se exigieron requisitos especiales para esta forma de pago (caso de Colombia). Tampoco se dispuso que los abonos deben constar en la factura cambiaria (efecto de la literalidad).
- j) No se dispusieron sanciones penales o administrativas para el caso de emisión de facturas que no corresponden a una venta de mercancías que hayan sido entregadas al comprador real, jurídica, o virtualmente.
- k) Se invirtió el proceso de remitir al vendedor la factura original, cuando la tesis dominante es que debe devolverse la copia de la factura.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARAYA FALCON (Bernardo) y SÁNCHEZ DÍAZ (Johel). La Factura. San José. Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1987,195 p.
2. BENELBAZ (Héctor Ángel). Factura Conformada. (Su incorporación al derecho cambiarlo): Buenos Aires, Ediciones De Palma, segunda edición, 1965,225 p.
3. CARRERA CASTILLO (Carlos José) y MELLADO SOTO (Carlos Luis). El contrato de cuenta corriente mercantil. San José, Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derechos. Universidad de Costa Rica, 1987,405 p.
4. GARRIGUES (Joaquín). Curso de Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, S.A., séptima edición. Tomo II, 1983,821 p.
5. GUYENOT (Jean). Curso de Derecho Comercial. Traducción de Manuel y Concepción Ossorio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, s.n.e., volumen II, 1975, 529 p.
6. ORIONE (Francisco). Factura Conformada. Nuevo instrumento de crédito de la Legislación Comercial Argentina. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, primera edición, 1965,72 p.
7. TRUJILLO CALLE (Bernardo). Las Facturas Cambiarías. En Revista de Estudios de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Colombia, Año XXXIV. Volumen XXII, No. 83, Marzo de 1973.

LEGISLACIÓN

8. Código de Comercio de Costa Rica.
9. Código de Comercio de la República de Colombia.
10. Proyecto de Ley: Mercado de Valores
11. Decreto-Ley de la República de Argentina, número 6601 de 17 de agosto de 1963.

Anexo N° 1

CÉDULA

Señor.....(comprador).

Domicilio.....

Lugar y fecha.....

Remito a Ud. la siguiente documentación:

- 1) Factura originaria correspondiente a su compraventa de mercaderías por \$.....m/n.
- 2) Duplicado factura conformada, resumen su compraventa.

Deberá Ud. devolver esta CÉDULA en el plazo de 24 horas recibida, bajo apercibimiento de tener por recibida la documentación adjunta por pieza certificada, cinco días después del recibo de ésta (art.7, decreto-ley 6601/63).

La factura conformada deberá ser devuelta, debidamente firmada, en el plazo de 10 días de recibida, bajo apercibimiento de protesto por falta de devolución o aceptación y sanciones penales de multa e inhabilitación especial (arts.8, 12 inc.1 y art.4, decreto-ley 6601/63).

Queda Ud. notificado.

Firma del vendedor.....

Domicilio del vendedor.....

Anexo N° 2.

FACTURA ORIGINARIA

X X S.A. (vendedor)

Calle..... N°..... (localidad).....

(Nombre y domicilio del vendedor)

Reg. Fact. Conf. (art.17, dec.-ley 6601/63)

Orden N°.....

Folio N°

Tomo N°

Nombre y Apellido del Comprador.....

Bs.As,.... de.....de 19.....
(Lugar y fecha de expedición)

Cantidad	Denominación y características principales mercancía vendida	Precio unitario	Precio total

TOTAL \$.....

.....
(Firma del vendedor-librador)

Anexo N° 3

**APÉNDICE
FACTURA CONFORMADA**

XXS.A. (vendedor)
Calle.....N°.....(localidad).....
(Nombre y domicilio del vendedor)
Reg. Fact. Conf. (art.17, dec-ley 6601/63)
Orden N°.....
Folio N°.....
Tomo N°.....
Nombre y Apellido del Comprador.....
Domicilio
Bs. As,.... de.....de 19.....
(Lugar y fecha de expedición)

Importe Total Factura Originaria (en números) \$.....m/n
Importe Total Factura Originaria (en letras)

.....
Entregado: \$m/n
Saldo Adecuado (en letras)

.....
Fecha de Pago: la cuota: de.....de 19.....
por \$.....m/n
Lugar de Pago:.....

(Si no se indica será pagadera en el domicilio del vendedor)

.....
(Firma del vendedor-librador)

.....
(Firma del comprador-aceptante)

.....
(Firma del avalista del comprador)

AL DORSO: Endosos y sus avales. NOTA: Cuando el precio se pague en cuotas, se integrarán tantos duplicados resumen (facturas conformadas) como cuotas se hubieren estipulado (art. 5 decreto-ley 6601/63).

ANEXO N° 4

LEGISLACIÓN DECRETO-LEY 6601/63*

FACTURAS CONFORMADAS: MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Considerando:

Que el robustecimiento de la seguridad comercial como medio de afianzar la normal circulación de bienes y la utilización del crédito, ha sido considerada por este organismo, durante toda su gestión, como una Inmediata necesidad a satisfacer para el restablecimiento de la economía y de la confianza nacionales;

Que, en este sentido, frente a la estrechez financiera en que se desenvuelve la actividad económica en general, es menester afinar los instrumentos de regulación crediticia, con el propósito de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos de los bancos, procurando que los medios disponibles no se apliques a operaciones meramente financieras, en detrimento de las reales transacciones comerciales;

Que uno de los procedimientos más adecuados para la consecución de este objetivo consiste en la implantación de un documento que, al reflejar más fehacientemente que los papeles en uso los procesos de producción, transformación y distribución de mercaderías, permitirá a las instituciones bancarias, y al propio Banco Central discernir, con mejores elementos de juicio acerca de las legítimas necesidades de la economía;

Que un documento de esa índole también podrá servir de punto de partida para un más eficaz ordenamiento y moralización de las prácticas mercantiles.

Art.1 (Compraventa mercantil]. Agrégase como 4° párr. del art.474 del Código de Comercio el siguiente: Si el plazo de pago del precio fuera superior a los treinta días, se estará a lo dispuesto en el cap. XV, del tit. X del libro 2°.

Art.2 [Factura conformada: régimen]. -Agrégase como cap. XV del tit.X del libro 2° del Código de Comercio el siguiente:

Cap. XV.- De las Facturas Conformadas.

Art.1 (Obligatoriedad y forma]. Cuando en la compraventa de mercaderías se convenga un plazo mayor de treinta días para el pago total o parcial del precio y la operación no esté comprendida en las excepciones que la ley contempla, el vendedor está obligado a entregar al comprador una factura acompañada de un duplicado resumen, en las condiciones determinadas en los artículos siguientes. La factura original quedará en poder del comprador y el duplicado resumen, con el conforme de este último, será devuelto al vendedor.

[Excepciones] Quedan exceptuadas del régimen del presente decreto las compraventas en que se concedan facilidades de pago mediante el otorgamiento de letras de cambio, pagarés u otros documentos comerciales, aquellas cuyo precio se cargue al comprador en cuenta y en las que intevengan comisionistas o consignatarios.

Art.2 [Requisitos].- La factura original contendrá, necesariamente, los siguientes requisitos:

- 1) la inscripción "factura originaria";
- 2) número de orden, folio y tomo correspondiente al registro establecido en el art.17;
- 3) la designación del lugar y fecha en que se expide;
- 4) nombre, apellidos y domicilio completos del vendedor y comprador;
- 5) denominación y características principales de la mercadería vendida;
- 6) precios unitarios y total;
- 7) la firma del vendedor.

Art.3 [ídem: duplicado].- Además de los datos enunciados en los incs.2, 3, 4, y 7 del artículo anterior, el duplicado deberá contener lo siguiente:

- 1) la inscripción "factura conformada";
- 2) el importe total de la factura originaria, expresado en letras y números. En los casos del art.5 se expresará en letras el saldo adeudado en el importe de la cuota correspondiente;
- 3) fecha de pago, expresado como día fijo o días vista;
- 4) lugar de pago. Si la factura no lo indica, será pagadera en el domicilio del vendedor;
- 5) la firma del comprador, que implica el reconocimiento de todo el contenido de las facturas originaria y conformada.

Art.4 [Inhabilidad del título].- La omisión de cualquiera de los requisitos enunciados en el art.2 y en los incs. 1, 2, 3 y 5 del art.3 hace inhábil las facturas a los efectos de este decreto, sin perjuicio de la validez que les correspondiera de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

Art.5 [Precio].- La factura conformada indicará siempre el precio total de la mercadería, aun cuando el comprador tenga cualquier suma como crédito contra el vendedor. Al mencionar este crédito se indicará su origen, suma y vencimiento, y, asimismo, el saldo que resultare. Solamente haciendo expresa mención de esta situación el deudor podrá oponer la compensación a que se refiere el art.15.

[Pago en cuotas]. Cuando el precio se pague en cuotas, se hará constar esa circunstancia en la factura originaria y se integrarán tantos duplicados resumen como cuotas se hubieren estipulado. En cada uno de estos duplicados se consignarán, además de los requisitos determinados en el art.3, la cantidad de cuotas, el número correlativo de cada una de ellas y su importe. Además, todos los duplicados llevarán la numeración con que la factura originaria se encuentre asentada en el registro a que se refiere el art. 17.

Art.6 [Origen: venta real].- La factura conformada debe corresponder a una venta real de mercadería, entregada efectivamente antes o simultáneamente con la expedición de la documentación mencionada en el art. 1. La tradición simbólica del inc.4, del art.463 del Código de Comercio equivale a la tradición real.

Art.7 (Remisión de facturas: plazo).- El juego de facturas a que se refieren estas disposiciones se remitirá al comprador dentro de los veinte días de la fecha de su emisión y nunca después de los treinta días de la entrega de la mercadería según el art.6.

(Recibo). Esta documentación se enviará juntamente con una cédula que servirá para que el comprador acredite su recibo y que éste debe devolver de inmediato al vendedor.

Si las facturas se remitiesen por carta certificada, debe devolver la cédula dentro de las veinticuatro horas de su recepción. En su defecto, se presume que el comprador recibió dichos documentos cinco días después del despacho postal comprobado con el recibo de la pieza certificada.

Art.8 [Devolución del duplicado]. El comprador deberá devolver al vendedor el duplicado o resumen (factura conformada), debidamente firmado, en el plazo de diez días de recibido.

Podrá negar su conformidad por las causas previstas en los arts.472 y 473 [vicios extremos o redhibitorios] del Código de Comercio, siempre que en el caso del primero de ellos hubiere hecho la reclamación en la forma y modo que se indica en dicha disposición, o por divergencia en los plazos y precios estipulados, o en caso de que el original o el duplicado de la factura adolecieran de alguno de los vicios formales que causen una invalidez en los términos del art. 4.

[Vicios redhibitorios: constancia] La conformación de la factura se entiende prestada sin perjuicio de los derechos que al comprador reconoce el art.473. En estos supuestos, devolverá el duplicado en los plazos mencionados, dejando constancia en él de su negativa y causa, mediante anotación firmada. También es de aplicación a la devolución de esta factura lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior.

Art.9 [Trasmisibilidad por endoso].- La factura, aun cuando no esté expresamente girada a la orden, es transmisible por vía de endoso. Todos los que firmen o endosen una factura conformada son solidariamente responsables.

El duplicado de factura puede ser endosado aun antes de ser conformado; en este caso, el tenedor deberá dar aviso al vendedor, en tiempo oportuno, de la conformidad del comprador o de su negativa a aceptar la factura, bajo pena de quedar extinguidas todas las acciones que pudiera tener contra el vendedor. A su vencimiento, el endosatario lo presentará al comprador en los términos y formas prescritos, reputándose a este efecto representante del vendedor.

[Endosatario de buena fe]. Si. la factura ha sido emitida en violación de lo dispuesto en el art.6, el endoso carece de validez a los fines de este régimen. Todos los firmantes conedores de la infracción son responsables hacia el endosatario de buena fe, por todos los daños y gastos.

Art.10 [Presentación al pago y aviso].- El tenedor de la factura aceptada debe presentarla para el pago en el término de diez días de su vencimiento. Asimismo, deberá dar aviso al vendedor, en tiempo oportuno, de la falta de pago de la factura, bajo pena de quedar extinguidas todas las acciones que pudiera tener contra el vendedor y endosantes.

Art. 11 [Aval].- Las obligaciones derivadas de la factura conformada pueden ser garantizadas por aval, extendido en la misma.

Art. 12 [Protesto].- La factura conformada podrá ser protestada:

- 1) por falta de devolución o aceptación;
- 2) por falta de pago.

El protesto por falta de devolución o aceptación se hará dentro de los diez días de vencidos los plazos del art.8. el protesto por falta de pago se hará dentro de los diez días siguientes del vencimiento del plazo fijado en el art. 10.

El plazo para el protesto por falta de devolución se computará teniendo en cuenta lo establecido en la última parte del art.7. El plazo para el protesto por falta de aceptación o pago se computará según las constancias de la misma factura.

Art.13 [Título ejecutivo].- La factura conformada debidamente protestada es título ejecutivo y permitirá al tenedor accionar por el capital y accesorios, individual o conjuntamente, contra todos los obligados al pago de la factura, sin necesidad de observar el orden en que se obligaron* .

* Ver a continuación, decreto-ley 6811/63, que adecuó el texto del Código de Procedimientos al régimen de facturas conformadas.

Art. 14 [Forma].- Servirán de suficiente título para la acción ejecutiva, a opción del tenedor;

a) el acta notarial realizada conforme a las prescripciones del art.63. inc.a, y siguientes del cap.VII, tít.X del libro 2º (decreto-ley 9665/63) del Código de Comercio;

b) el protesto por notificación postal previsto en los arts. 63, inc. b, y 68 y siguientes del cap. VII, tít. X del libro 2º (decreto-ley 5965/63) del Código de Comercio, en la medida en que fuera compatible con lo preceptuado en este capítulo;

c) certificación contable realizada por contador público nacional en los libros que el vendedor debe llevar conforme al art. 17 y con las especificaciones contenidas en los incs. 1 a 11 de dicho artículo. En este caso, el tenedor notificará al deudor dentro del término de cuarenta y ocho horas de vencida la obligación e intimará el pago. Esta notificación podrá realizarse por carta certificada, telegrama colacionado o cualquier otro medio idóneo, siendo debida constancia el comprobante otorgado por la oficina expedidora. De no verificarse el pago por el responsable dentro de los diez días de notificado, el acreedor podrá iniciar la acción ejecutiva acompañando la certificación contable.

Art. 15 [Excepciones oponibles]. Contra la acción ejecutiva de las facturas conformadas no se admitirán más excepciones que las de falsedad extrínseca del título con que se pide la ejecución, pago documentado, compensación conforme a lo dispuesto en el art. 5, prescripción o caducidad, espera o quita que se pruebe por escrito. Cualquier otra excepción, sea de la naturaleza que fuese, no obstará al progreso del juicio ejecutivo.

Art. 16 [Factura perjudicada por falta de protesto].- Las facturas no protestadas conforme con esta ley y disposiciones complementarias del Código de Comercio que disciplinan esa diligencia quedan perjudicadas en la acción de regreso contra el vendedor, los endosantes y sus avalistas, excepto:

- 1) respecto del vendedor y su avalista, cuando la factura no corresponde a una compraventa real; la excepción se extiende a los endosantes y los avalistas que conocían esa circunstancia al tiempo del endoso;
- 2) cuando el comprador aceptante, el vendedor o los endosantes que preceden hubieran sido declarados en quiebra antes del vencimiento.

Art.17 [Registro de facturas].- Todo comerciante llevará un libro de registro de facturas conformadas, de acuerdo con los recaudos determinados y con los efectos previstos en las disposiciones pertinentes del Código de Comercio. Este registro, en el que asentarán, día por día, todas las facturas en el mismo orden en que se emitan, deberá contener los siguientes datos:

1. fecha de inscripción y número correlativo de las facturas (originaria y conformada);
2. nombre, apellido y domicilio del comprador;
3. fecha de envío o entrega real de la mercadería o de la entrega, según el inc.4 del art.463 del Código de Comercio;

4. denominación de la mercadería vendida, su volumen, peso y número;
5. precio total consignado en las facturas;
6. saldo líquido a pagar por el comprador;
7. fecha de vencimiento;
8. fecha de remisión de las facturas y medio empleado;
9. fecha del primer endoso de la factura conformada y nombre y apellido del beneficiario;
10. fecha de recibo de las facturas por el comprador, resultante de la cédula mencionada en la segunda parte de art.7;
11. fecha de devolución de la factura conformada con la aceptación del comprador o con su negativa;
12. fecha de los protestos por falta de devolución y/o aceptación;
13. fecha de pago de la factura conformada;
14. fecha de protesto por falta de pago;
15. fecha de la certificación contable señalada en el art.14, inc.c;
16. fecha de la notificación aludida en el art.14, inc.c.

Art.18.- También es obligación del comerciante, siempre que no opte por llevar un libro copiador de facturas con las mismas formalidades que las establecidas en el Código de Comercio para los libros de comercio, conservar cuidadosamente archivadas, en el mismo orden que en el registro mencionado en el artículo anterior, copia de todas las facturas originarias y duplicados que emita en virtud de estas disposiciones.

Art. 19 [Aplicación supletoria]. Se aplicarán a las facturas conformadas, supletoriamente, las disposiciones del Código de Comercio sobre letras de cambio, no modificadas por este decreto.

Art.3 [Modificación del Cód. Penal].- Incorpóranse al cap. III, tít.XII del Código Penal la siguiente redacción:

[Delito de falsedad instrumental] Quienes expidan, acepten o endosen facturas conformadas que no correspondan total o parcialmente a compraventas realmente realizadas, incurrirán en la pena prevista en el art.293 del Código Penal. En igual pena incurrirá el vendedor que asentare una factura de esa clase en el libro de registro de factura conformada.

Art.4 [ídem].- Incorpórese al cap.V, tít.XII del Código Penal la siguiente disposición:

[Fraudes al comercio y a la industria] sin perjuicio de las responsabilidades o resarcimiento de daños y perjuicios que en su caso correspondan por la violación de las disposiciones legales, incurrirán en penas de multa de m\$n. 10.000 hasta 500.000 según la naturaleza y gravedad de la infracción:

1) el vendedor que trasgrediera las disposiciones del 1er. párr. del art.7 del cap.XV del tít-X del libro 2a del Código de Comercio;

2) el vendedor que se negare a exhibir la documentación mencionada en los arts.17 y 18 del cap. XV del tít. X de libro 2º del Código de Comercio, o que la hubiera llevado con atraso de más de quince días y/o con irregularidades o alteraciones de cualquier índole;

3) el comprador que omitiera devolver la factura conformada de acuerdo con el art.8 del cap. XV del tít. X del libro 2º del Código de Comercio.

La multa ingresará a Rentas Generales y el sancionado quedará inhabilitado, según la naturaleza o importancia de la trasgresión y la reincidencia en ella, por el término de uno a tres años para operar con facturas conformadas.

Art.5 [Ley de sellos: modificación].- Modifíquese el art. 14, incs.a e i de la Ley de sellos (t.o. 1961) en la siguiente forma:

a) los contratos de compraventa de cosas muebles, semovientes, títulos, acciones, debentures y valores fiduciarios en general, con excepción de las operaciones instrumentadas mediante facturas conformadas y de las operaciones previstas en el art.32;

i) las cuentas con el conforme del deudor en cuanto no importen las facturas conformadas aludidas en el inc) a.

Art.6 [Descuento o negociación bancaria: facultades del Banco Central].- En caso de descuento o negociación bancaria de una factura conformada, el Banco Central podrá exigir la exhibición de registro de facturas conformadas y de la documentación originaria y complementaria de los asientos. Dicho banco, en los aspectos de su competencia, queda facultado para dictar la correspondiente reglamentación.

Art. 7 [Vigencia].- El presente decreto comenzará a regir a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial.

DECRETO-LEY 6811 /63*
CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS EN LO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA
CAP. FEDERAL

Esta reforma al Código de Procedimientos tiene como fundamento adecuarlo al Código de Comercio, modificado por decreto-ley 6601/63, que introduce entre los papeles de comercio la factura conformada como título ejecutivo.

Tít. III- DE LOS EMBARGOS
PREVENTIVOS

Art.443 [Procedencia].- Podrá pedir embargo preventivo el acreedor que se halle en alguna de las condiciones siguientes:

* Prom. 7-8-963; "BO". 12-8-1963.

4) que la deuda esté Justificada por los libros de comercio llevados en debida forma por el actor, o resultase de boleto de corredor conforme con sus libros, y en los casos en que éstos puedan servir de prueba o surja de la certificación contable realizada por contador público nacional en los supuestos de facturas conformadas.

Tít. XIV.- DE LAS EJECUCIONES

Sec. Primera. Del juicio ejecutivo

Art.465 [Títulos hábiles].- Los títulos que traen aparejada ejecución son los siguientes:

6) las letras de cambio, facturas conformadas, vales o pagares protestados con arreglo a las prescripciones del Código de Comercio o, en defecto de protesto, reconocidos en juicio.

EL PODER CONSTITUYENTE Y SU EJERCICIO CONSTITUCIONAL *

*Lic. Jorge Araya García ***

CONTENIDO

I. Introducción	74
II. Desarrollo	75
-En busca de la noción de Poder Constituyente	75
a) Concepto racional-ideal	75
b) Concepto fundamental – revolucionario	79
c) Concepto existencial-decisionista	80
d) Concepto dialéctico-plenario	81
-El poder Constituyente originario y derivado	82
-El sujeto del Poder Constituyente	86
-Ejercicio del Poder Constituyente	89
-Límites del Poder Constituyente	93
-Reforma de la Constitución	96
-Constitución Política y Legitimidad	99
-Poder Constituyente, legitimidad y democracia	101
III. Conclusión	103
IV. Bibliografía	105

I. INTRODUCCIÓN

Podemos expresar que el Estado Constitucional se encuentra basado en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático, y por otro en el principio jurídico de supremacía constitucional. De acuerdo al principio político democrático, es al pueblo al que le corresponde en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Conforme al principio de supremacía, se estima que la Constitución es la ley superior, que viene a obligar por igual a todos los conformantes de la sociedad.

Ahora bien, a partir del momento en que se admite como único legitimador del Estado el principio democrático de la soberanía popular y por otra parte se considera que la

* Trabajo realizado para el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. España en mayo de 1990. obtuvo la más alta distinción que otorga este centro de análisis constitucional.

** Abogado y Notario Público, especialista en Derecho Constitucional y en Ciencias Políticas. Periodista y profesor de Derecho Constitucional de la Escuela Libre de la Universidad Autónoma de Centro América.

única forma aceptable e idónea de organizar la comunidad política, es por medio de los esquemas de la democracia representativa, es que se establecen los cimientos sobre los cuales ha de emanar el poder constituyente. Sobre esta línea de pensamiento, lo importante a considerar no es determinar cuándo es que existe un poder constituyente, sino cuándo ese poder constituyente es legítimo.

Como consecuencia de lo anterior, estaríamos frente a un poder constituyente legitimado, cuando éste ha sido conformado, por una parte, sobre el valor de la libertad individual, sobre el principio de soberanía popular, sobre el criterio de decisión de las mayorías y su auténtica y fiel representatividad, y por otra parte, cuando ese poder, ya en ejercicio, reconoce, consagra y garantiza los derechos fundamentales.

Para desarrollar el objetivo apuntado en las líneas precedentes, el presente trabajo parte de una búsqueda de la noción del poder constituyente exponiendo las ideas centrales en torno a los conceptos racional-ideal, fundacional-revolucionario, existencial-decisionista y dialéctico-plenario. Seguidamente se establece la diferencia entre poder constituyente originario y derivado y se analiza el sujeto, el ejercicio y los límites del poder constituyente, efectuando un análisis sobre la reforma constitucional a partir de la experiencia de algunos países. Finalmente desarrollo el tema relativo a la Constitución Política y legitimidad para concluir en el aspecto fundamental, como lo es el poder constituyente, su legitimidad y su relación con la democracia.

II. DESARROLLO

En busca de la noción de Poder Constituyente:

a) Concepto racional-ideal

Podemos afirmar que "la doctrina del poder constituyente aparece con la eclosión de la tercera de las grandes revoluciones que dieron nacimiento al Estado constitucional moderno, a saber: La Revolución Inglesa de 1688, la Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789"¹. Durante este lapso se fueron conformando nuevas instituciones y a su vez quedaron extinguidas las tres características básicas que tenía el tipo de Estado anterior al del movimiento político-cultural del constitucionalismo, valga decir, el feudalismo, los estamentos y las corporaciones. Estas tres instituciones que van extinguiéndose de manera paulatina venían a constituir situaciones que le daban un carácter singular al Estado hasta esas tres revoluciones mencionadas. El feudalismo, como se sabe,

¹ Vanossi, Jorge. Teoría Constitucional. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1975. pág. 6.

venía a constituir toda una organización social y estatal ². Al final de una larga lucha, en la que triunfó el rey y los señores perdieron su poder, se afirmó el Estado absolutista³.

En lo que concierne a las corporaciones, se puede decir que eran una forma de organización económica productiva, profesional, que existió hasta la Revolución Francesa. "Las corporaciones eran sociedades formadas por patronos y aprendices, en una economía preindustrial"⁴.

En esta etapa, la revolución industrial no había llegado, el maquinismo no existía, ni la producción en gran escala, con lo cual realmente la acumulación del capital no existía. Para poder trabajar o aprender un oficio, había que estar en un gremio, en una corporación, la cual venía a constituir el lugar donde se aprendía el oficio y se obtenía el permiso para trabajar. Con esto podemos observar que no existía libre competencia, sino que había una organización corporativa.

En lo que respecta a los estamentos, podemos decir que la sociedad, políticamente hablando y desde el punto de vista de la representación política, estaba organizada en tres núcleos: la nobleza, el clero y el tercer estado o estado llano. La nobleza estaba constituida por la aristocracia, el monarca y los demás nobles. Por estado llano se entendía los habitantes de los burgos, de las ciudades, los hombres que allí trabajaban y que desarrollaban las principales funciones sociales y económicas" ⁵. Sobre la base de lo anterior podemos decir que no existía un derecho a la igualdad, desde el punto de vista político. Existían tres estamentos, y el rey, cuando debía buscar consenso reunía los tres estamentos en una asamblea en donde estaban la nobleza, el alto clero y el estado llano. En esta asamblea se votaba por estamento. En la mayoría de los casos, la nobleza y el clero votaban juntos, y aparte, el estado llano con lo cual se presentaba una situación de inferioridad para este último grupo.

Este tipo de organización política desaparece, con lo cual se fortalece una concepción filosófica y política que es la combinación del contractualismo y de los derechos naturales del hombre. A partir de este momento se concibe al hombre como anterior y superior al Estado. Con esto se produce una limitación de las funciones del Estado, las cuales, aspiraban a garantizar el orden, la moralidad, la defensa y la seguridad. La iniciativa del hombre cobra un gran valor y significación. Para poder dar una mejor

2 Hay que recordar que el señor feudal poseía su jurisdicción y su dominio sobre la tierra y las personas que en ella se encontraban. Los señores feudales venían a competir con el rey en el predominio que podían tener sobre la sociedad.

3 Valga decir, un Estado en el cual el rey tenía la mayor cuota de poder, el cual, no sólo compartía, sino que existía una carencia de descentralización con otras fuerzas sociales y políticas, como podrían haber sido antes los señores feudales. Esa concepción de Estado de tipo patrimonial, en el cual el rey o los señores feudales eran los absolutos propietarios de todo viene a desaparecer cuando desaparece el feudalismo.

4 Vanossi. Ob. Cit. Pág 7.

5 Vanossi. Ob. Cit. Pág 8.

conformación a lo anterior había que institucionalizar al Estado por medio de las modernas constituciones⁶.

En virtud de las constituciones el poder se fragmenta para con ello controlarlo. Esta era una forma de asegurar mejor y efectivamente los derechos de los individuos. Se puede afirmar que esta idea fue la dominante a partir del siglo XVIII. Sin embargo, esta concepción del Estado, que el racionalismo estableció organizando todo de manera mecánica, entra en crisis durante el siglo XIX, debido a que la realidad política, social y económica viene a adquirir una dinámica que sobrepasa esas constituciones que habrían dado una determinada organización al Estado. El Pensamiento de Sieyès

Sieyès viene a representar una posición racionalista en la cual construye ideas e instituciones partiendo de la deducción y de la razón. En esta línea de pensamiento Sieyès se pronuncia por lo racional y por lo construido. Su posición se circunscribe en la vertiente racionalista de la escuela del Derecho Natural que tenía una gran fuerza en ese momento histórico. "Partiendo de la creencia de que el hombre es libre antes y por encima del Estado, o que su libertad es previa a toda la creación reguladora del derecho positivo, tenía que concluir en la afirmación de la libertad de toda la nación, entendida ésta como conjunto de hombres que gozan de aquella libertad individual. Si el hombre es libre, la nación también lo es, porque se compone de hombres y si ambos son libres de por sí, pues entonces el Estado se debe limitar a proteger esa libertad preexistente y a evitar cualquier obstrucción a su ejercicio"⁷.

El pensamiento de Sieyès se puede resumir en: Libertad-Individuo-Nación, tercer Estado-Igualdad y la consecuencia del proceso como lo es la revolución. Esta revolución se producirá por la igualdad y por la libertad. La idea es dar consistencia institucional a esos principios.

Sieyès nos dice entonces: con la igualdad, aplicándola a la libertad civil como también a la libertad política, de donde surgirá la doctrina de la representación política como mejor camino para verificar la voluntad general. En segundo término: con la libertad, ideando los órganos y mecanismos idóneos para su eficiente protección a cuyo fin dará base segura a la teoría de la separación de los poderes, añadiéndose la concepción de un poder constituyente como responsable de la formación y distribución de los poderes constituidos. Es, en consecuencia, a partir de este momento en que adquiere dimensión el concepto de poder constituyente, a tal punto que le permite a Sieyès dejar a un lado la idea de la soberanía y cifrar su atención en esta nueva concepción que era más útil en el problema interno de la organización del Estado antes que en el problema externo de las relaciones entre Estados. "La soberanía estaba muy vinculada con el Estado, mientras que la criatura

⁶ Las constituciones aparecen a fines del siglo XVIII; las constituciones en el sentido moderno y actual de la palabra, como el documento escrito en el cual queda institucionalizada esa nueva concepción.

⁷ Vanossi. Ob. Cit. Pág 11.

del poder constituyente servía directamente a la organización de la nación, que a su vez preexistía en el mundo de los sujetos o titulares por obra y gracia del derecho natural"⁸.

El pensamiento de Sieyès parte de la representación para llegar al poder constituyente y a la Constitución. Ante la inexistencia de Constitución se establece la necesidad de no acudir a notables sino a la nación misma, la cual, es la única que tiene derecho a hacer la Constitución ⁹.

Cabe agregar, que para Sieyès la comunidad no se despoja del derecho de querer; la comunidad no confía a sus delegados el poder total sino la porción necesaria para mantener el buen orden y además no corresponde a los delegados alterar los límites del poder que se les ha confiado, debido a que no lo ejercen como un derecho propio. Se puede expresar, que las tres etapas de formación de Sociedades Políticas de Sieyès vienen a corresponder al verbo que conjuga la comunidad en cada momento. En la primera etapa, la nación es estado naturaleza, en la segunda la nación hace, y en la tercera la nación hace hacer al gobierno por ella creado con lo cual se produce la figura de la representación política. A partir de este momento se llega al concepto de Constitución que en el pensamiento de Sieyès aparece mezclada "con una multitud de precauciones políticas, ideadas y previstas por el interés que tiene la nación" en que el poder político delegado no pueda llegar a ser nocivo a sus "comitentes" ¹⁰. Desde este punto de vista, "los representantes vienen a ser la manera de ser que la nación ha querido darle a su gobierno delegado y esa manera de ser está dada por las formas constitutivas que no son otra cosa que la Constitución"¹¹. Este aspecto es de gran importancia a la hora de poder legitimar el ejercicio mismo del Poder Constituyente.

b) Concepto fundacional - revolucionario

El distinguido autor Maurice Hauriou¹² nos dice que el poder constituyente es una operación fundacional, que supone un poder fundador y un procedimiento de fundación. Desde este punto de vista el poder constituyente, para este autor, vendría a ser una especie de poder legislativo debido a que la superlegalidad constitucional es una especie de

8 Vanossi. Ob. Cit. Pág. 13.

9 Resulta importante recordar las tres épocas que a juicio de Sieyès dan formación a las sociedades políticas:

- a) Cuando los individuos aislados quieren reunirse: "Por ese solo hecho forman ya una nación". En este momento se produce el juego de las voluntades individuales. La idea es la asociación y corresponde al tiempo del estado de naturaleza.
- b) Cuando se produce la acción de la voluntad común, en esta etapa los asociados quieren dar consistencia a su unión; quieren cumplir su fin. Le hace falta a la comunidad una voluntad común, sin la unidad de voluntad no llegaría a formar un todo capaz de querer y de actuar. Esa unidad de voluntad debe asimilarse a la voluntad general.
- c) Cuando ya no actúa la voluntad real, sino una voluntad común representativa. Esta es la etapa en que los asociados son numerosos y además se encuentran dispersos en un ámbito geográfico muy extenso a efectos de ejercitar ellos mismos su voluntad común. En este momento los individuos confían el ejercicio de una parte de voluntad nacional y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos. Estamos en el origen de un gobierno ejercido por procuración.

10 Vanossi. Ob. Cit. Pág. 15.

11 Vanossi. Ob. Cit. Pág. 16.

12 Citado por Vanossi en su teoría de la Constitución, Ob, Cit. Pág. 35.

legalidad y que las constituciones escritas son leyes constitucionales. En segundo término, el poder constituyente pertenece a la nación, de igual forma que todos los poderes de gobierno y en especial el poder legislativo. Sin embargo, la nación no puede ejercer directamente el poder constituyente, como no puede ejercer los demás poderes; se ejerce, en consecuencia, por medio de representantes en nombre de la nación. En tercer término, existe una diferencia clara entre el poder constituyente y el poder legislativo, siendo éste un poder constituido por las materias que ambos regulan y por la diferencia de la naturaleza en cada poder. De acuerdo con esta línea de pensamiento los representantes que ejercitan el poder constituyente actúan más que todo como representantes de la nación que como representantes del Estado, mientras que los que ejercitan el poder legislativo ordinario actúan más que todo como representantes del Estado que como representantes de la nación.

Conforme con la anterior posición, el autor Hauriou tiende su interés y enfoque hacia el rescate de la "libertad primitiva"¹³, en la cual, ubica la existencia de un poder constituyente originario, el cual, se podría considerar fundacional o revolucionario, es decir, es anterior al reformador o derivado. Hauriou nos dice que desde el punto de vista histórico, existe un derecho engendrado por la nación que precede al derecho nacido del Estado, valga decir, lo social antes que lo estatal. En tiempos normales viene a predominar el derecho estatal, siendo su reforma competencia privativa del aparato de gobierno. En tiempos de anormalidad se establece un resurgimiento del derecho de la sociedad que se revela contra el predominio estatal. "Las revoluciones implican el renacimiento de la libertad primitiva. La revolución es la vuelta al constituyente originario, el recomienzo de la libertad del orden social para ordenar al Estado, el surgimiento de un nuevo derecho que se traduce en una nueva Constitución"¹⁴.

c) Concepto existencial - decisionista

Se puede afirmar que el concepto que Carl Schmitt utiliza sobre el poder constituyente es la lógica consecuencia de su concepto de Constitución positivo y el resultado de su concepción general del orden jurídico.

Para definir el poder constituyente Schmitt se basa en la distinción entre Constitución en sentido positivo y las leyes o normaciones legal-constitucionales "reservando la órbita y la función del poder constituyente a la generación de la primera, por lo que cada vez que habla de "Constitución" con relación al poder constituyente está haciendo mención a las decisiones políticas fundamentales"¹⁵. Consecuencia de lo anterior, el poder constituyente vendría a ser la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar una decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política, determinando; de esta manera, la existencia de la unidad política como un todo. El poder constituyente es en realidad una voluntad política. En consecuencia, la Constitución no se basa en una norma cuya justicia venga a ser fundamento de su validez, sino que se basa en

¹³ Vanossi. Ob. Cit. Pág. 36.

¹⁴ Vanossi. Ob. Cit. Pág. 36.

¹⁵ Vanossi. Ob. Cit. Pág. 52.

una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser. Desde este punto de vista el término "voluntad" vendría a ser lo esencialmente existencial de este fundamento de validez, produciéndose un contraste con toda dependencia respecto a una justicia normativa o abstracta.

Parte del pensamiento de Schmitt sobre el poder constituyente se puede sintetizar de la siguiente forma:

- El poder constituyente es unitario e indivisible.
- El poder constituyente no se encuentra vinculado a formas jurídicas ni procedimientos y cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable se encuentra siempre en estado de naturaleza. Para el ejercicio de esa voluntad el poder constituyente no puede hallarse prescrito a procedimiento alguno, y menos aún, para el contenido de la decisión política.
- El pueblo manifiesta su poder constituyente por medio de cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de existencia de la unidad política.
- La legitimidad de una Constitución no viene a significar que haya sido tramitada de acuerdo a leyes constitucionales antes vigentes, valga decir, una Constitución no se pone en vigor según leyes o reglas superiores a ella. Es inconcebible que una Constitución nueva, o sea, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución anterior y se haga dependiente de ella.

De todos estos pensamientos enunciados se puede expresar, que el concepto de poder constituyente de Schmitt constituye una consecuencia inmediata de la etapa decisionista de su pensamiento. El poder constituyente parte, se basa y existe sobre el concepto de la voluntad, lo cual significa que no depende de nadie, no se agota y siempre tiene formas nuevas de expresión. Tampoco admite procedimientos regulados para su actividad futura y la legitimidad se deriva de la existencia; la eficacia también proviene de la existencia y lo que es de interés es la decisión. El poder constituyente, se encuentra ubicado en el mundo del ser con lo cual se prescinde de los condicionamientos del deber-ser. En consecuencia, ni normativismo, ni iusnaturalismo, sólo decisionismo.

d) Concepto dialéctico - plenario

Para Hermann Heller puede considerarse como poder constituyente aquella voluntad política cuyo poder y autoridad se encuentren en condiciones de determinar la existencia de la unidad política como un todo. Sin normación, la masa humana no posee ni una voluntad capaz de decisión ni un poder capaz de acción y mucho menos autoridad. "El elemento normativo no se puede separar del concepto de autoridad porque ésta se interpreta como un prestigio que se basa esencialmente en la nota de la continuidad, en la tradición y permanencia, pues hay también autoridades revolucionarias cuya validez social, cabalmente se apoyan en la quiebra de la continuidad" ¹⁶.

16 Vanossi. Ob. Cit. Pág 115.

Para Heller, no toda Constitución Política, pero sí toda función constituyente viene a suponer un sujeto constituyente que sólo puede ser una unidad de voluntad capaz de decisión y acción. De acuerdo con la posición de Heller una Constitución sí requiere para considerarse como tal para tener validez como ordenación conforme a derecho, una justificación de acuerdo a principios éticos de Derecho.

La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se encuentran en oposición sino que se condicionan de manera recíproca. Un poder constituyente que no se encuentre "unido o ligado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente tampoco existencia" ¹⁷.

La anterior relación y "vinculación" del poder constituyente en virtud de principios jurídicos comunes con sectores de decisivo influjo para la estructura de poder, viene a significar haber detectado un dato decisivo a los efectos del encuadre teórico del problema de los límites o limitaciones del poder constituyente" ¹⁸⁻¹⁹.

El Poder Constituyente originario y derivado

El Poder Constituyente "es la voluntad política cuya fuerza o autoridad posee la capacidad de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como más, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base" ²⁰.

Para Schmitt una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. "Se apoya en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser. El término voluntad, denuncia, en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta, lo básicamente existente de este fundamento de validez" ²¹.

17 Vanossi. Ob. Cit. Pág 116.

18 Vanossi. Ob. Cit. Pág. 116.

19 Vanossi. Ob. Cit. Pág. 116.

20 Carl Schmitt, en su Teoría de la Constitución. Pág. 93.

21 Para Carl Schmitt el poder constituyente es voluntad política: ser político concreto. La cuestión general filosófico-jurídica de si una ley es por su esencia mandato, y por consiguiente voluntad, o es norma: ratio y justicia, tiene una significación decisiva para el concepto de ley en el sentido del Estado de Derecho (Teoría de la Constitución).

Siguiendo esta línea de pensamiento, una ley constitucional es, desde el punto de vista de su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Esto significa que se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política expresada en esa voluntad.

Ahora bien, así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una constitución agotar y consumir el poder constituyente. Esto significa que la decisión política implicada en la Constitución no puede actuar contra su sujeto, ni tampoco, destruir su existencia política. Todo esto nos hace pensar que por encima de la Constitución, continúa subsistiendo esa voluntad. En este sentido Cari Schmitt apunta que "todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder Constituyente mismo"²².

Sobre la base de lo dicho en las líneas precedentes, podemos agregar que al observar la realidad social, política y jurídica del Estado resulta evidente la existencia de dos momentos o etapas: uno que podemos llamar fundamental, en el sentido que podemos decir que es de corta duración en el tiempo, comparándolo con el segundo que puede considerarse continuo. Este momento fundamental viene a corresponder a la fundación del Estado, valga decir, a su estructuración y a su organización. En este momento se produce una constancia pública de la existencia y constitución de un Estado en el sentido de constituirlo. Estamos ubicados entonces, en una etapa primigenia, que precisamente por constituir el Estado se denomina constituyente. La otra etapa, subsiguiente al acto de constituir al Estado, posee una permanencia indefinida, es decir, el Estado se encuentra constituido y actúa dentro del ámbito de esa constitución.

Ahora bien, una vez constituido un Estado, es decir utilizado el poder constituyente, el ejercicio del poder por medio de los órganos que son sus titulares se encuentra en el ámbito del poder constituido, de esta manera se dice que las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, vienen a ser funciones del poder constituido²³.

22 Ob. Cit. Pág. 95.

23 Los autores Blancas Bustamante y Rubio Correa en su libro "Derecho Constitucional General". Fondo Editorial Perú, 1987, nos dicen que "ese ejercicio de poderes constituidos a veces hace impacto material en la Constitución, la altera, la desfigura, la priva de vigencia. Conocemos ya estos fenómenos de la normalidad normativizada en contra de la constitución escrita, de la desconstitucionalización, de la vigencia opuestas y sabemos que todos estos fenómenos acaecen al margen de las vías formales de reforma constitucional, o sea, que se producen dentro del ámbito de los poderes constituidos, en cuanto son los mismos titulares de esos poderes los que con su conducta individual, socializan un modo colectivo, lo hacen ejemplar, y con ello, reforman materialmente la realidad constitucional. Ya se ha mezclado entonces el ejercicio del poder constituido con el poder constituyente, ya no podemos decir que el poder constituyente se agotó en el momento fundacional del Estado, porque también en la subsiguiente etapa, permanente y continua, de ejercicio de poder constituido, hay algo que se nos aparece con entidad constituyente. Constituyente en cuanto constituye a ese Estado de una manera diferente a aquella con que ya había sido constituido anteriormente".

Es posible afirmar que "si bien el poder constituyente es una facultad de acción que deriva del derecho originario de la colectividad a proveer su organización política y jurídica, imponiendo una Constitución, existen situaciones tácticas en que, una vez constituido el Estado, se producen reformas materiales en el orden constitucional que presentan un peculiar ejercicio de funciones constituyentes"²⁴⁻²⁵.

Es evidente que existe un poder constituyente originario, creador, fundante, cuando se ejercita para asentar al Estado como individualidad jurídico-política. Sin embargo, existe igualmente poder constituyente ya no sólo en el poder constituyente derivado que se ejercita conforme con las previsiones en la Constitución, sino también en ese otro que, como implantación de voluntad política, impone fácticamente en cualquier momento vigencias que afectan a la materia constitucional. En este caso no estamos ubicados en ningún acto originario.

Ya dentro del ámbito de las constituciones escritas y rígidas, el poder constituyente originario es el que provee, en el acto original y fundacional de un Estado, la organización de su existencia política y de su actividad, por medio de normas fundamentales, escritas en un texto unitario. Una característica es que en principio es ilimitado, debido a que trasciende al orden jurídico positivo y al trascenderlo viene a mostrar un poder especial en virtud del cual un pueblo sin Constitución se otorga su primera ley fundamental.

El poder constituyente derivado vendría a ser el que, en la estructura constitucional rígida, se ejercita para reformar una Constitución por medio del procedimiento que la misma ha previsto en su texto. Valga decir, es aquél que se ejercita en subordinación a una Constitución anterior, y que se habilita con sujeción a lo que ella dispone. Es en consecuencia, limitado, debido a que no se cumple aparte de la normativa establecida, sino dentro de ella en la medida en que se somete al código preexistente que debe reformar. Entonces más que de acto creador, estamos en presencia de un acto modificadorio²⁶⁻²⁷.

24 Blancas Bustamante, Rubio Correa. Ob. Cit. Pág. 302.

25 Blancas Bustamante, Rubio Correa expresan que lo primero es lo válido; lo segundo sin serlo, puede ser lo vigente.

²⁶ Es esta la causa por la cual algunos autores niegan al poder constituyente derivado la calidad de constituyente, con lo cual lo consideran como un poder de rango superior.

²⁷ Para Blancas Bustamante y Rubio Correa es importante indicar que "no es posible divorciar al poder constituyente del acto constituyente, locución esta utilizada con todo acierto por Boutmy, en el sentido de acto de constituir al Estado. Sánchez Viamonte (El Poder Constituyente. Ed. Bibliográfica Argentina p.574 y 575), descubre una genealogía constituyente, al asignarle el sentido de acto contractual, equivalente al pacto social, para constituir la sociedad civil o Estado. El pueblo constituyente en sociedad civil o Estado, cumple contractualmente un acto político. El contrato, dice el autor citado, se convierte en acto de voluntad política, y en vez de llamarse social se denomina constituyente y a continuación distingue tres aspectos: a) el acto constituyente en el que se manifiesta una voluntad política, y que organiza al pueblo en sociedad civil o Estado, b) el poder constituyente, que consiste en la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre ordenamiento sí mismo al darse una organización política y un ordenamiento jurídico, c) la constitución que es al mismo tiempo, organización del Estado y orden jurídico para la sociedad. El acto constituyente es un hecho; el poder constituyente es una aptitud y cualidad de la función perteneciente al pueblo, la constitución es una normación institucional".

Por otra parte, creo que es importante establecer la diferencia entre poder constituyente y soberanía. El poder constituyente se ejercita para establecer un orden constitucional, o para modificarlo. La soberanía, en cambio, es una cualidad del poder del Estado, que consiste en no derivar la validez de su ordenamiento jurídico de otra instancia superior. Cuando se ejercita el poder constituyente originario, se puede expresar, desde un punto de vista estricto, que no existe todavía un Estado; en ese acto se va a fundamentar, se va a individualizar jurídica y políticamente; cuando se cumple en forma derivada, se va a reformar una Constitución, pero tanto en uno como en otro caso, ese poder se coloca al margen del poder constituido, ya sea por ser anterior, cuando crea al Estado, o ya sea por desarrollarse de manera marginal cuando modifica su ordenamiento.

La soberanía, de manera contraria; sólo puede comprenderse dentro del Estado, como cualidad de un poder constituido, de ese poder que en forma continua de expresión vital al Estado, desarrolla sus competencias, pone en movimiento sus funciones y da curso dinámico a su existencia cotidiana. La soberanía, en consecuencia no existe hasta que el Estado se crea o establece. No existe una soberanía precedente, diluida en la comunidad o en cualquier otro ente. En síntesis: mientras no exista Estado no existe soberanía.

El sujeto del Poder Constituyente

De conformidad con la concepción medieval, sólo Dios tiene una "potestas constituens", en la medida que pueda hablarse de esto. El conocido postulado que "todo poder o autoridad viene de Dios" tiene como significado el poder constituyente de Dios. Igualmente la literatura política de la Reforma, especialmente, la teoría de los monarcómacos calvinistas, lo sostiene.

Durante el período de la Revolución Francesa el conocido autor Sieyès desarrolló la doctrina del Pueblo (nación) como sujeto del Poder Constituyente. En el siglo XVIII no había sido designado el príncipe absoluto como sujeto del Poder Constituyente, pero sólo porque el pensamiento de una libre decisión de totalidad, adoptada por los hombres y sobre la manera y forma de la propia existencia política, sólo puede tomar la forma de un hecho político, de manera bastante lenta. Schmitt nos dice que "los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivas en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración. La Declaración Americana de Independencia y la Revolución Francesa de 1789 significan el comienzo de una nueva época en este respecto, sin que interese conocer en qué medida era consciente el autor de estos precedentes, de la trascendencia de su conducta. En la Declaración Americana de Independencia de 1776 no puede reconocerse con plena claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgía una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos Estados"²⁸.

Con respecto a la Revolución Francesa se produce otro fenómeno debido a que aquí no surgía una nueva formación política, valga decir, un nuevo Estado. Se puede decir, que

²⁸ Ob. Cit. Pág. 95.

el Estado francés venía existiendo desde mucho antes. En este caso se trataba de que los mismos hombres establecían, sobre la base de una decisión consciente, el modo y la forma de su propia existencia política. Cuando apareció la idea del Poder Constituyente se presentaba más lúcida esta novedad. Se pudo observar, cómo los Estados generales convocados por el rey se constituyeron en junio de 1789 en Asamblea Nacional Constituyente. Se constituyeron sin un mandato formal que les otorgara legitimación, en diputados del pueblo en ejercicio de su Poder Constituyente y en consecuencia derivaron sus facultades de este poder²⁹.

De conformidad con lo anterior, la Nación es el sujeto del Poder Constituyente. El término nación es más expresivo que el de pueblo. Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como nación es una asociación de hombres no siempre política. Se puede agregar, que la doctrina del Poder Constituyente del pueblo presupone la voluntad consciente de existencia política. El acto por medio del cual el pueblo se da una Constitución presupone ya el Estado cuyo modo y forma se establece. Es importante agregar que para el acto mismo de ejercicio de la voluntad, no puede existir procedimiento prefijado y menos aún para el contenido de la decisión política. Lo importante a considerar únicamente es que la Nación lo quiera.

Un aspecto de gran significación es que el Poder Constituyente no se encuentra ligado a procedimientos preestablecidos; de ahí que se dice que el Poder Constituyente siempre está en estado de naturaleza.

Durante el tiempo de la restauración monárquica (1815-1830), el rey se convirtió en sujeto del Poder Constituyente. Sobre la base del principio monárquico permanece en él la plenitud del poder del Estado. Esta teoría del poder constituyente del rey fue sostenida de manera ocasional y sin éxito en la Asamblea Constituyente de 1789. Sin embargo, durante la época de la Restauración fue teóricamente necesario contraponer un Poder Constituyente del Rey al Poder Constituyente del Pueblo, el cual había sido establecido claramente en la Revolución Francesa.

La situación de la monarquía era bastante difícil. La monarquía hereditaria es una institución ligada al orden sucesorio de una familia, y por tanto, formada ya en sí misma. Una dinastía jamás puede ser considerada, como el Pueblo o la Nación, fundamento de toda la vida política.

Por otra parte, también la organización de una minoría puede ser sujeto del poder constituyente. En esta situación el Estado adopta la forma de una Aristocracia u Oligarquía. Este Upo de regímenes se pueden considerar dictaduras en el sentido de que representan sólo una etapa transitiva, con lo cual queda pendiente la decisión definitiva sobre el modo y forma de la existencia política. A mi modo de ver las cosas, si la etapa transitiva no es superada estamos en presencia de una carencia de legitimidad.

²⁹ En este sentido nos dice Schmitt que Sieyès vino a formular la teoría del “pouvoir constituant” de la Nación. “El designó, con acierto, como un acto de la Revolución, el que ya se planteara en sus comienzos la distinción entre Poder constituyente y constituido”.

El autor Blancas Bustamante³⁰ en su libro comparte la opinión clásica que hace a la comunidad sujeto titular del Poder Constituyente. Expresa el mencionado autor "que es un poco la doctrina de Suárez, que se inicia de la ausencia de una forma especial de autoridad exigida por derecho divino o natural para el Estado. El Estado es institución natural, pero ni Dios ni la naturaleza han predeterminado una forma expresa de régimen, o si se quiere de Constitución; esta forma es el producto del quehacer y de la voluntad de los hombres, que pueden válidamente escoger la de su preferencia y también modificarla una vez adoptada". Continúa diciendo el autor en mención "que no existiendo ordenación divina ni natural acerca de las formas políticas, es la comunidad la que debe decidirse por una concreta en su acto constituyente, valga decir, al constituir un Estado. Asimismo como tampoco existe persona alguna investida de autoridad por Dios ni por la naturaleza, es menester que la institución humana le otorgue la potestad pública, de donde la comunidad posee también la facultad de darse su propia ley de investidura del poder"³¹. Toda esta posición se traduce en que el pueblo es titular del poder constituyente para manifestar su voluntad en dos momentos políticos: al formar el Estado y al emitir una Constitución, o sea, al consentir la convivencia en una organización política concreta, y al atribuir a esa institución una forma constitucional y una investidura de poder.

Para Sánchez Viamonte³² "el Ulular del poder constituyente es un producto de las circunstancias, históricas y aparece siempre condicionado por ellas". Por eso, no obstante que el pueblo sea titular válido, habrá siempre actos constituyentes emitidos por otros órganos sin investidura legítima y formal. Es a esos titulares que denominamos de ipso cuando son ilegítimos, o reales cuando vienen a cumplir la actividad constituyente sin atribución formal de poder constituyente pero en uso de un poder ordinario válido. En este sentido Blancas Bustamante establece que cuando un jefe de Estado crea costumbre en contra de la Constitución y llega a dar vigencia a una Constitución real opuesta a la escrita, ejerce poder constituyente y lo ejerce de facto, sin validez; pero cuando un tribunal integra la Constitución escrita con su interpretación jurisprudencial, o un parlamento dicta leyes con contenido constitucional, también hay ejercicio del poder constituyente-material, porque la Constitución es rígida, y el ejercicio válido, porque esos actos constituyentes, no obstante estar fuera del poder constituyente formal, se cumplen válidamente en uso de competencias legítimas". Esto significa, de acuerdo con la posición de Blancas Bustamante, que mientras no haya quebrantamiento de la Constitución escrita, todo acto constituyente de los órganos estatales los ubica en la condición de titulares reales de poder constituyente material; pero cuando esa transgresión se produzca, sólo habrá titularidad de facto, ilegítima³³.

Ejercicio del Poder Constituyente

³⁰ Ob. Cit. Pág. 312.

³¹ Ob. Cit. Pág. 312.

³² El Poder Constituyente. Ed. Bibliográfica Argentina. Pág. 325.

³³ Ob. Cit. Pág. 313.

En primer término es importante indicar que resulta del todo imposible dar un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculado el ejercicio del poder constituyente.

En la Monarquía, el ejercicio del poder constituyente del Monarca viene a regularse a sí mismo, debido a que la Monarquía absoluta es una institución establecida. Valga decir, estamos en presencia de una organización constituida. El Rey viene a manifestar su poder constituyente emitiendo desde su poder una Constitución otorgada por acto unilateral. Como apunta Schmitt "puede entenderse con representantes de los estamentos o del pueblo y vincularse a su cooperación o anuencia. Esto no requiere renuncia del poder constituyente. ni contiene un reconocimiento del poder constituyente del pueblo" ³⁴.

Con relación al pueblo, éste ejerce su poder constituyente por medio de cualquier expresión "reconocible" de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política ³⁵. Del carácter particular del sujeto de este poder constituyente se desprenden aspectos y dificultades especiales. El pueblo, como titular del poder constituyente no constituye una instancia firme u organizada. El pueblo requiere ser en la democracia capaz de decisiones y actuaciones políticas. En momentos decisivos manifiesta una voluntad decisiva y por lo tanto es apto para manifestar su afirmación o negación a diversos aspectos fundamentales de su existencia política. Siguiendo la línea de Schmitt, la fuerza y la debilidad del pueblo se basan en que no es una instancia formada con competencias circunscritas y capaz de despachar asuntos dentro de un procedimiento regulado. La voluntad de existencia política de un pueblo es superior a cualquier tipo de formalidad y normación. Para Schmitt la debilidad se basa en que el pueblo ha de decidir sobre aspectos fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo. La voluntad del pueblo de darse una Constitución se demuestra mediante el hecho y no por medio de la observación de un procedimiento normativamente establecido.

La voluntad constituyente del pueblo es inmediata; se puede decir que es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Desde este punto de vista ninguna ley constitucional, ni ninguna Constitución pueden indicar la actividad a realizar por un poder constituyente.

En la democracia actual existe lo que se conoce con el nombre de Asamblea Nacional Constituyente, la cual es conformada de acuerdo a los postulados básicos del sufragio universal. Estaremos en presencia de esta Asamblea cuando haya sido abolida una Constitución y se requiera conformar otra. Sin embargo es importante expresar que esta Asamblea Nacional Constituyente no constituye el único procedimiento democrático existente. Existen otras clases de formulación de la voluntad constituyente del pueblo, entre las que tenemos:

- a) La Asamblea Nacional que acuerda y despacha normaciones legalmente constitucionales. En este caso de acuerdo con Schmitt, sería una asamblea elegida

³⁴ Ob. Cit. Pág. 99.

³⁵ Schmitt. Ob. Cit. Pág. 99.

de conformidad con los postulados democráticos fundamentales y especialmente comisionada para la formulación y normación de las determinaciones legal-constitucionales; acuerda el texto de las leyes constitucionales y las expide. Este tipo de normación entraría en vigor por acuerdo de simple mayoría, sin que tenga lugar un referéndum sobre el proyecto aprobado, es decir, sin producirse confirmación por parte de los ciudadanos con derecho a voto.

- b) La Asamblea (Convención) que proyecta normaciones legal-constitucionales con inmediato referéndum o cualquier otra confirmación directa o indirecta del proyecto, por los ciudadanos con derecho a voto ³⁶.
- c) Especialidades en caso de Convención para una Constitución federal. En este caso la Constitución puede ser sometida al asentimiento del pueblo de los distintos Estados miembros³⁷.
- d) Plebiscito general sobre una propuesta surgida de cualquier modo, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera ³⁸.

Por otra parte también se ha hecho una distinción entre ejercicio autocrático, sinalagmático y democrático.

Con respecto al ejercicio autocrático, estaríamos hablando de una creación unilateral de la Constitución. Antes las "cartas", que eran concesiones graciosas del rey en ejercicio de su poder absoluto e ilimitado, pero que a pesar de ello dejaban sin resolver el problema de su reforma. La forma empleada para su sanción venía a indicar por sí la titularidad del concedente; por ejemplo Luis XVIII afirmaba en la carta de 1814 "por un libre ejercicio de nuestra autoridad real, concedemos y otorgamos a nuestros súbditos, en nuestro nombre y en el de nuestros sucesores y para siempre". Hoy los "bandos", "decretos constituyentes" o "actos institucionales", son actos de imposición de los detentadores del poder, por la fuerza y en virtud del asentimiento, ya sea por un golpe de Estado de alguno de los poderes constituidos o por la insurrección de la fuerza armada frente al poder civil.

³⁶ Schmitt nos dice que el término "convención" viene a ser la expresión técnica para una corporación elegida de intento con el cargo de elaborar el proyecto de la normación legal constitucional. La expresión procede de la revolución inglesa: las convenciones de 1660 y 1689 eran gobiernos provisionales para crear una situación constitucional. Con la práctica de los Estados Americanos y el ejemplo de la convención nacional francesa de 1792, la palabra ha recibido la significación de una Asamblea que elabora el proyecto de la normación legal-constitucional.

³⁷ La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 fue proyectada por medio de una convención, sometida posteriormente a los Estados reunidos en el Congreso, recomendada por este congreso su aceptación al pueblo de los distintos Estados y, por último aceptada en cada uno de los 13 Estados por convenciones especiales de ratificación, valga decir, Asambleas elegidas de propósito para este fin.

³⁸ Efectivamente existía la práctica de los plebiscitos napoleónicos como la constitución consular del año VIII de 1799 que establecía el plebiscito, sin embargo la constitución recibió un trato de ley constitucional vigente antes incluso de la aceptación.

Con relación al ejercicio sinalagmático, estaríamos hablando de una creación consensual de la Constitución. Antes los pactos entre el rey y el parlamento, correspondientes a una etapa híbrida o ambigua sobre la titularidad del poder constituyente (1830 a 1848) cuyo ejemplo vendría a ser la Constitución francesa de 1830 la cual fue negociada entre Luis Felipe y el parlamento burgués, que al sancionarla reconocieron ese poder compartido. Hoy los pactos entre Estados o provincias, que llevan a la formación de confederaciones de Estados o que conducen a la reunión de un congreso, asamblea o convención la cual establecerá una nueva forma de Estado y su constitución.

En lo que respecta al ejercicio democrático, estaríamos hablando de una creación soberano-popular de la Constitución, la cual se puede dar por:

- a) Creación representativa (democracia directa) mediante un órgano especial convocado al efecto, valga decir, sistema de convención como por ejemplo Filadelfia en 1787 y Argentina 1853-1860; y también mediante un órgano común y permanente que sanciona la Constitución mediante el mismo procedimiento que las leyes ordinarias (Constitución flexible: Inglaterra) o por un procedimiento diferente y más difícil que el de la sanción de las leyes ordinarias (Constitución rígida).
- b) Por creación popular, es decir, democracia semidirecta por medio de un referéndum ante legem, en cuyo caso se trata del conocido poder preconstituyente. También por medio de un referéndum post legem en que el pueblo decide de manera directa sobre una propuesta de gobierno ya sea elaborada o no por un órgano representativo previo.
- c) Por combinación de los procedimientos anteriores, por medio de sanción del parlamento más ulterior referéndum, o sanción de la convención más posterior referéndum.
- d) Por sanción directa, como sería el caso de los cabildos abiertos.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que de los procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente originario, la asamblea y el referéndum han sido los más usuales en la etapa del constitucionalismo. Se habla de convención para citar el órgano representativo extraordinario que en algunos sistemas asume el ejercicio del poder de reforma. En el caso de asamblea estaríamos hablando de la reunión de un congreso o cuerpo fundacional del ordenamiento constitucional.

Sin duda alguna, otro mecanismo de creación democrática que puede aparecer interviniendo en la etapa del poder constituyente fundacional es la práctica de una de las formas semidirectas de democracia, como lo es el referéndum constitucional promovido de manera: a) consultiva para recabar una decisión popular sobre la oportunidad del cambio constitucional o sobre las decisiones fundamentales que debe contener una Constitución a ser sancionada posteriormente (caso francés de 1945); b) aprobatoriamente, para conferir valor y sanción a un texto proyectado por una asamblea o cuerpo representativo que requiere ese acto de decisión popular como una etapa más en el proceso de la sanción constitucional y c) ficticiamente, para obtener el asentimiento resignado de la población

votante como forma de convalidar una creación autocrática del detentador del poder. Ej.: plebiscitos napoleónicos.

Límites del Poder Constituyente

La posición clásica de la doctrina constitucional en lo relativo a los límites del poder constituyente establece que en el poder constituyente ordinario existe una total ilimitación tanto formal; como sustancial, valga decir, de procedimientos y de contenidos, y en el poder constituyente derivado existen en principio limitaciones que en lo formal es decir, procedimiento. existen siempre, aunque en lo sustancial o de contenido sólo algunas veces (cláusulas pétreas). Esta posición resulta válida para las constituciones rígidas ya que en el caso de las constituciones flexibles, el poder constituyente derivado en realidad no tendría limitaciones. El poder constituyente originario puede estructurar el Estado como quiera sin restricciones, libre de todo, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a establecer. Cabe agregar, que la ilimitación que se le asigna al poder constituyente originario es positiva lo cual consiste en el no reconocimiento de límites provenientes del derecho positivo. Sin embargo, existe otro tipo de límites que actúan sobre el poder constituyente originario, los cuales, deberán ser considerados como límites extrajurídicos. Estos son: a) los ideológicos, que consisten en creencia o en valores que actúan en el ámbito de la supraestructura; y b) los estructurales, que vienen a conformar el ámbito social subyacente o sea la infraestructura, como vendría a ser el sistema productivo de clases. Es importante expresar que este tipo de límites afectan ya no sólo al poder constituyente originario sino también al derivado. El peso y significación de este tipo de límites resulta incuestionable en cualquier regulación constitucional que se trate, con lo cual, siempre el constituyente tendrá en mente la ideología dominante y no podrá dejar de lado la realidad social y estructural que le rodea.

Ahora bien, en el caso del poder constituyente derivado, las limitaciones realmente son de naturaleza jurídica, eso sí sin perjuicio de la influencia de condicionamientos extrajurídicos mencionados en líneas precedentes. Podemos en consecuencia distinguir entre: a) límites autónomos. debido a que provienen de la propia Constitución política, o sea, que son internos al ordenamiento que se reforma y b) límites heterónomos, los cuales derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución misma, valga decir, exterior al derecho local aunque éste derecho los admite y los incorpora³⁹. Podemos agregar que los límites autónomos pueden ser clasificados en: procesales y sustanciales. Los procesales hacen referencia al trámite que debe cumplir la reforma en lo relativo a su procedimiento; y los sustanciales hacen referencia a las limitaciones de contenido o sustantivas, conocidas como cláusulas pétreas, debido a que se encuentran contenidas de forma prohibida. Entre los límites autónomos procesales se puede distinguir entre límites formales, los cuales resultan ser el trámite seguido por el órgano (mayorías, quorum) y los límites temporales los cuales son los plazos de prohibición cuyo cumplimiento es necesario antes de poder efectuar la reforma. En lo relativo a los límites heterónomos es posible distinguir tres casos: 1-) los pactos federales que conducen a una limitación del órgano constituyente en cuanto a la forma de Estado a establecer, 2-) también en cuanto a los alcances del poder constituyente

³⁹ Vanossi, Ob. Cit. Pág. 178.

de las provincias, y 3-) en cuanto a los tratados internacionales que pueden producirse en dos casos: a) de paz, como sería el caso en los procesos de integración regional, en los cuales surge un cierto poder supranacional y b) de guerra, como sería el caso de las condiciones que los países vencedores imponen a los vencidos, a los fines de su reordenación constitucional ⁴⁰.

En lo relativo a los límites sustanciales o contenidos fijos, podemos expresar que la conocida clasificación de las constituciones en rígidas y flexibles sólo hace referencia a la mayor o menor dificultad para reformar una Constitución pero no comprende la irreformabilidad total o parcial de la Constitución. La rigidez como apunta Vanossi "está dada simplemente, por la previsión en la propia Constitución de un procedimiento para su reforma que sea distinto y más difícil que el establecido por ella para la sanción y modificación de las leyes ordinarias, circunstancia que pone el acento en la faz procesal y en la diferencia formal entre la legislación constitucional del poder constituyente y la legislación ordinaria del poder legislativo constituido, diferencia que no cabe formular cuando la Constitución es del tipo flexible"⁴¹.

Con relación a las cláusulas pétreas, intocables o irreformables podemos decir que se trata de límites establecidos al contenido o sustancia de una reforma constitucional, valga decir, actúan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente reformador o derivado. En este sentido estos límites de carácter sustantivo o de contenido pueden asumir la condición de límites expresos o tácitos, ya se trate de cláusulas que la propia Constitución determina en concreto que no son modificables, o que la doctrina y los intérpretes entiendan que conforme al sistema constitucional hay que inferir una prohibición implícita de alterar el texto y la sustancia de tales cláusulas o partes de la Constitución. En realidad estas prohibiciones impiden que la función reformadora recaiga sobre ciertos aspectos de la Constitución que el constituyente originario ha considerado demasiado importantes, para con ello sustraerlos de la competencia de los órganos de revisión establecidos por el constituyente originario.

Sobre este asunto soy de la idea de admitir la plena posibilidad que todo Estado puede modificar, también de manera sustancial, el propio ordenamiento; es decir, la propia Constitución ya sea en lo relativo al derecho vigente o incluso estableciendo un cambio en la forma misma del Estado. Asimismo estimo que si bien es cierto, las cláusulas pétreas responden a una inquietud política de conservación y perdurabilidad, su importancia jurídica resulta dejada de lado ante: a) una violación o quebrantamiento revolucionario cuando no se cumplen las prohibiciones y la reforma de un, contenido prohibido alcanza efectividad por su vigencia ante los órganos del Estado y el ulterior acatamiento comunitario⁴². b) Una superación revolucionaria de toda la Constitución debido a que desaparece la norma misma que establecía la prohibición o condición pétrea, y c) Una

⁴⁰ Los primeros tratados en tiempos de paz suponen la igualdad y el pleno arbitrio del os firmantes mientras que los segundos, como consecuencia de guerra implican una desigualdad entre vencedores y vencidos y el sometimiento de estos últimos a las condiciones establecidas por los vencedores.

⁴¹ Ob. Cit. Pág. 183.

⁴² Ob. Cit. Vanossi. Pág. 312.

derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición y siguiendo los mecanismos previstos por la Constitución a los efectos de su reforma regular para proceder luego, y en consecuencia de la derogación efectuada, a modificar la cláusula que ya no tiene más carácter pétreo⁴³.

Reforma de la Constitución

Cuando se habla de reforma constitucional, se atiende en -primer término- al hecho formal de la revisión del texto escrito, en aquellos Estados con sistemas rígidos y unitarios. Es usual que el procedimiento de revisión sea solemne para sustraerlo del mecanismo común y fácil de la legislación ordinaria. Esta es la característica del principio de rigidez; sin embargo, existen autores que estiman factible la existencia de un régimen de Constitución escrita flexible, valga decir, sin prescribir formas especiales para su modificación. Para un autor como Xifra Heras, la rigidez puede ser orgánica o formal. La orgánica consiste en que la reforma debe ser efectuada por órganos especiales y diferentes de los legislativos, como sería el caso de una convención o asamblea. La formal se produce cuando la reforma queda a cargo de los órganos comunes, pero siempre de conformidad a un procedimiento agravado⁴⁴.

Podemos decir que existen diversas etapas en la reforma constitucional. En primer lugar, la iniciativa y declaración de reforma, con carácter previo a la instalación y funcionamiento del órgano constituyente y en segundo lugar, el proceso revisor o de elaboración del nuevo texto a cargo del órgano competente, y en ocasiones, en tercer término, el procedimiento de ratificación para efectos que entre en vigor la enmienda.

En lo relativo a la iniciativa y declaración de la reforma se utilizan métodos diversos. Por ejemplo en los Estados Unidos, la proposición de revisión se origina, en la mayor parte de los Estados, en las respectivas legislaturas, en algunos por concurrencia de iniciativa popular y de las legislaturas; en Vermont por iniciativa del Senado. En sistemas federales, la enmienda puede proponerse por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras o también por una convención convocada por el Congreso a iniciativa de las legislaturas de las dos terceras partes de los Estados, observándose que este último método no ha sido utilizado.

En Suiza la reforma total o parcial puede promoverse por una de las dos cámaras o por cincuenta mil ciudadanos. En Francia, por decisión de la mayoría absoluta de los

⁴³ Vannossi en su libro expresa que Biscaretti viene a respaldar esta solución, o sea, la de la abrogación previa del mismo artículo que establece la prohibición (que tendría la misma eficacia que todos los demás artículos de la Constitución), para luego efectuar la reforma querida proponiendo contenidos constitucionales aunque éstos contrasten con el anterior. Expresa Biscaretti que con “este temperamento el valor de las cláusulas pétreas se reducirían al de constituir un obstáculo más en el procedimiento de reforma, que aumentaría el tiempo necesario para consumir la realización de ésta”. En esta línea de pensamiento Biscaretti nos expresa un aspecto que es muy importante al considerar que la regla interpretativa según la cual la norma posterior de igual eficacia, al mismo tiempo que contraría la tendencia a permitir una constante evolución de las normas jurídicas en relación con las continuas mutaciones de las exigencias sociales.

⁴⁴ Xifra Hevas, citado en Blancas Bustamante en Derecho Constitucional General. Ob. Cit. Pág. 318.

miembros de la asamblea nacional. En la Unión Soviética por decisión de una mayoría no inferior a dos terceras partes en cada cámara del Soviet Supremo. En Yugoslavia, por el presidium de la asamblea popular, por el gobierno o por un tercio del total de los miembros de una de las cámaras.

Es posible afirmar que la fórmula más común en materia de propuesta de enmienda y resolución concerniente a su procedencia estriba en la participación común del legislativo y el ejecutivo. Sin embargo, en algunos casos la proposición de enmienda se completa con un procedimiento secundario. Por ejemplo en algunos estados de la Unión estadounidense, debe renovarse por una segunda legislatura (Nueva York, Delaware, Indiana, etc), o ser sometida a aprobación popular (Alabama, California, Utah, etc). En Francia se presentan situaciones especiales en que se requiere un segundo voto favorable de la asamblea, o el sometimiento del proyecto de ley a referéndum. En Suiza, si existe discrepancia entre la cámara acerca de la necesidad de revisión, o si la misma procede de iniciativa popular, la decisión se somete a referéndum.

La segunda etapa consiste propiamente en la revisión, la cual puede encomendarse al mismo órgano legislativo ordinario, usualmente con procedimiento agravado o a otro especialmente instalado para la reforma. El primer sistema lo adoptan países como Costa Rica, Ecuador, Perú, Alemania Occidental, Italia, Suiza, etc. En el ámbito federal los Estados Unidos establecen la reforma por una convención especial a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los estados, o por el propio congreso federal.

Ahora bien, cuando la revisión no se atribuye a una convención especial, la propuesta de la enmienda suele involucrar el contenido de la reforma que se promueve. Ahora, si la reforma queda reservada a un órgano expresamente instalado para ello la proposición se limita a declarar la necesidad de la remisión en el todo o en alguna de las partes de la Constitución, valga decir, que en el primer caso la proposición lleva en sí un proyecto de enmienda, mientras que en el segundo se circunscribe sólo a postular la reforma y a señalar los puntos que se derivan de la visión. En ocasiones la reforma votada por el órgano que la ha tenido a su cargo, exige un posterior trámite de ratificación. En Suiza, la Constitución federal revisada total o parcialmente entra en vigencia cuando la acepta la mayoría de los ciudadanos que toman parte en la votación y la mayoría de los cantones. En Japón, la reforma se somete a ratificación popular. Se establecen determinadas formas de plebiscito para ciertos casos de reforma en las constituciones de Italia, Uruguay y Chile. En el caso de los Estados Unidos, algunos estados requieren que las enmiendas se sometan a aprobación popular, como sería el caso de Arizona, Colorado, Michigan, Nueva York, Utah, Ohio, etc; sin embargo la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones de los estados que someten a referéndum las enmiendas a la Constitución federal, porque la Constitución federal prevé la intervención de la legislatura local para la ratificación, dejando de lado toda competencia que no sea la de las cámaras que la componen.

En el sistema federal, la Constitución de los Estados Unidos exige la ratificación de la reforma por las legislaturas de los estados, o bien por convenciones especiales reunidas en tres cuartas partes de los mismos estados y el Congreso escoge cualquiera de los dos métodos. En lo relativo a la ratificación se ha planteado la incógnita de si un Estado que

rechaza una enmienda propuesta por el Congreso, puede posteriormente rectificar con su oposición y prestarle aprobación o viceversa; la práctica constitucional establece antecedentes en ambos sentidos⁴⁵.

Otro problema que se presenta es el plazo en virtud del cual los estados deban ratificar la reforma. El Congreso puede establecer un lapso para la ratificación, pero cuando no lo ha hecho, la jurisprudencia se ha inclinado a no pronunciarse sobre la cuestión de si la ratificación ha sido efectuada dentro de un límite razonable de tiempo⁴⁶.

Constitución Política y Legitimidad

Podemos expresar que una Constitución es legítima, ya no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica, cuando la fuerza y autoridad del Poder Constituyente en que se basa su decisión vienen a ser reconocidas. En este sentido Schmitt expresa que "la decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución es válida, y el sujeto del Poder Constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia"⁴⁷. Como consecuencia de lo anterior se puede agregar que no requiere justificarse en una norma ética o jurídica, con lo cual tiene su sentido en la existencia política⁴⁸.

Desde un punto de vista histórico, es posible distinguir dos clases de legitimidad: la dinástica (príncipe) y la democrática (pueblo). Donde prevalece, apunta Schmitt, el punto de vista de la autoridad, será reconocido el Poder constituyente del rey y donde el punto de vista de la *maiestas populi* prevalece, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo⁴⁹.

Sólo es posible hablar de la legitimidad de una Constitución por razones de índole histórica y siempre bajo el criterio de la distinción entre legitimidad dinástica y democrática. Con esto Schmitt expresa que "en realidad se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de una unidad política"⁵⁰.

⁴⁵ La legislación de Nueva Jersey rechazó en 1865 la enmienda XIII para rectificarla posteriormente. Las de Georgia, Carolina del Norte y Carolina del Sur hicieron lo mismo con la enmienda XIV, que resultó aprobada cuando cambiaron los gobiernos locales. En Ohio y Nueva Jersey primero ratificaron la enmienda y luego retiraron su aprobación, pero el congreso federal incluyó a estos estados entre los ratificantes a efectos de reunir el número necesario para ponerla en vigor.

⁴⁶ En el caso *Dillon contra Gloss* fallado en 1921, la Suprema Corte estableció que la ratificación debe ser hecha dentro de un período razonable después de la propuesta, valga decir, de la contemporaneidad entre la enmienda y la ratificación por los estados; sin embargo, la judicatura se resiste a establecer el plazo razonable dentro del cual, a falta de disposición expresa, debe practicarse la aprobación de la reforma.

⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 104.

⁴⁸ Para Schmitt el especial modo de la existencia política no requiere ni puede ser legitimado.

⁴⁹ Ob. Cit. Pág. 104.

⁵⁰ Ob. Cit. Pág. 104.

Por otra parte podemos afirmar que la legitimidad de una Constitución no significa que haya sido tramitada de conformidad a leyes constitucionales anteriormente vigentes. Con esto estamos afirmando que una Constitución no se pone en vigencia de acuerdo a reglas o normativa superior a ella. Una nueva Constitución no se puede condicionar a una Constitución anterior. En este sentido Schmitt expresa que "allí donde se va hacia una nueva Constitución por abolición de la anterior, no es legítima la nueva porque la vieja haya sido abolida. Entonces la vieja Constitución abolida seguirá en vigor". "Nada tiene que ver la cuestión de la coincidencia de la Constitución nueva y la vieja, con la cuestión de la legitimidad"⁵¹⁻⁵². Siguiendo esta línea de pensamiento, desarrollada por Schmitt, una meterse a anteriores normaciones debido a que va no se encuentran en vigencia⁵³.

Existe también una legitimidad dinástica, la cual se basa en la autoridad del monarca. "Como un hombre aislado alcanza raramente desde su ser individual esa significación política, tampoco puede estar en el príncipe, como individuo, el Poder Constituyente. Lleva hacia la legitimidad dinástica, que se apoya en la permanente histórica de una familia vinculada al Estado, en la continuidad de la dinastía y de la sucesión hereditaria"⁵⁴.

Con respecto a la legitimidad democrática, ésta se basa en la idea de que el Estado es la unidad política de un pueblo. La especial forma de la existencia estatal se determina de acuerdo al principio de la legitimidad democrática, valga decir, por la libre voluntad de un pueblo. Con esto, podemos agregar, que la voluntad constituyente del pueblo no se encuentra ligada a ningún procedimiento establecido. Las constituciones democráticas han utilizado una serie de métodos, como es el de la elección de una asamblea constituyente o también el de la votación popular y con regularidad se tiende a unir estos métodos con el pensamiento de la legitimidad democrática, incorporando un determinado procedimiento en el concepto de legitimidad y viniendo a caracterizar como genuinamente democráticas únicamente aquellas constituciones que han encontrado la aprobación de una mayoría de ciudadanos formada en el procedimiento de votación individual secreta. Para Schmitt, estos métodos de votación individual secretos son problemáticos desde el punto de vista de una democracia auténtica. "También es siempre posible y fácil de reconocer un acuerdo tácito del pueblo. En la simple participación en la vida pública fijada por una Constitución puede

⁵¹ Ob. Cit. Pág. 105.

⁵² Nos dice Schmitt que la legitimidad de la Constitución de Weimar se basa en el poder constituyente del pueblo alemán. El hecho de que esta constitución haya surgido en virtud de abolición de la anterior de 1871, podía llevar, a lo sumo, a considerarla ilegítima desde el punto de vista de la legitimidad dinástica, del poder Constituyente del monarca, pero nada más. "Igualmente, y a la inversa, es ilegítima desde el punto de vista de la legitimidad democrática, toda constitución, emitida por el rey sobre la base del principio monárquico. (Ob. Cit. Pág. 105).

⁵³ Expresiones como legitimidad o ilegitimidad se utilizan con lastimosa frecuencia en el sentido de que solo puede designarse como legítima una constitución cuando ha surgido conforme a un procedimiento de revisión constitucional regulado en ley constitucional anteriormente válida". (Schmitt. Ob. Cit. pág. 105).

⁵⁴ Schmitt. Ob. Cit. Pág. 106.

verse, por ejemplo, una conducta concluyente, mediante la cual vaya a manifestarse con claridad la voluntad constituyente del pueblo"⁵⁵.

Poder Constituyente, legitimidad y democracia

El punto de partida es el de analizar la legitimidad del Poder Constituyente en el sentido de observar hasta qué punto un poder constituyente viene a ser fiel reflejo de la voluntad del pueblo. Con esto quiero decir, en primer término, que no todo poder constituyente por el simple hecho de su conformación, puede reputarse de legítimo. Esta posición da lugar entonces a precisar el término legitimidad, el cual, en principio, lo podemos relacionar con un criterio de identidad y de autorepresentación.

A partir del momento en que se establece como único legitimador del Estado el principio democrático de la soberanía popular y por otro lado, se considera que la única forma viable de organizar la comunidad política es por medio de los esquemas de la democracia representativa, se establecen las bases sobre las que ha de surgir la noción de poder constituyente. De acuerdo con lo anterior, podemos aplicar el criterio relativo a una legitimidad de origen y a una legitimidad de ejercicio. Precisemos mejor estos conceptos. Con respecto a la legitimidad de origen, me refiero al hecho de que todo derecho y toda conformación normativa requiere de una legitimidad contractual en el sentido de que este principio viene a consagrar la supremacía del individuo y de la sociedad sobre el Estado. Este principio de legitimidad contractual deriva del principio de legitimidad democrática, entendiendo por democracia, una democracia liberal o sistema democrático liberal avanzado; valga decir, una organización política de tipo mixto, que incluya tanto la democracia representativa como la democracia directa cuando y en la medida en que ésta sea posible. Una democracia que venga a incorporar las instituciones convencionales de la sociedad política más los movimientos e iniciativas populares de la sociedad civil. Una democracia donde las demandas del ciudadano común y corriente tengan accenismos políticos de decisión y donde el ciudadano realmente pueda controlar el poder político. Existen en consecuencia, razones de índole contractual en favor de la democracia y razones democráticas a favor del contrato. La legitimidad contractual nos conduce a la realización de un sistema jurídico-político democrático. Asimismo, en una democracia, por medio de sus instituciones funciona algo similar a un contrato social. La participación política de los ciudadanos en la toma de decisiones que afectan la convivencia, la posibilidad de tener acceso a centros de decisión política, las elecciones, el consentimiento y la confianza en los representantes políticos, la aceptación de las leyes y por supuesto, la conformación de un Poder Constituyente y su ejercicio, constituyen ejemplos significativos de contratos que un ciudadano corriente lleva a cabo a través de su vida política. Todos estos actos presumen un ámbito más amplio que es el de la legitimidad contractual, se realiza en las instituciones y en la vida de un sistema democrático. Un aspecto de enorme importancia lo constituye el hecho de expresar que la legitimidad democrática es la que más y mejor nos aproxima al ideal de una legitimidad justa debido a que la legitimidad democrática se basa y elabora sobre el valor de la libertad individual, sobre el principio de la soberanía popular y sobre el criterio de decisión de las mayorías como criterio para crear normas jurídicas o para tomar decisiones políticas. Si estos principios apuntados son respetados se puede afirmar que

⁵⁵ Schmitt. Ob. Cit. Pág. 107.

existe democracia y que existe una suficiente legitimidad democrática de un derecho y de un Estado.

Cuando hablamos de la legitimidad de ejercicio estamos hablando del necesario reconocimiento, respeto y eficacia de las libertades individuales.

Ahora bien, ¿en qué caso estamos ante un Poder Constituyente legitimado?. Estamos ante un Poder Constituyente legitimado, cuando éste ha sido conformado de acuerdo al sentir propio del pueblo como titular de la soberanía. Desde este punto de vista el poder constituyente tendrá que ser fiel expresión de representatividad de todo el núcleo social. En la medida en que no exista esta representación lo más democrática y auténtica posible no podríamos hablar de un legítimo poder constituyente. Legitimidad equivale a identidad y a autorrepresentación moral, ideológica y filosófica de un determinado orden político. De acuerdo con esta postura lo importante no es determinar cuándo existe un poder constituyente, sino cuándo ese poder constituyente es legítimo.

Aparte de este consentimiento o voluntad libre de los propios individuos otro aspecto medular en lo relativo a la legitimidad, se refiere al hecho del reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales. El poder constituyente tendrá necesariamente que convertirse en instrumento de garantía de respeto de los derechos fundamentales. En resumen: Auténtica representatividad de la soberanía popular y reconocimiento y respeto de los derechos y libertades individuales constituyen la legitimidad de un poder constituyente.

Sobre la base de lo expresado en las líneas precedentes es posible afirmar que existen en una sociedad democrática razones más fuertes para conformar un poder constituyente legítimo y garantizar su debido ejercicio. Esto debido a que en una sociedad democrática existen procedimientos de toma de decisiones en los cuales todos los miembros del grupo social gozan de igual participación a la hora de tomar una decisión relativa a la conformación de un Poder Constituyente.

Por otra parte soy de la idea de que aunque las decisiones se tomen democráticamente, no las convierte en legítimas. Pueden ser también ilegítimas cuando atentan contra los derechos humanos fundamentales. De ahí la necesidad de que los dos requisitos se den unidos.

En síntesis, para poder hablar de legitimidad de un poder constituyente, tanto originario como derivado, tendremos que estar en presencia de una auténtica y efectiva representación de la soberanía popular y de un reconocimiento de los derechos humanos fundamentales. El modelo democrático con todas sus imperfecciones nos acerca más a esta necesaria aspiración.

III. CONCLUSIÓN

Hemos podido palpar la enorme importancia que constituye el tema relativo al poder constituyente y a su ejercicio constitucional.

A partir del momento en que concebimos como elemento único de carácter legitimador el principio democrático de la soberanía popular y por otra parte se viene a considerar que la única forma posible de organizar la comunidad política es por medio precisamente de los esquemas de la democracia representativa, es que se establecen, en consecuencia, los fundamentos sobre los que ha de desarrollarse el concepto de poder constituyente. Esta posición nos conduce a pensar que la democracia representativa conlleva la distinción entre los representantes y los representados, valga decir, entre gobernantes y gobernados. Desde esta posición, la necesidad de hacer valer, de acuerdo al principio democrático, la suprema autoridad popular frente a la autoridad del gobernante, no presenta otra posibilidad ni alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, y como consecuencia de sus aspiraciones, una ley superior (Constitución) que venga a obligar por un lado a los gobernantes, y por otro a los sujetos gobernados o administrados. Contrario a los poderes constituidos, ordenados y limitados en la Constitución, se presenta como un poder previo, ilimitado y total el poder constituyente. Sin embargo, esta ilimitación de que hemos venido hablando tendrá necesariamente que partir sobre el respeto de la debida representatividad de la soberanía popular y del reconocimiento y garantía de los derechos humanos fundamentales. Con esto quiero decir que lo realmente importante no es en sí determinar la existencia de un poder constituyente, sino cuándo ese poder constituyente es legítimo. Existen a través de la historia muchos casos de ordenamientos jurídicos que han querido "legitimarse" por medio de un poder constituyente, arrogándose una soberanía ya no sólo inexistente sino también carente de los principios básicos de respeto de la libertad individual. El hecho de poseer una Constitución sobre la base de un poder constituyente no significa de modo alguno que estemos en presencia de un proceso de legitimación. Lo importante es desarrollar esta noción sobre el valor de la libertad individual, sobre el principio de la soberanía popular y sobre el criterio de decisión de las mayorías como criterio para crear ya no sólo normativa jurídica, sino también para tomar fundamentales decisiones políticas. Si todos estos aspectos son acatados y respetados, podemos afirmar que existe democracia y que existe una suficiente legitimidad democrática de un Derecho y de un Estado; aspectos éstos fundamentales para preservar la justicia y la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y RUBIO CORREA, Marcial. Derecho Constitucional General. Colección de textos jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. fondo Editorial, 1987.
- BIDART CAMPOS German. Derecho ,Constitucional. Buenos Aires. ÉDIAR (Tomo I). 1968.
- CONTRERAS Manuel. Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites. Revista de Estudios Políticos #16 C.E.C. 1980.
- DE VECA Pedro. La reforma constitucional. TECNOS. Madrid 1985.

- FRIAS Pedro. Consideraciones sobre la reforma constitucional. Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1979.
- GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional. Comparado. Madrid 1950.
- GARCIA VALDECASAS Alfonso. La elaboración del texto constitucional. Revista Estudios Políticos, Nueva Época C.E.C.
- HERNÁNDEZ GIL Antonio, facetas de dos procesos constituyentes. Revista Estudios Políticos 31-32 Nueva Época, C.E.C.
- HERNANDEZ VALLE Rubén. Lecciones de derecho constitucional costarricense. Escuela Libre de Derecho UACA. Costa Rica 1979.
- LOEWEWSTEIN Karl. Teoría de la Constitución. Editorial ARIEL 1976. Barcelona, España.
- MORODO LEONCIO Raúl. La reforma constitucional y sus límites. Revista, de Ciencias Sociales, Puerto Rico 1960.
- PÉREZ SERRANO Nicolás; El poder constituyente. Madrid 1974.
- PORRAS NADALES Antonio, Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española. Revista de Estudios políticos #24 C.E.C, Madrid 1981.
- POSADA Adolfo. La Reforma Constitucional. Madrid 1931.
- ROMERO PÉREZ Jorge Enrique. Notas sobre el problema de la Constitución Política. Editorial EUNED 1977. Costa Rica.
- SCHMITT Cari. Teoría de la Constitución. Alianza Universidad Textos. Madrid 1982.
- SIEYES. ¿Qué es el Tercer Estado? Editorial Aguilar 1973. MADRID.
- TOMAS VILLARROYA Joaquín. Proceso constituyente y nueva Constitución. Un análisis crítico. Revista de Estudios Políticos Nueva Época C.E.C. 1979.
- VANOSI Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1975.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA *

*Dr. Olman Arguedas Salazar***

CONTENIDO

I. Antecedentes históricos	108
II. Bases constitucionales	110
III. Legislación orgánica	113
IV. Generalidades	116
1.1 Independencia	118
1.2 Autoridad	119
1.3 Responsabilidad	120
2.1 Motivos subjetivos.....	120
2.2 Carrera judicial	122
2.3 La lentitud en la función judicial	124
2.4 La humanización	126
2.5 Nombramiento de los jueces	126
2.6 Exceso de trabajo	127
3. El procedimiento	128
- La oralidad	128
Conclusiones	131
Bibliografía	132

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Merece la pena hacer referencia a algunos aspectos históricos de la administración de justicia en Costa Rica. En primer lugar es menester indicar que Costa Rica es un país con una historia pequeña en relación con otros, y que concretamente en cuanto al tema se refiere, la historia de la administración de justicia tiene su inicio con la independencia de España, pues remontamos hasta la colonia sería en nuestro criterio, innecesario.

La vida independiente comenzó el 15 de septiembre de 1821, y fue precisamente el 1° de diciembre de ese año, que se promulgó el denominado Pacto Social Fundamental Interno de Costa Rica, en cuyo prólogo se le da al gobierno que por ese texto se creaba, el

* Trabajo expuesto en el Coloquio organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Agosto de 1992.

** Juez Superior Civil de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Profesor de Derecho Procesal de la Escuela Libre de Derecho. U.A.C.A.

carácter de provisional; también en esa sección del texto mencionado se le da lo que hoy en Costa Rica, la denominación de "provincia" ese carácter de provisional que se le dio al gobierno fue con la finalidad de llegar al establecimiento de un gobierno supremo constitucional.

En lo que nos interesa, el artículo 8° propuso que para la administración, conservación y prosperidad de la provincia se establecería una junta de gobierno provisional, compuesta de siete "vocales" elegidos popularmente, y el artículo 9° ordenó que ese gobierno permanecería hasta que se formara y estableciera la Constitución del Estado a que la provincia se adhiriera, y concretamente en cuanto a la administración de justicia, la organización era desde luego incipiente pues el artículo 41 decía textualmente: "En lo judicial, la Junta, como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente de la del 9 de octubre de 1812"; el numeral 42 dispuso que para que no hubiera lesión ni atraso en la administración de justicia, la Junta determinaba las competencias de jurisdicción (extraña expresión, comentamos), y los recursos de agravio y de fuerza. Y la norma 43 disponía que en los casos en que litigara un pueblo con otro, o un particular como actor contra un pueblo, la Junta señalaría el juez constitucional inmediato que como imparcial debería conocer de la causa. Es interesante conocer la forma incipiente de administrar justicia, consecuencia lógica de una provincia pobre como lo era, y lo sigue siendo ahora. Costa Rica. La totalidad del Pacto era de 58 artículos, sin que se hubiera dedicado un capítulo a eso que llamarnos administración de justicia, sino que, como hemos visto, se le dedicaron solamente cuatro normas que estaban localizadas dentro del articulado referente a la instalación y facultades de la mencionada Junta de Gobierno provisional.

El 10 de enero de 1822 se le introdujeron reformas al Pacto, para disponer que la provincia se anexaba al Imperio Mexicano de Agustín de Iturbide, con lo cual se daba cumplimiento a lo que había dispuesto el artículo 1° del Pacto, el cual dispuso que la provincia podría adherirse a cualquier Estado o potencia. El 17 de marzo de 1823, y ya separada del Imperio Mexicano, se promulgó el Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, en el cual tampoco se le da a la administración de justicia el tratamiento que merecía, pues sólo se incluyeron los artículos 29, 30 y 31, en los cuales se hacía referencia a la justicia pronta y cumplida, la solución de conflictos de competencia, conocimiento de los recursos de fuerza, agravio y nulidad, art. 29; dispuso que la Diputación señalaría el juez constitucional inmediato que debía conocer de las causas civiles que se versen entre los pueblos, o entre un pueblo y un particular, art. 30; y por último la potestad de la Diputación de conocer en apelación de los delitos perpetrados contra la libertad de la provincia y la forma de Gobierno, y también sobre los delitos que por ser de menos monta no traen aparejada pena corporis afflictiva y cuándo ésta no es grave, art. 31. En el artículo 2° de este Primer Estatuto Político se dispuso que Costa Rica (aún provincia), sería dependiente o confederada únicamente de potencia americana a quien le convenga adherirse. Igual situación prevaleció en el Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, de 16 de mayo de 1823.

No es sino en la Constitución de la República Federal de Centroamérica, de 22 de noviembre de 1824, cuando se le da a la administración de justicia un mejor tratamiento,

pues en dicha Constitución ya aparece el título VIII dedicado a la Suprema Corte de Justicia y sus atribuciones, radicada en Guatemala y hay también en la Sección 4 del título XII una referencia a lo que entonces se llamó el Poder Judicial de los Estados.

El 25 de enero de 1825 se promulgó la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, en cuyo artículo 13 se ratifica que se forma parte de la Federación del Centro de América. Es precisamente en esta Ley Fundamental en donde en el capítulo 9° por vez primera se usa la expresión Poder Judicial, y con ello se hace referencia a la Corte Superior de Justicia y a los Tribunales y Juzgados establecidos por la ley (Se respeta la ortografía de la época). Los Magistrados de dicha Corte Superior eran electos popularmente, según lo disponía así el artículo 88. En las reformas que se le introdujeron a la Ley Fundamental el 15 de mayo de 1827 y el 22 de abril de 1830, se mantuvo la elección popular para los Magistrados, pero su número se redujo a tres,-ya que en el texto original su número oscilaba entre 3 y 5.

La situación descrita continúa en las reformas que se le hicieron a la Constitución Federal de Centro América el 13 de febrero de 1835.

Seguidamente, el 8 de marzo de 1841 se promulgó la Ley de Bases y Garantías cuyo mérito fue el de darle a Costa Rica la condición de Estado Soberano e Independiente, pero sin que a la administración de justicia se le coloque en el sitio que le corresponde, pues sólo hay referencias hechas en artículos; concretamente el artículo 6 en su inciso 2, el cual ya hace mención de los Jueces de la instancia con una remisión también, en cuanto a sus facultades al Código General de ese mismo año, que reguló tanto el procedimiento civil como el procedimiento penal, y contenía también normas de derecho de fondo. De allí su nombre de Código General. La ley de Bases y Garantías fue anulada por los enemigos políticos de su autor Braulio Carrillo Colina, mediante decretos del 6 de junio de 1842 y 27 de agosto de ese mismo año, con lo cual se restituyó la vigencia de la Constitución del 21 de enero de 1825; en el primero de ellos, Decreto N° LXVII, se dispuso la expedición de un reglamento para la organización del Poder Judicial, lo que constituyó desde luego un notable avance en este campo.

Siguiendo este rápido recorrido en el tiempo, nos encontramos con la Constitución Política del Estado de Costa Rica, de 9 de abril de 1844, en la cual ya se le da al Poder Judicial un título, el VII, compuesto de tres secciones que en total suman 28 artículos. Es entonces a partir de esa Constitución que se le da al Poder Judicial el lugar que la corresponde como tal, lo cual se repite en las sucesivas constituciones, a saber Constitución Política de 10 de febrero de 1847; Constitución Política Reformada de 30 de noviembre de 1848; Constitución Política de 27 de diciembre de 1859; Constitución Política de 15 de abril de 1869; Constitución Política de 7 de diciembre de 1871; Constitución Política de 8 de junio de 1917, y desde luego, la que está vigente en la actualidad, de 7 de noviembre de 1949.

II. BASES CONSTITUCIONALES

Como función pública que es, la administración de justicia en Costa Rica tiene normas ubicadas en la Constitución Política que podemos agrupar en dos secciones que ese

texto legal denomina Títulos. El primero de ellos lleva como nombre "Derechos y Garantías Individuales", y el segundo "Poder Judicial".

Los derechos y garantías individuales enfocan al hombre frente al Estado, y, concretamente, en cuanto a lo que nos interesa, al hombre frente al juzgador. El Poder Judicial es un título de la Constitución en que se mira a los órganos jurisdiccionales como tales, es decir, en sí mismos, y no frente a los particulares. La Constitución Política de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949, nació como reacción en contra de un régimen autoritario y antidemocrático, lo cual trajo como consecuencia la guerra civil de marzo-abril de 1948, y hoy se encuentra asegurada por el control que ejerce la recientemente creada Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, hay en ella un amplio número de normas de carácter procesal, concernientes tanto a los particulares como a los órganos jurisdiccionales. Entre todas esas normas encontramos la que instituye una de las formas de independencia de la función jurisdiccional, o autonomía, que establece el sometimiento del Poder Judicial a la Constitución y a la ley; no hay duda de que en esta norma, consagrada en el artículo 154 se establece la separación del Poder Judicial de los otros Poderes del Estado. Esa independencia comprende, inclusive, la potestad de nombramiento de los jueces, salvo el de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, todo lo cual se regula en la ley denominada Estatuto de Servicio Judicial. La prohibición de la existencia de tribunales especiales, prevista en el artículo 35, significa la consagración definitiva del concepto de juez natural, salvo desde luego la posibilidad de arbitraje, institución que está prevista y permitida en la norma 43, y que luego los códigos procesales se encargan de desarrollar. El derecho de accionar entendido como una forma típica de la libertad de petición, encuentra acogida en el numeral 27, para la tutela de los intereses legítimos, el cual puede hacerse valer aun contra el Estado, conforme lo permite el artículo 49 al disponerse en éste el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. El derecho a no declarar contra sí mismo ni contra determinados parientes constituye una forma de defensa en el proceso penal, que establece el artículo 36. Los requisitos para la detención de una persona, la previa ley para la condena por un delito o contravención, el plazo de la incomunicación de una persona detenida, son también garantías propias del proceso penal, que encuentran su lugar en los artículos 37, 39 y 44. Normas generales, aparecen en los artículos 38, 40, 41, 42, relativas a la imposibilidad de la prisión por deuda, prohibición de tratamientos crueles y penas perpetuas, el derecho a la justicia pronta y cumplida, y la prohibición de ser juez en diversas instancias.

El Poder Judicial está formado por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley. Así reza el artículo 152, primera norma del elenco que forma el título XI antes mencionado. La primera está formada por Salas que por disposición expresa del artículo 157 podrán ser creadas por ley. En la actualidad la forman 4 Salas cuya competencia la determina la ley por razón de materia, así: la Primera, asuntos civiles y contencioso-administrativos; la Segunda, asuntos familiares y laborales; la Tercera, asuntos penales, y la Cuarta, asuntos constitucionales. Las tres primeras conocen como Salas de Casación, salvo la Segunda en materia de trabajo, que en realidad conoce como una tercera instancia rogada; la última conoce de los procesos de amparo, inconstitucionalidad y hábeas corpus. En el artículo 153 encontramos una norma enumerativa de las materias que son de conocimiento de los órganos jurisdiccionales, y que en definitiva remite a la ley en cuanto a otras: desde luego que el contenido de esta

disposición es inadecuado, pues bastaba con indicar que las materias de conocimiento del poder Judicial serán las que indique la ley, sin necesidad de hacer la enumeración. Es importante destacar que en esta norma 153 se cataloga la ejecución como una manifestación más de la función jurisdiccional, con ayuda la fuerza pública si fuere necesario. También aparecen en este Título normas relativas al nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, las cuales, por su trascendencia, comentaremos más adelante. Por ahora basta con indicar que el período es de ocho años, se consideran reelegidos para períodos iguales y las vacantes se llenan para períodos completos de ocho años. Aparecen también reguladas determinadas incompatibilidades para el nombramiento. Tales aspectos los regulan los artículos 158, 159, 160 y 161.

Conviene mencionar que la Constitución Política de Costa Rica es de carácter rígido pues para ser modificada es necesario un procedimiento especial que requerirá en definitiva, para el proyecto, una votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Las anteriores son, en resumen, las normas constitucionales relativas a la función jurisdiccional incluidas en los títulos mencionados, esto es, los Títulos VI y XI, a todo lo cual es obligado agregar la independencia económica, en virtud de la cual en el presupuesto del Estado el Poder Judicial goza de una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico; cuando esa suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestadas por ese Poder, el departamento especializado en la materia dependiente del Poder Ejecutivo incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda. Esta independencia económica fue introducida como una reforma a la Constitución mediante ley N° 2122 del 22 de mayo de 1957.

Las anteriores normas constitucionales son luego desarrolladas por leyes especiales tanto de carácter procesal como procesal orgánico y por supuesto por los códigos procesales respectivos.

Hemos dejado para un último lugar el derecho de igualdad ante la ley, que consagra el artículo 33 de la Constitución porque por su importancia merece tratamiento aparte, porque además tanto las leyes especiales como los códigos procesales muestran preocupación porque ese derecho se cristalice cotidianamente.

III. LEGISLACIÓN ORGÁNICA

Dentro de lo que se denomina el Derecho Procesal Orgánico tenemos en Costa Rica dos textos que son los fundamentales en la regulación de ese aspecto: la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 8 del 23 de noviembre de 1937, y el Estatuto de Servicio Judicial, que es la ley N° 5155 del 10 de enero de 1973.

La primera de esas leyes, como es de suponer, ha sido reformada en múltiples ocasiones. En menor intensidad lo ha sido el segundo de esos textos.

La Ley Orgánica regula la competencia material de las Salas de la Corte, con excepción de la Sala Constitucional, que tiene su propia ley, al igual que ocurre con los Tribunales Superiores, los cuales tienen su competencia material y funcional determinadas en sus respectivas leyes de creación. Aparecen asimismo lo relativo a los jueces de primera instancia, (unipersonales), y también lo referente a los alcaldes; estos últimos funcionarios que administran justicia en menor cuantía, y los cuales conservaron su denominación de origen árabe. No podía omitirse un capítulo dedicado a los árbitros, como forma de jurisdicción especial permitida expresamente en la Constitución Política. Las funciones de los Secretarios y de los Notificadores, ambos funcionarios con fe pública, lo mismo que las de otros no menos importantes tales como la Inspección Judicial, el Contador Judicial, el Bibliotecario, los ejecutores, curadores y depositarios judiciales, aparecen catalogados como personas que auxilian al Poder Judicial. Lo relativo a la jurisdicción y competencia, ésta /derivada de aquella, aparecían reguladas en forma pormenorizada, pero la vigencia del Código Procesal Civil, ley 7130 de 16 de agosto de 1989, derogó esos capítulos que pasaron a formar parte del mencionado Código, el cual es supletorio del Código de Trabajo, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la Ley de la Jurisdicción Agraria. No obstante, es menester indicar que resulta necesario que en la ley orgánica aparezcan normas que regulen estas materias desde un punto de vista general, sin perjuicio desde luego, de que en los Códigos procesales puedan aparecer otras con carácter específico. Desde luego que lo relativo a jurisdicción y competencia, se extiende inclusive al problema de los impedimentos, recusaciones y excusas. En Costa Rica se presenta el fenómeno siguiente: los Códigos de Procedimientos Penales y Procesal Civil tienen sus propios elencos de causales y sus normas de procedimiento para ese tipo de cuestiones. Pero ante la necesidad de que haya en el futuro alguna legislación que no tenga como supletorio al segundo de esos Códigos, existe en la actualidad un proyecto de Ley Orgánica que incluye precisamente elenco de causales de impedimento y recusación; eso favorece a la administración de justicia porque si en el texto específico no existiera una causal que sí contemplara el texto genérico, no habría obstáculo en invocar esa causal como tal. En igual sentido debe razonarse tratándose de la responsabilidad civil, pues en este caso en la ley orgánica deben existir las normas generales, esto es, aplicable a todos los funcionarios que administran justicia, y luego en los códigos procesales debe desarrollarse el procedimiento de este tipo de proceso especial, o cuando menos en el Código Procesal Civil que funcionaría como supletorio en cuanto a las otras materias.

El régimen disciplinario y el régimen de jubilaciones deben formar los capítulos finales de una ley orgánica, como ocurre en el que comentamos.

El Estatuto de Servicio Judicial y sus reglamentos regulan las relaciones entre el Poder Judicial y sus servidores, con el fin de garantizar la eficiencia de la función judicial y de proteger a esos servidores. Así se define en su artículo 1° la finalidad que se persigue con esta legislación. Los denominados "servidores" del Poder Judicial son todos aquellos que hayan sido nombrados por acuerdo de Corte Plena y sean retribuidos por el sistema de sueldos, refiere el Artículo 2°.

A fin de conseguir lo que el Estatuto se ha propuesto, se establecen las potestades tanto del Departamento de Personal como del Consejo de Personal, entre las que

pertenecen al primero está la de elaborar y actualizar un Manual de Clasificación de Puestos.

El ingreso al servicio judicial, así como también es ascensos, los regula el Estatuto referido no sólo en cuanto a los funcionarios que no administran justicia y los empleados propiamente dichos, sino también referido a los funcionario que administran justicia, los cuales, en orden ascendente son: alcaldes, jueces, y jueces superiores las dos primeras categorías funcionan en Tribunales unipersonales, y la última en tribunales colegiados; esas categorías lo son para todas las materias, salvo la penal, la contensioso-administrativa y la agraria, en las cuales no existe la jerarquía de alcaldes. Es necesario mencionar también al actuario judicial, que es un funcionario que administra justicia, que no es el titular de una oficina, pero que posee independencia funcional y responsabilidad. es subalterno del titular ó jefe únicamente en lo administrativo, aunque posee la potestad disciplinaria. La regulación de lo relativo al actuario judicial no aparece en la ley orgánica, sino en una ley especial que creó ese cargo, y que es la N° 4322 de 11 de febrero de 1969. De manera que los requisitos para ingresar y para ascender los establece esta legislación siendo de lamentar un defecto que se capta con rapidez y que consiste en que el mencionado estatuto no organiza una verdadera carrera judicial, un verdadero escalafón, de lo cual nos preocupamos hace algunos anos, y para lo cual yo preparé un proyecto de ley que fue aprobado por la Corte Plena de entonces, proyecto que se encuentra aún en la Asamblea Legislativa para ser discutido mediante el inicio del trámite legislativo correspondiente. Es decir, se tuvo la intención de formar una carrera judicial regulada por ese estatuto, pero realmente eso no es así. Aparte de lo dicho, existen disposiciones sanas tales como la que se refiere al período de prueba de tres meses, pero esta norma es aplicable tan sólo a los empleados propiamente dichos, y a los funcionarios que no administran justicia. Los primeros son los que realizan labores materiales en una oficina judicial pero sin tener funciones asignadas por ley, en cambio los segundos sí tienen funciones previstas legalmente.

Para la confección de las listas de elegibles en cuanto a las dos categorías mencionadas, el estatuto preveía lo que hasta hace algunos años se denominó "capacitación", y que hoy se encuentra debidamente regulado la Ley de Creación de la Escuela Judicial. Esta última funciona permanentemente mediante el establecimiento de cursos dirigidos tanto a los funcionarios que no administran justicia y empleados propiamente dichos, como también dirigidos a los profesionales en Derecho que administran justicia. La participación en esos cursos constituye uno de los méritos que se tomarán en cuenta en su oportunidad, por ahora para los ascensos, salvo en cuanto a los fiscales, para lo cual ya funciona un curso para ingreso. Asimismo, es importante mencionar que a través de la Escuela, ya se ha aprobado un curso de post grado a nivel centroamericano precisamente sobre el tema de la administración de justicia, cuyos resultados es de esperar sean fructíferos.

Una forma específica de esa política de capacitación en cuanto a los empleados se refiere, es la de concesión de becas para hacer estudios a fin de obtener la licenciatura en Derecho con lo cual, lógicamente, se estimula a los empleados y a la vez se mejora la administración de justicia.

Las políticas en cuanto al establecimiento de cursos, esto es, la determinación de las conveniencias en cuanto a determinadas materias sobre otras y todos los pormenores al respecto, corresponde al Consejo Directivo de la Escuela Judicial, con la aprobación de la Corte Plena. La desinteresada preocupación del Consejo en cuanto a dichas políticas es indiscutible, puesto que por muchos años he sido integrante del mismo.

IV. GENERALIDADES

Si el Estado asumió el monopolio de la administración de justicia sustituyendo así a la justicia por mano propia, es deber suyo otorgarla como corresponde, esto es, en forma eficaz. La función judicial, o mejor aún, la función jurisdiccional tiene el proceso como su instrumento para realizarse.¹ Para eso, el Estado está también en el ineludible deber de organizar la función mencionada. De las tres funciones del Estado, la jurisdiccional tiene como finalidad la resolución o decisión de conflictos de orden jurídico, por medio de un juez, en un acto de juicio que produce cosa juzgada, y previo el procedimiento que establece la ley². Así a simple vista parece sencilla la realización de la función jurisdiccional. Pero, si nos preguntáramos cuál es el método que debe seguir el juez para llegar a la decisión de aquel conflicto, llegamos a la conclusión de que ese método ha cambiado a través del tiempo. ¿Es un simple silogismo o por el contrario es una labor creadora? Desde luego que en nuestros días no es aceptable afirmar que sea lo primero³. Pero debe tomarse en cuenta que esa labor creadora no puede invadir el campo de la función legislativa.

Esa resolución de conflictos como fin esencial de la jurisdicción, coincide en cierta forma con nuestra posición de considerarla como función mediante la cual se deciden pretensiones. De esta forma, la jurisdicción se habrá realizado cualquiera que sea el – sentido en el que se pronuncie el Juez, puesto que hubo decisión.

Al hablar de función judicial nos estamos refiriendo al órgano que la realiza, esto es, al Juez. Y al referimos a dicha función calificándola de judicial, estaremos entonces tomando en cuenta no sólo la decisión de conflictos en sentido estricto, sino también otros actos que si bien son actos judiciales, no son en recto sentido actos jurisdiccionales. De esta manera, cuando se hace un nombramiento o se dispone la compra de muebles, si bien el acto es judicial por emanar del órgano jurisdiccional, en su esencia es acto administrativo porque con él no se está decidiendo ninguna pretensión con carácter de cosa juzgada. Y cuando el máximo Tribunal emite órdenes relacionadas con, las labores que llevan a cabo determinados empleados o funcionarios, ese acto en su esencia es legislativo, aunque de un rango inferior, pero no es acto jurisdiccional. En definitiva, todo acto del órgano jurisdiccional es acto judicial, pero no todo acto tiene la condición de acto jurisdiccional.

¹ Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 16.

² Coutore, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª Edición, página 40.

³ Racaséns Siches, Luis Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Editorial Porrúa S.A. 2ª edición, 1973, página 213.

Al planteamos en este trabajo el examen crítico de la función judicial, no estamos analizando al juez únicamente como órgano decisor de pretensiones, sino además como realizador de otros actos no menos importantes, tales como los nombramientos de jueces, funcionarios que no administran justicia y de empleados, o la administración de su presupuesto, etc.

Para realizar la función judicial, el órgano debe estar dotado de determinadas garantías que conduzcan a la eficacia de la indicada función. De esta manera, dicha función debe ser independiente, con autoridad, responsable. Y en cuanto a la organización judicial, ocupa lugar preponderante el sistema de elección de los jueces.⁴

El defecto o la ausencia de algunas de esas garantías, redundará indiscutiblemente en un mal resultado, es decir, en una ineficacia de la función.

1.1. Independencia

Hay tres clases de independencia: orgánica, judicial y económica. La primera se refiere a la condición de cada órgano de tener bajo su conocimiento determinados casos y la consiguiente prohibición de conocer de un caso de que conoce otro órgano; la segunda, consiste en que los órganos judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la Ley; la tercera, consiste en que el Poder Judicial tiene asignado un porcentaje del presupuesto nacional.

No obstante, y a pesar de existir la independencia desde los tres ángulos antes mencionados, es lo cierto que en relación con los otros poderes del Estado existe una interrelación producida por los frenos y contrapesos de que habló Montesquieu. Así, la designación de los Magistrados por el Poder Legislativo o bien por el Poder Ejecutivo, la condición de este último, en algunos casos, de tener la condición de administrador del Poder Judicial, por ejemplo, en construcciones, pagos, autorizaciones de gastos, etc. Si bien eso es cierto, también lo es que el Poder Judicial controla las otras dos funciones estatales: la Legislativa a través de la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes; y la administrativa a través de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. No se puede decir entonces, sin temor a incurrir en error, que la función jurisdiccional, o mejor judicial, deba estar totalmente libre de interferencias de las otras funciones estatales, en primer lugar porque sería absurdo desde luego que las tres son el Estado mismo, y en segundo lugar porque la función judicial también ejerce interferencia constitucional en las otras dos funciones estatales.

Pero la independencia debe verse también dentro de la misma función judicial, y así nos encontramos con la independencia funcional o independencia de criterio, que consiste en la imposibilidad en que están los órganos superiores para imponer su criterio u opinión a los órganos inferiores, y también la actitud con que el juez debe proceder en presencia de presiones de grupos legítimos o ilegítimos, entre los primeros los sindicatos y las asociaciones, y entre los segundos los grupos terroristas, los narcotraficantes, la mafia, etc. Ante la posibilidad de presión por parte de alguno de estos grupos, el juez debe mantener su

⁴ Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Páginas 132 a 139.

independencia al precio que sea. Con esta actitud indoblegable del juez se consigue también la imparcialidad. Ello es así porque resulta difícil separar en forma absoluta una garantía de otra, puesto que es claro que se interrelacionan.

En cuanto a la independencia económica, ésta permite al Poder Judicial la realización de muchos proyectos que sin ella no habría sido posible realizar. Entre ellos se encuentra la construcción de edificios propios lo que es sin duda una inversión beneficiosa: la posibilidad del otorgamiento de becas para estudios especializados de los funcionarios que administran justicia, la realización de una política salarial acorde con las necesidades actuales, posibilidad de determinados gastos tales como viáticos a funcionarios para participar en congresos y seminarios, o los que se harían con motivo de la invitación de un conferencista extranjero, etc.⁵.

1.2. Autoridad

La potestad llega hasta la decisión, y la autoridad es ejecutar esa decisión. La autoridad, en consecuencia es imponer la voluntad expresada en la sentencia, aún contra la voluntad del obligado. Esa realización o ejecución de lo resuelto puede el Juez llevarla a cabo directamente, o en su defecto, por medio de las autoridades civiles que corresponda, las cuales, por disposición legal están obligadas a auxiliar al Juez en su cometido. Ejemplos de esto tenemos en: el lanzamiento, el embargo, el otorgamiento de una escritura por el Juez cuando el obligado en sentencia no cumple con ese deber, etc. En cuanto a lo penal, es necesario que exista un juzgado de Ejecución de la pena, a fin de darle a la autoridad un verdadero carácter jurisdiccional y desvanecer cualquier tendencia a considerarla como una función administrativa exclusivamente. En conclusión, como lo que haya que realizar tiene su origen mediato en la sentencia, y su origen inmediato es una orden del Juez, no se puede negar que aunque la actividad en algunos casos se comparte con la función administrativa, su esencia es indudablemente jurisdiccional.⁶

1.3 Responsabilidad

Aparte de la responsabilidad disciplinaria, que tiene como fin sancionar al Juez en el supuesto de comprobársele la comisión de hechos graves que incluso cubren su vida privada, también debe contarse dentro de lo que comprende la posibilidad de exigirle al juez una responsabilidad penal cuando comete un hecho que constituye delito con motivo del ejercicio de sus funciones. Y desde luego cuando el Juez viola la ley en una resolución su responsabilidad es civil, esto es. la obligación de indemnizar los daños y perjuicios consiguientes. Hay tres instituciones que tienen como común denominador garantizar la imparcialidad del juzgador, y que son: el impedimento, la recusación y la excusa. Desde

⁵ En Costa Rica tenemos las tres independencias a nivel constitucional. Artículos 153, 154 y 177 párrafo 2°.

⁶ En Costa Rica existe desde hace algunos años un Juzgado de esta clase en la Capital de la República, para lo penal.

luego que estos tres últimos institutos pretenden impedir que el Juez incurra en alguna de las tres responsabilidades a que nos hemos referido: disciplinaria, penal y civil⁷.

2.1 *Motivos subjetivos*

No basta con promulgar leyes que establezcan para el Juez una responsabilidad disciplinaria, penal o civil. Tampoco es suficiente con prever la posibilidad del impedimento, la recusación o la excusa, para separarlo del conocimiento de un proceso por existir una causal determinada. Es necesario que de antemano exista un plan organizado a nivel de postgrado, a fin de que quienes quieran seguir el camino de la judicatura, se especialicen en la rama que es de su agrado, y nada mejor para ello que las escuelas judiciales. Partimos del supuesto de que los planes de estudio de las facultades y escuelas de Derecho son idóneos para que con ellos se produzca un profesional íntegro, capaz, estudioso. Es de nuestro interés, más bien, el análisis de los planes de estudio de las Escuelas Judiciales, porque como se comprenderá, éstos son los que se dirigen a la formación de jueces, y no aquellos, que darán como resultado un abogado que ejerce libremente su profesión, o bien un abogado profesionalista que la ejerce en alguna rama especializada del Derecho, sea en la función legislativa o en la función administrativa. A esa especialización no es ni puede ser ajena la función judicial, pues de ello depende el éxito de la actividad que realiza el funcionario judicial.⁸

La calidad de los planes de estudios de las facultades y escuelas de Derecho depende del perfil profesional, y a la vez éste depende de las necesidades que como tal exige una sociedad determinada, aunque, en términos generales, la palabra abogado significa en todo el globo terrestre, hombre entendido en leyes.

Pues bien, el graduado universitario, el abogado, que por su voluntad desea dedicarse a administrar justicia, debe antes de iniciar sus funciones, aún más, antes de ser nombrado, cumplir con la aprobación de un curso que lo prepare para esa difícil misión. Pero ese curso no debe pretender exclusivamente darle al candidato un conocimiento más profundo de lo que es la ley, sino además debe prepararlo para comprender qué es la justicia. Debe ese curso dar una respuesta categórica a las preguntas de si la justicia es un mero silogismo, si es labor creadora, si en ella hay humanismo, y si hay tolerancia. Desde luego que la tesis de silogismo no es posible acogerla. De ser así, no sería posible entonces resolver un caso que no ha sido previsto en la ley. La justicia es labor creadora, pero teniendo como origen normas en vigencia porque si así no fuere, entonces la labor del juez supondría una invasión de funciones. Es lo que se llama integración, indiscutiblemente eso sería legislar, y no el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Lo difícil, creo yo, es preparar a los profesionales del Derecho para que, teniendo la intención de obtener un resultado halagador, se produzca realmente ese resultado. La

⁷ Artículos 49 y 53 del nuevo Código Procesal Civil.

⁸ En Costa Rica existe la Escuela Judicial creada por Ley N° 6593 de 6 de agosto de 1981. No hay todavía una ley de Carrera Judicial. Sólo existe un proyecto que redacté y que aún no ha sido discutido en el plenario de la Asamblea Legislativa.

respuesta es sencilla: la preparación especializada, por óptima que sea. Debe complementarse con otros estímulos mediante los cuales el funcionario sienta que en realidad se le toma en cuenta como tal, atendiendo a sus méritos. En otras palabras, no se consigue nada positivo, si se especializa a quienes quieren desempeñar la función judicial, si luego no se les va a ofrecer un salario digno, o determinados derechos tales como ascensos, traslados, participación en congresos y seminarios, etc.

Los estudios a que me refiero deben no sólo preparar mejor al candidato en el aspecto científico-jurídico, sino además en el aspecto humanístico. Debe hacerse comprender que la justicia tiene como principios supremos el humanismo y la tolerancia, y que el primero significa que toda la humanidad está formada por hombres que son iguales, pero que cada uno a la vez tiene unicidad. Así, la igualdad supone una misma posición en cuanto a lo jurídico, pero supone también que haya diferencias naturales. De esta manera no se puede juzgar igual a los desiguales. Eso sería injusticia. La unicidad es el fundamento de la personalidad. La tolerancia significa que para conseguir una tesis jurídica, es necesario examinar las opiniones opuestas. De esta manera el juzgador no puede pretender que su opinión es infalible. Esta posición lo convierte en un soberbio, y la soberbia es un defecto incompatible con el juez.⁹

2.2 Carrera judicial

El juez natural¹⁰ puede no ser juez de carrera. Lo importante es que sí lo sea. Pero la carrera judicial significa que el juez puede llegar a ocupar la más alta posición con base en méritos. Estos difieren según los países, pero en términos generales se puede admitir que se reducen a: buen criterio expuesto en los fallos, dedicación al estudio, publicaciones, desempeño de la cátedra, trabajos aportados a congresos y seminarios, tiempo de servicio.¹¹ De manera que en aquellos países en que los jueces no son nombrados en esta forma, allí habrá judicatura, pero no carrera.¹² La carrera estimula; porque no es lo mismo estar expuesto a vaivenes, que tener estabilidad garantizada en la ley. Uno de los aspectos que caracterizan la Carrera Judicial es que los nombramientos no deben estar sujetos a plazo; éste debe mantenerse para los funcionarios de servicio, es decir, aquellos que no han manifestado su voluntad de hacer carrera. Ahora bien: hay países en los que a pesar de no existir una ley que regule debidamente todo lo relativo a la Carrera, de hecho existe porque se respetan los méritos de un candidato para un nombramiento, traslado o ascenso. Pero eso no es suficiente. Lo importante es organizar el sistema de tal modo que los derechos del funcionario estén debidamente garantizados. Un funcionario cuyo nombramiento está sujeto a plazo tendrá el temor a no ser reelecto. Ese plazo es en sí negación de la Carrera, el vencimiento del plazo constituye para los reelectos, motivo de satisfacción; los no reelectos lo serán por causas graves que ameritan esa medida. Todo depende de la

⁹ Goldschmidt, Wenar. La Ciencia de la Justicia. Dikelopia, página 190.

¹⁰ Para la distinción entre Juez legal o natural y juez de carrera, véase Montero Aroca, Juan, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Madrid, Editorial Tecnos.

¹¹ Artículo 15 del Proyecto de Ley de Carrera Judicial para Costa Rica.

¹² Sentis Melendo. Estudios de Derecho Procesal, tomo I, página 114.

integridad de quienes reeligen o no. que serán órganos distintos según la jerarquía de los destinatarios.

No pretendemos que la Carrera Judicial sea una panacea. Pero cuando menos sirve para fomentar en los jueces una mucho mayor motivación para el desempeño del cargo, y constituye un camino idóneo para que el juez tenga una más elevada condición social y económica.

Aún el cargo de juez de la Corte Suprema, cuyo nombramiento puede emanar del Poder Legislativo, o bien del Poder Ejecutivo, es lo cierto que con un sistema de Carrera es bien sencillo para el órgano que nombra hacer la escogencia, porque los méritos de los candidatos tendrán que ser de su conocimiento.

La Carrera Judicial, en definitiva, debe garantizar a los funcionarios que forman parte de ella un mínimo de derechos que enumeramos así:

- 1) permanencia en el grado y en el lugar;
- 2) participación en concursos de ascenso;
- 3) preferencia para ocupar, con igual remuneración, a su solicitud, otro cargo de igual categoría que se encuentre vacante;
- 4) preferencia para participar en programas de becas y cursos de adiestramiento, inclusive en el extranjero;
- 5) mejor remuneración que los funcionarios de servicio;
- 6) disfrute de licencias, con goce de sueldo para participar en congresos y seminarios, aún en el extranjero.¹³

Se sobreentiende, en relación con los numerales 2) y 3), que si se puede lo más, se puede lo menos. Esto es, que si el funcionario de carrera puede pretender un cargo igual o superior al que desempeña, podrá también pedir que se le designe en uno inferior que se encuentre vacante, desde luego, con la remuneración de éste y manteniendo en esa categoría el plus del salario correspondiente.

Esos derechos mínimos nos hacen concluir en que la Carrera Judicial es el conjunto de lo siguiente:

- 1) Funcionarios con formación profesional y académica;
- 2) Desempeño de la función jurisdiccional;
- 3) Permanencia con inamovilidad;
- 4) Nombramientos sin sujeción a plazos;
- 5) Derecho al ascenso con base en antigüedad y méritos, de acuerdo con disposiciones legales.¹⁴

¹³ Artículo 9 del Proyecto de Ley de Carrera Judicial para Costa Rica.

¹⁴ Exposición de motivos del Proyecto mencionado.

Como es lógico suponer, la Carrera Judicial no puede ser manejada por la Corte o por los Tribunales Superiores. Es necesario crear un órgano que se encargue de eso y cuyo nombre adecuado es Consejo Superior de la Carrera Judicial, integrado por: el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, un Juez Superior, el Presidente del Tribunal de la Inspección Judicial, el Jefe del Ministerio Público, el Jefe del Departamento de Personal y el Director de la Escuela Judicial. Con la integración indicada, se obtendrán, para traslados y ascensos, diversos factores a tomar en cuenta: por ejemplo, la opinión de un Magistrado en cuanto a la labor desempeñada por un Juez Superior para el ascenso de éste a Magistrado de la Corte; ausencia o no de sanciones disciplinarias, clase de éstas en el caso de existir; la forma en que un candidato ha manejado al personal; en cuanto a lo penal, la opinión del Jefe del Ministerio Público en cuanto al desenvolvimiento de los jueces de esa rama; la del Director de la Escuela Judicial es importante en cuanto a cursos que el candidato haya impartido, o su participación en seminarios o jornadas académicas organizadas por la Escuela.¹⁵ Todo ese cúmulo de factores constituirán los méritos que hagan inclinarse la balanza a favor de un determinado candidato, siendo de advertir que los exámenes que los candidatos deban presentar cuando se abre un concurso, deberán ser calificados por los Tribunales examinadores integrados por funcionarios judiciales de carrera especializados en la correspondiente materia. De más está decir que los concursos deben ser de oposición y de antecedentes, a fin de que se consigan los mejores frutos.

2.3 La lentitud en la función judicial

Este fenómeno obedece a factores tanto humanos como de otro tipo. Humanos, como la impreparación de los jueces; de otro tipo, como el procedimiento anticuado¹⁶, la insuficiencia de órganos jurisdiccionales, incluyendo dentro de éstos al personal subalterno y equipo. También merece especial atención, como causa de la lentitud, la circunstancia de no darle al avance científico y tecnológico la participación que debe tener en el proceso. Con el proceso se le está prestando un servicio a la sociedad, entonces, por qué no modernizarlo con los adelantos técnicos?¹⁷ Consideramos, lo que para ningún procesalista es un secreto, que en ocasiones la morosidad judicial es más un problema de hombres, esto es, de funcionarios en los que recae carencia de preparación, y falta de mística o vocación que de otro tipo. Esto lo digo a propósito del procedimiento y leyes de fondo anticuados, porque éstos en manos de buenos jueces, tanto la tramitación como la decisión serán de buena calidad. Por el contrario, buenas leyes procesales o de fondo en manos de malos jueces, no serán bien aplicadas ni bien interpretadas, ni bien integradas. Suponiendo que las leyes procesales y de fondo son buenas, y el Juez también, el resultado será halagador.

¹⁵ Artículo 10 *ibídem*.

¹⁶ Existe en Costa Rica el Código Procesal Civil, pro-mulgado por ley N° 7130 de 16 de agosto de 1989, con el cual se acelera la tramitación. Participé como redactor del Anteproyecto y luego como integrante de la Comisión Redactora, la cual se integró con los Magistrados Miguel Blanco Quirós y Edgar Cervantes Villalta, y el suscrito.

¹⁷ El Código Procesal Civil para Costa Rica prevé la introducción del adelanto científico y tecnológico en el proceso civil.

Pero si a ello unimos un número adecuado de jueces, de tribunales, con suficiente personal subalterno. el resultado será que el trabajo no se verá acumulado, porque entonces cada juez tendrá a su cargo un número razonable de casos para atender. Y si además se pone la computación y la televisión al servicio de los jueces, mediante la primera se podría obtener en segundos la información que los bancos de datos suministren; mediante la segunda será posible que el Juez comitente presencie a través del televisor la declaración que ordenó recibir en otro lugar de su asiento.

En consecuencia, no es sólo el procedimiento anticuado el factor que produce lentitud, son varios factores los que deben ser superados a fin de conseguir un buen resultado.

Podría pensarse que con estas ideas estamos pensando en una función judicial perfecta? Desde luego que no, puesto que ella también es obra humana y como tal es y será imperfecta. Pero cuando menos debemos dar nuestro aporte para pretender que sea lo menos imperfecta posible.

2.4 La humanización¹⁸⁻¹⁹

El problema y su solución se reducen a que en el proceso debe tomarse más en cuenta al hombre que al problema, en cualquiera de sus ramas: civil, penal, laboral. En la primera se humaniza la justicia pensando -más en la relación familiar que en la norma a aplicar; en la segunda, pensando más en el delincuente que en la pena a imponer: en la tercera, pensando más en el trabajador que es la parte débil de la relación. En los tres supuestos antes dichos, pensando que hay un porcentaje elevado de justiciables que no tienen medios para poder gozar de una buena defensa, a la que tienen derecho. Pensando que la oralidad es un medio más idóneo que la escritura como modo de expresión en el proceso. Pensando que debe eliminarse el fraude procesal, pues degenera al proceso al convertirlo en un medio para hacerle lugar a la mentira.

2.5 Nombramiento de los jueces

Dentro de lo que debe ser la carrera judicial está indiscutiblemente el problema relativo al nombramiento de los jueces. Debe entenderse la palabra “jueces” en sentido lato. Tiene vital importancia porque de la forma en que se nombra y a quienes se nombre depende en mucho la eficacia del funcionario, lo que redundará en una buena o mala administración de justicia. Al respecto, es necesario indicar que el sistema de nombramiento que nos parece más adecuado para garantizar la independencia del Poder Judicial es el de nombramiento propio. Ahora bien: este sistema desde luego que debe cubrir todas las jerarquías, es decir, las Cortes Supremas de Justicia son quienes deben nombrar a sus propios Magistrados, o Ministros como se les denomina en algunos países. Los jueces de las otras jerarquías podrán nombrarse por un órgano especialmente investido para ello que deberá estar compuesto por jueces de alto rango como jueces superiores,

¹⁸ Sentis Melendo. Op. Cit. Págs. 219-220.

¹⁹ Exposición de motivos del Proyecto del Código Procesal Civil para Costa Rica.

inspectores judiciales, un magistrado de la Corte, y desde luego el Jefe de Personal. Lo segundo está proyectado en Costa Rica para que forme parte de una futura Ley Orgánica del Poder Judicial; en cuanto a lo primero, ni siquiera se ha pensado por quiénes corresponde hacerlo, porque eso implica una reforma a la Constitución Política para trasladar esa potestad de la Asamblea Legislativa, órgano que actualmente es el que nombra a los Magistrados. No obstante, es posible que esa potestad el órgano legislativo la ejercite en relación con una tema que la Corte le envía, sin mermarle a la Asamblea Legislativa la atribución de los nombramientos, pero desde luego ésta no es la solución al problema. En Costa Rica, por ejemplo, son mínimos los requisitos que se establecen en la Constitución en su artículo 159, para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia pues de ellos el único que es de carácter profesional es el de ser abogado y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se trate de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años. Los restantes requisitos no tienen carácter profesional ni académico, a saber: ser costarricense por nacimiento o por naturalización con diez años de residencia, salvo el Presidente que siempre deberá ser costarricense por nacimiento; ser ciudadano en ejercicio; pertenecer al estado secolar; ser mayor de treinta y cinco años. Hay una ausencia absoluta de requisitos relativos a especialización, tales como desempeño de la cátedra, publicaciones, trabajos presentados en Congresos, etc. Lo dicho contrasta con los requisitos que el Estatuto de Servicio Judicial exige para los funcionarios que administran justicia, alcaldes, actuarios, jueces, jueces superiores, en cuyo artículo 71 se exigen los siguientes, calificados por esta norma como méritos para aspirar al puesto: especial preparación jurídica del interesado, experiencia obtenida en el desempeño de funciones judiciales, en la enseñanza del Derecho o en la profesión de abogado, estudios de doctrina, legislación o jurisprudencia que hubiere publicado o que figuren en alegatos, recursos, proyectos de ley, informes o sentencias.

Existe, no hay duda, un contraste extraño entre los requisitos mínimos que la Constitución exige para el más alto cargo en la judicatura y los otros puestos de la administración de justicia. Desde un punto de vista científico eso no nos parece lógico ni justo. Con esto no estamos queriendo decir que, al menos en mi país, se tomen en cuenta o se exijan, para ser nombrado Magistrado de la Corte, tan sólo únicamente los mínimos requisitos que exige la Constitución; lo que queremos decir es que la Constitución no debe ni puede ser tan parca en cuanto al punto; esa parquedad que tiene la hace contrastar como ya lo dije, con los requisitos técnicamente definidos que contiene el numeral 71 del Estatuto Judicial antes comentado.

2.6 Exceso de trabajo

Otro de los problemas que produce críticas a la administración de justicia es la morosidad ocasionada por el exceso de trabajo. La realidad es que hay una desproporción entre la cantidad de oficinas judiciales y la cantidad de casos. El aumento en los casos se debe al aumento de la población y sobre todo a las consecuencias de la inflación, que da como resultado más personas incumplidoras y por ende más procesos. El problema se resolvería con la creación de más oficinas judiciales, pero ese es un punto que depende del presupuesto del Poder Judicial y en muchas ocasiones no es posible crear nuevas oficinas por no existir partida presupuestaria para ello.

Al plantearse el problema del exceso de trabajo, nos encontramos con jueces que no pueden dedicar el tiempo necesario para la solución de lote casos, o bien, nos encontramos con jueces que trabajan muchas horas extra para poder mantener al día sus despachos; ni una ni otra solución son adecuadas: la primera porque con esa actitud se produce atraso en la producción de la sentencia con lo cual resultan perjudicadas las partes; la segunda, porque con ese trabajo excesivo llevado a cabo por el juez su organismo tanto física como mentalmente se va perjudicando día con día.

Es necesario, en consecuencia, que el Estado tome una actitud positiva en cuanto a la creación de nuevas oficinas conforme vaya aumentando el número de procesos, pero sobre todo una actitud positiva en lo que se refiere a la modernización del procedimiento, permitiendo que el avance científico y tecnológico se ponga al servicio del proceso.

3. El procedimiento

La oralidad

Se pensó en Costa Rica en adoptar la oralidad en el proceso civil, tal y como funciona en este último, es decir, como principio técnico, según afirmación de Chiovenda²⁰. Porque a pesar de que se le pudiera establecer para aquellos procesos en los que hay un interés social, concretamente los procesos familiares, no se consideró necesario establecer el principio hermano, la publicidad en forma irrestricta, sino en forma facultativa, debido precisamente a ese carácter técnico del principio. Si bien se podría afirmar que la oralidad y la publicidad caminan de la mano, ello es posible en el proceso penal, por el interés con que la sociedad se ve representada en él. Es decir, hay intereses públicos que ni siquiera se vislumbran en el proceso civil. Ahora bien, la oralidad es un sistema conveniente a todas luces, y en Europa ha ido ganando terrenos: en Alemania en 1877, en Austria en 1895, en Hungría en 1911, en Italia en 1942.²¹ En este sistema no puede pensarse que la oralidad es absoluta. Hay mucha dosis de escritura. Ocurre simplemente un predominio de los elementos orales sobre los escritos. De lo dicho se desprende que es indudable el beneficio que se conseguirá en cuanto a celeridad se refiere: no obstante, es necesario advertir que tomando en cuenta la cantidad de procesos existentes en cada uno de los circuitos judiciales, sería necesario crear un número grande de tribunales colegiados que responda a un previo estudio estadístico y a la circunstancia, propia de la oralidad y de la naturaleza de este tipo de procesos, de que celebrada una audiencia en la mañana, la sentencia deberá producirse en la tarde, salvo desde luego que la prueba sea abundante por cuyo motivo fuese necesario celebrar otra u otras audiencias. Eso significaría un fuerte egreso para el Estado lo cual contrastaría, en estos momentos de crisis, con la austeridad recomendada como una de las formas de solventar dicha crisis. Muy importante es recordar que la oralidad no es una panacea procesal; al contrario, debe desaparecer cuando en la práctica no se produzcan los buenos frutos que doctrinalmente se le señalan. Así opinaron

²⁰ Véase nota (1).

²¹ CHIOVENDA, Ob. Cit. Páginas 143 a 146.

Klein al final del siglo pasado y Chiovenda al inicio del presente²². Por los motivos expuestos, se prefirió un procedimiento predominantemente escrito sencillo, y que por sencillo será rápido;

Por su propia naturaleza, la materia familiar exige no sólo tribunales especializados sino también un procedimiento distinto. No sobra decir que el movimiento oralista en América es de gran significación, a saber: la reforma brasileña en 1940 y la posterior que ha culminado con el Código de Proceso Civil de 1973²³, el proyecto del Dr. Eduardo Augusto García para la provincia de Mendoza, Argentina²⁴, el Proyecto Lascano llamado también Proyecto del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad de La Plata²⁵, y desde luego, el proyecto Couture²⁶. Recuérdense las palabras de Wach: "El mejor procedimiento, en cuanto a la forma, será aquel que, libre de un doctrinarismo unilateral, una las ventajas de la oralidad con las de la escritura: un procedimiento que no es oral sólo en apariencia, y que, por otro lado, no perjudica los fines del proceso, la seguridad jurídica y la justicia, por causa del llamado principio de la oralidad"²⁷. Por último, debe recordarse que oralidad y oratoria son conceptos excluyentes entre sí, pues se trata de exponer mediante la palabra, y con toda claridad, los puntos de vista de las partes. De modo que ningún papel juega la posibilidad de que el juez llegara a ser impresionado por un abogado elocuente.

Hay procesos que son susceptibles de desenvolverse con éxito en el método oral y otros no. Sobran comentarios en cuanto al proceso penal. Pero en lo referente al proceso civil hay algunas pretensiones que no es posible debatirlas oralmente, como por ejemplo una pretensión reivindicatoria, la declaración de concurso o de quiebra, la de incapacidad, en general la actividad no contenciosa, los procesos de ejecución, las sucesiones. La solución estaría en escoger el método oral para todas aquellas pretensiones que ameritan una solución que no pueda postergarse sin ocasionar perjuicios, es decir, urgente, dejando la escritura para todas aquellas pretensiones que exigen estudio detenido por parte del juzgador.

²² Véase "El Proyecto de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca visto por Franz KLEIN". En Estudios de Derecho Procesal. Víctor FAIREN GUILLÉN, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1955. págs. 309 y 319. asimismo, CHIOVENDA, Ob, Cit. Pág. 159.

²³ Comentario ao Código de Proceso Civil, 2º volumen, Edicao Universitaria de Direito Ltda., Sao Paulo, 1975, página 13.

²⁴ SENTIS MELENDO, El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina. E.J.E.A., Buenos Aires, 1957, pág. 31.

²⁵ SENTIS MELENDO, Ob, Cit. Págs. 31 y 32.

²⁶ Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.

²⁷ Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana. Traducción de Ernesto Krotoschin. E.J.E.A., Buenos Aires, 1958, pág. 3.

Sobre las anteriores ideas descansa la oralidad, debiendo repetirse aquí lo que se mencionó líneas atrás: la materia familiar exige tribunales especializados. Es decir, por ningún motivo se puede encargar el conocimiento del proceso oral a juzgados que conocen del proceso escrito; eso resultaría absurdo porque como también ya se dijo. para que la oralidad rinda sus frutos es necesario que el Tribunal que conoce tenga un número razonable de expedientes que vaya en relación directa con los días hábiles. De lo contrario, la oralidad fracasaría.²⁸

CONCLUSIONES

De lo dicho se desprende sin dificultad que, de poder hablarse de ineficacia, ésta no correspondería a la función jurisdiccional, sino que ello procede de los funcionarios que la realizan, pero que en definitiva produce como consecuencia ineficacia de la función. Las causas podemos resumirlas así:

- a) Carencia de preparación y falta de mística y de vocación de los jueces;
- b) carencia de planes de estudios adecuados en las universidades;
- c) procedimiento anticuado;
- d) ausencia de escuelas judiciales y de una verdadera carrera judicial;
- e) número inadecuado de jueces y tribunales;
- f) negativa a introducir en el proceso el avance científico y tecnológico;
- g) falta de humanización del proceso.

²⁸ Al efecto, véase Couture, Proyecto, páginas 69 y 70.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO BORGES, Marcos Comentarios ao Código de Proceso Civil, 2º volumen, Edicao Universitaria de Direito Ltda., Sao Paulo, 1975.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3a. edición (póstuma). Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1969.

CHIOVENDA, José Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Traducción española de la 3a. edición italiana. Instituto Editorial, Madrid, s.f.

PAIREN GUILLEN, Víctor Estudios de Derecho Procesal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

GOLDSCHMIDT, Werner. La Ciencia de la Justicia. Aguilar, Madrid, 1958.

GUASP, Jaime Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

RECASÉNS SICHES, Luis Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho. Editorial Porrúa S.A., 2a. edición, México, 1973.

SENTÍS MELENDO, Santiago El Proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina. E. J. E. A., Buenos Aires, 1957. Estudios de Derecho Procesal. E. J. E. A., Buenos Aires, 1967.

VÉSCOVI, Enrique Teoría General del Proceso. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1964.

WACH, Adolf Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana. E. J. E. A., Buenos Aires, 1958.