

PRESENTACIÓN

Esta entrega de la Revista contiene desarrollos adicionales (a los publicados en anteriores números) sobre la naturaleza del plan regulador. Ofrecemos también interesantes observaciones sobre el Derecho Hipotecario, sobre el Bancario y sobre la distinción entre recursos judiciales y medios autónomos de impugnación.

La **Dra. Olga Nidia Fallas** colabora una vez más en materia de Derecho Urbanístico, con su trabajo **“Naturaleza del Plan Regulador”**. La autora nos informa sobre las diferentes doctrinas existentes, tales como la del acto normativo, la del acto administrativo, la del acto en parte normativo y en parte administrativo y la cuarta posición que sostiene que la fase constitutiva se agota con la deliberación y luego viene la aprobación. Nos da cuenta de las posiciones de autores como **Sandulli y Spadaccini** y **Giannini**. Seguidamente nos muestra el papel jugado por la Corte Constitucional. Concluye afirmando que se trata de un procedimiento complejo.

“Naturaleza Jurídica del Derecho Hipotecario” es el título de la nueva colaboración del **Lic. Wilberth Arroyo Álvarez**. El profesor Arroyo plantea la

hipoteca como un derecho complejo y se refiere a las consecuencias de su registrabilidad. Trata temas como la extensión, los efectos y la extinción de la hipoteca. Ubica la hipoteca como derecho teleológicamente accesorio y explica su utilidad en relación con el crédito. Comenta seguidamente las diferentes teorías sobre el crédito eventual y sobre la existencia del derecho hipotecario. El autor toma posición en favor de la existencia propia y perfecta de la hipoteca en cuanto tal, basado en que no es requisito de ella la existencia de una obligación por garantizar. Posteriormente se refiere a la autonomía efectual de la hipoteca.

El **Lic. Róger Bravo Álvarez** participa una vez más con **“Desde un punto de vista cualitativo ¿puede hablarse de un Derecho Bancario Autónomo?”**. Responde ahí a la delimitación del concepto de Derecho Bancario y del sentido de su autonomía con sus diversas facetas; cuestiona la suficiencia de los criterios cualitativo y cuantitativo para la determinación de tal autonomía. Nos informa sobre los orígenes de la banca misma y explica la razón de su existencia, así como su relación con el Derecho Mercantil. Plantea luego el controversial tema de la

autonomía de esta rama, aceptando su carácter mixto (público y privado). Presenta luego las posiciones doctrinarias que niegan la autonomía. Enuncia algunas características del Derecho Bancario, como la prevalencia del interés público sobre el privado, la masividad de las operaciones, la formalidad, las limitaciones a la voluntad, la profesionalidad y la tecnología, su doble carácter público y privado y el papel de la buena fe. En sus conclusiones plantea las opciones fundamentales y los criterios en que se basan los respectivos supuestos.

El Lic. Eddie Alvarado Vargas, especialista en Ciencias Penales, nos ofrece **"Recursos Judiciales y Acciones Autónomas de Impugnación"**. Proporciona bases sólidas para la distinción partiendo de los principios constitucionales (art. 41) y del poder de

acción. Distingue los tipos de recursos judiciales (revocatoria, apelación y casación) y se refiere luego a la acción impugnativa de revisión (excepción a la cosa juzgada material). Comenta seguidamente la acción autónoma de Hábeas Corpus. En sus conclusiones resume las distinciones hechas.

Continuamos con nuestra Sección **"La Ciencia al Servicio de la Justicia"**, bajo la coordinación, del **Dr. Alfredo Sanabria Sánchez**.

El Centro Electrónico de Información Jurisprudencial, dirigido por la **Licda. Cecilia Sánchez**, ofrece, como de costumbre, la Sección **"Jurisprudencia"**.

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
SECCIÓN I: ESTUDIOS	
Naturaleza del plan regulador	9
Dra. Olga Nidia Fallas	
Naturaleza Jurídica del Derecho Hipotecario	15
Lic. Wilberth Álvarez Arroyo	
Desde un punto de vista cualitativo ¿puede hablarse de un Derecho Bancario Autónomo?	35
Lic. Róger Bravo Álvarez	
Recursos Judiciales y Acciones Autónomas de Impugnación	51
Lic. Eddie Alvarado Vargas	
SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES	
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés	63
Licda. Cecilia Sánchez Romero	
SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA	
Centro Electrónico de Información Jurisprudencial (Digesto)	95
Licda. Cecilia Sánchez	



NATURALEZA DEL PLAN REGULADOR GENERAL

DISCUSIÓN DOCTRINARIA

DRA. OLGA NIDIA FALLAS

La naturaleza del plan regulador general, se ha convertido en una cuestión tan debatida y delicada, que la sola enunciación de algunas soluciones propuestas, da idea de la abundancia de opiniones al respecto.

Por casi medio siglo, el plan regulador en la legislación italiana, venía aprobado por ley, por lo que la naturaleza jurídica relativa a sus normas, no podía evidentemente ser puesta en discusión.

No fue sino a raíz de la promulgación de la ley número mil ciento cincuenta, que ha comenzado a examinarse por parte de la jurisprudencia y la doctrina su naturaleza.

Según Spantigati¹ el problema de la naturaleza del plan regulador general, depende evidentemente del problema de teoría general del derecho, de la clasificación de los actos jurídicos y en particular del concepto que se tenga de las características de los actos normativos.

Las teorías al respecto hacen referencia, al carácter general o abstracto de las normas, al carácter innovativo y original con relación al derecho preexistente, o en su lugar, sobre el

criterio positivo que cada sistema jurídico tiene, es decir, cuales son los actos a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye carácter de norma, prescindiendo del hecho que sean actos generales abstractos, originales, innovativos, etc.

Con el propósito de dar una solución al problema planteado, se han presentado tres teorías fundamentales.

- a. La primera sostiene que se trata de un acto normativo.
- b. La segunda que se trata de un acto administrativo.
- c. La tercera que se trata de un acto en parte normativo y en parte administrativo (mixto).

Según Mazzarolli, las teorías anteriores pueden resumirse como sigue:

1. El plan regulador, es un acto del Estado, la participación de la Municipalidad, se agota con la simple preparación del proyecto.

1. F. Spantigati, p. 95-96. L. Mazzarolli I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione. Cedan Padova 1966.

2. El plan regulador general, es, por su contenido, un acto complejo del Estado y de la Municipalidad, al cual se le da eficacia normativa mediante el decreto de aprobación presidencial.
3. El plan regulador general es un acto, en el cual su contenido está determinado por la Municipalidad, pero sus efectos constitutivos son referibles a un acto del Estado.

La tesis primera se funda, prevalentemente sobre el tenor literal del texto legislativo y sobre consideraciones de orden práctico.

A esta teoría se le ha objetado fundamentalmente que si así, se concibe la naturaleza del plan regulador, viene amenazarse la atribución constantemente afirmada en textos de ley, a la Municipalidad de proveer a la disciplina de la materia urbanística, en el ámbito del propio territorio.

La tesis segunda sostiene que el contenido del plan regulador viene determinado fundamentalmente, mediante dos deliberaciones, una de la Región y otra de la Municipalidad.

La deliberación de la Municipalidad, debería considerarse, como la primera deliberación, en el conjunto del procedimiento formativo del plan regulador, destinado a ser confirmado o modificado por la sucesiva deliberación regional, dando entre las dos, vida a un acto complejo, que bajo el aspecto formal, constituirá el objeto del sucesivo decreto presidencial de aprobación.

La tesis tercera, reconoce la deliberación Municipal como el único acto por el cual puede ser establecido el contenido del plan regulador general, pero afirmando que la constitutividad de los efectos, son referibles enteramente al decreto presidencial, y sostiene por consiguiente que el acto de adopción del plan regulador, de parte de la Municipalidad, entra en la fase preparatoria del procedimiento.

Una cuarta posición sostiene que la fase constitutiva del procedimiento se agota con la deliberación de la Municipalidad de adopción del plan regulador general; el decreto de aprobación no sería otra cosa que una aprobación en sentido formal propio.

Según el gran jurista Massimo Severo Giannini, en un primer momento, el plan regulador general, era considerado acto normativo, en el sentido de que este plan debería contener normas productivas de derechos, obligaciones y deberes en relación al privado, titular del derecho real, dentro del perímetro del plan regulador general, en otras palabras establecer vínculos a la propiedad privada.

Posteriormente el mismo Giannini, prefiere considerar la naturaleza del plan regulador general, como acto administrativo general. Inmediatamente a esta concepción aparece la del profesor Sandulli, quien excluye la calificación de general, considerándolo un acto administrativo puntual, al respecto dice: "es cierto que el plan regulador general no es acto normativo, más bien un acto destinado a satisfacer intereses políticos concretos y puntuales, en cuanto se resuelven en la inmediata creación de vínculos reales sobre inmuebles, comprendidos dentro del plan. No son actos innovativos del ordenamiento jurídico en cuanto que lo que hacen es introducir modificaciones a situaciones subjetivas, producidas por el ejercicio de un poder concreto que el ordenamiento jurídico, reconoce a la Administración, no introducen innovaciones en el sentido que rige el cuerpo social. Por lo anterior sostiene, está fuera de toda duda que se trata de un procedimiento administrativo, es sin embargo un error encontrar el carácter de procedimiento general no teniendo el plan por destinatarios una generalidad no especificada de sujetos, pero teniendo como todos los actos que operan consecuencias en el campo del derecho real, la función de interesar algunas veces en modo peculiar bienes inmuebles específicamente determinados y los titulares presente o futuros de tales bienes.

Según Virgilio Testa² podemos definir el plan regulador general como el acto administrativo, que determina cual será la futura configuración de una zona y establece los vínculos u obligaciones a los bienes privados necesarios para actuar, tomando en consideración, las condiciones peculiares del ambiente, clima, conformación del suelo, tradiciones, costumbres etc. y de las exigencias de la población, valorados según un régimen de vida progresivo.

Para Italo di Lorenzo³ el plan regulador general, es el acto administrativo general, que no contiene solo prescripciones de carácter programático, sino también prescripciones que determinan el surgimiento inmediato de vínculos sobre la propiedad, limitaciones "allo jus aedificandi" que vienen subordinados a las superiores exigencias de interés público. Ortolani⁴ considera el plan regulador general, un acto administrativo normativo, por lo que precisa que el plan regulador general venía adscrito a la categoría de reglamentos delegados.

L. Alibrandi⁵ niega la naturaleza normativa del plan regulador general al sostener que el plan carece de generalidad y abstracción.

Sandulli afirma que los actos a contenido normativa, son caracterizados por la genera-

lidad y la abstracción de las propias disposiciones, las cuales por eso asumen el título de normas.

En el caso en cuestión, vienen a examinarse disposiciones destinadas a satisfacer un singular interés público concreto, que no es la función propia de los actos normativos⁶.

Fragola G.⁷ sostiene que el plan regulador general, no es producto solamente de la Autoridad Gubernativa por simple propuesta de la Municipalidad interesada, sino que es más bien un acto complejo, resultado del concurso de la voluntad de la Autoridad competente a la aprobación y de la Municipalidad, la cual no formula simples propuestas, sino que adopta verdaderas y propias deliberaciones.

Spadaccini⁸ manifiesta que el plan regulador general es un acto administrativo, que contiene no solamente prescripciones de carácter programático, realizables por medio del plan particularizado, sino que mediante la división del territorio en zonas, la indicación de las principales vías de comunicación y la individualización de las áreas destinadas a satisfacer exigencias de interés público, que contiene también disposiciones o prescripciones que determinan el surgimiento inmediato de vínculos a la propiedad privada.

2. B. Testa. Manuale di legislazione urbanistica, Giuffrè ed. Milano, 1956, p. 58.

3. I. Lorenzo, Lineamenti di diritto urbanistico, Roma, ed. Rom. dei Lavori Pubblici, 1970, p. 245.

4. G. Ortolani. La nuova disciplina urbanistica, Enpoili, 1943, p. 87, 90, 94, 109.

5. A. Alibrandi, "Rassegna di Giurisprudenza", in Rin. Giur. Edil., 1969 II, p. 945.

6. AM. Sandulli. "Appunti per uno studio sui piani regolatori" In Rin. Giur.-Edil., 1958, p. 136.

7. G. Fragola. Urbanistica ed edilizia. Nuova legislazione e poteri delle Regioni a statuto ordinario, Cedam-Podova, 1972, p. 131.

8. G. Spadaccini. Urbanistica-Edilizia-Espropriazione, Roma-Stamperia Naz., p. 11-12.

Predieri⁹ sostiene que actualmente el plan regulador general es un acto complejo de la Municipalidad y de la región, o del órgano al cual, la región ha encargado la aprobación.

Es importante señalar que el efecto y el contenido del acto son independientes del procedimiento¹⁰ y la diversidad de procedimientos no genera necesariamente la diversidad de los efectos de los actos.

La Corte de Casación¹¹ ha precisado que el plan regular es acto administrativo general, fuente secundaria de normas jurídicas, y que el carácter de abstracción y de generalidad de tales normas no viene a menos si se limita la categoría de los destinatarios de los vínculos y de los límites nacientes del plan.

La Corte Constitucional¹² ha exactamente observado que el plan regulador general es un acto dirigido a satisfacer necesidades públicas concretas, y cuya realización es encargada a órganos administrativos. Son por lo tanto actos administrativos tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo.

Según A. Lorizio¹³ el juez administrativo ha siempre excluido que los vínculos del plan regulador general, tengan naturaleza normativa

(legislativa), se ha tratado de un límite al poder de disposición de la propiedad privada, que puede ser impuesta por medio de un acto administrativo.

Se recuerda que aún, cuando la aprobación del plan regulador general se efectuaba por medio de ley, está era debido a particulares exigencias, en contraposición con la naturaleza misma del acto; el cual en cuanto dirigido al cumplimiento de un interés público concreto, es típica manifestación de potestad administrativa, no de potestad legislativa.

La cuestión más reciente en el ordenamiento jurídico italiano, sobre la naturaleza del plan regulador general, fue planteada al Consejo de Estado, el cual mediante la sesión plenaria vino a resolver en forma definitiva el problema de la naturaleza del plan regulador general.

"El plan regulador general, resulta del concurso de dos actividades paralelas la actividad de la Municipalidad y la de la región. La formación del plan regulador requiere por consiguiente, de un procedimiento complejo, en el cual confluyen intereses a diferente nivel, municipal y regional".

9. A. Predieri. *Le legge 28 gennaio 1977 numero 10 sulla edificabilità dei suoli* Giuffrè Milano 1977, p. 365.

10. A. Predieri. *Urbanistica Tutela del Paesaggio-Espropriazione*, Giuffrè Milano-1969, p. 261.

11. Corte de Cassazione, *Seg.* II 27 ottobre 1975, n. 3593.

12. Corte Costituzionale, 29 marzo 1961 n. 11, 28 aprile 1966 p. 32.

13. A. Lorizio *Urbanistica e giudice amministrativo*. Giuffrè-Milano 1976 p. 24.

BIBLIOGRAFÍA

- F.S. Spantigati. L. Mazzarolli I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione, Cedam Padova 1966.
- V. Testa. Manuale di legislazione urbanistica, Giuffré ed. Milano, 1956.
- I. Lorenzo, Lineamenti di diritto urbanistico, Roma, ed. rom. dei Lavori Pubblici, 1970.
- G. Ortolani. La nuova disciplina urbanistica, Empoli, 1943.
- A. Alibrandi. "Rassegna di Giurisprudenza", in Rin, Giur Edil, 1960.
- AM. Sandulli. "Appunti per uno studio sui piani regolatori" In Rin Giur-Edil, 1958.
- G. Fragola. Urbanistica ed edilizia. Nuova legislazione e poteri delle regioni a statuto ordinario, Cedam-Padova, 1972.
- G. Spadaccini. Urbanistica-Edilizia-Espropriazione, Roma-Stamperia Noz.
- A. Predieri. Le legge 28 gennaio 1977 número 10 sulla edificabilità dei suoli Giuffré Milano, 1977.
- A. Pridieri. Urbanistica Tutela del Paesaggio-Espropriazione, Giuffré Milano-1969.
- Corte di Cassazione. Seg. II, 27 ottobre 1975.
- A. Lorzio Urbanistica e giudice amministrativo. Giuffré-Milano 1976.
- Benvenuti. Efficacia ed esecutività dei piani regolatori generali, in pass dei Lavori Pubbli 1956.
- Merusi: la partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa regionale di controllo sugli enti locali convegno (XXII) di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 1976.
- Favetto: Sugli atti amministrative generali a contenuto non normativo, in Foro 1954.
- Favetto: Il piano lo regolatore generale, natura e contenuto, in Nuova Rass 1960.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO HIPOTECARIO

WILBERTH ARROYO ÁLVAREZ
Profesor, Facultad de Derecho, UCR.

ÍNDICE

Naturaleza del Derecho Hipotecario

CAPÍTULO I: AUTONOMÍA DEL DERECHO HIPOTECARIO	18
Sección I: La hipoteca es un derecho completo	18
A- Cuestionamiento	18
B- Su fisonomía	18
C- Manifestación de su Autonomía	19
1- Creación o constitución de la hipoteca	19
2- Extensión de la hipoteca	19
3- Los efectos de la hipoteca	20
4- Extinción de la hipoteca	20
D- Su coherencia como derecho	20
E- Importancia del derecho del crédito	21
SECCIÓN II: La hipoteca como derecho <i>teleológicamente</i> accesorio	21
A- Inexistencia por sí de utilidad económica de la hipoteca	21
1- Beneficios económicos que producen los bienes y su implicación en los derechos reales	21
2- La hipoteca no produce atributos económicamente valorables	22
B-. Finalidad de la hipoteca en relación al crédito	22
1- La utilidad es tan sólo respecto del crédito	22
2- La necesidad de la existencia del crédito	22

CAPÍTULO II. SU AUTONOMÍA EXISTENCIAL	23
SECCIÓN I: El crédito eventual y la existencia del derecho Hipotecario	23
A- Generalidades	23
B- La Teoría Clásica	23
C- Posición adoptada en este trabajo	24
1- Cuestionamiento	24
2- Constitución de la Hipoteca	24
3- Poderes y facultades del eventual acreedor hipotecario	25
a) Por actos materiales	25
b) Por actos jurídicos	25
4- Idéntico funcionamiento de la hipoteca coexiste no a un crédito	26
SECCIÓN II: La hipoteca coexiste al crédito	27
A- Existencia propia de la hipoteca	27
B- Carácter teleológico de la hipoteca	27
CAPÍTULO III. AUTONOMÍA EFECTUAL	28
Sección I: La Concepción Clásica	28
A- Cuestionamiento	28
B- Crítica a esta concepción	28
1. El "lus distraendi"	28
2. "lus Preferendi" y "lus Persequendi"	29
Sección II: Carácter protector de la preferencia y la persecución	30
A- La preferencia y la persecución como efectos de la hipoteca	30
B- Nacimiento de los efectos de preferencia y persecución	30
CAPÍTULO IV. AUTONOMÍA DE CESIÓN HIPOTECARIA	31
Sección I. Discusión Doctrinal	31

A-	Negación absoluta a la cesión hipotecaria	31
B-	Admisión de la cesión hipotecaria	31
C-	Crítica	31
Sección I. Transmisión Hipotecaria Autónoma al Crédito Original		32
A-	Posición adoptada : cuestionamiento	32
B-	Mecanismo de Transmisión	32
1-	Condiciones de Transmisibilidad	32
2-	Efectos	32

CAPITULO I: AUTONOMÍA DEL DERECHO HIPOTECARIO

SECCIÓN I: La hipoteca es un derecho completo

A- Cuestionamiento

La hipoteca no es una mera cualidad del crédito ni se debe concebir como un simple instituto del derecho adjetivo, como lo han pretendido los procesalistas. Tampoco ha de considerarse ésta un "derecho real" por el hecho de dar al acreedor la posibilidad de embargar el bien grabado, independientemente de las manos en que él se encuentre, para satisfacer el crédito impagado con el producto de su venta, por conllevar tal concepción a la subordinación casi total de la hipoteca al crédito.

Por el contrario, la hipoteca ha de definirse como: *un derecho real que vincula el valor económico del bien en garantía de cumplimiento de una obligación en dinero, el cual es de constitución registral y no conlleva un desplazamiento posesorio por parte del constituyente.*

B- Su fisonomía

Siendo la hipoteca un derecho real de vinculación del valor económico del bien grabado, ella no ha de confundirse con el crédito garantizado. O sea, que tal función de vincular y reservar se ha de realizar sin participación alguna del crédito u obligación garantizada. Contrasta tal concepción con la teoría clásica que, a pesar de ver en la hipoteca un derecho real, le da un contenido tal que los efectos de preferencia y persecución necesitan de un crédito exigible. Por ello, se dijo, es que definen a la hipoteca con base en los elementos que resultan de este momento ejecutorio.

Cossio ha sostenido ese postulado al decir:

*"Derecho real, es por tanto, la hipoteca en cuanto gravita directa e inmediatamente sobre la finca y es oponible y eficaz contra cualquiera que pueda adquirir la titularidad de ella. Su contenido no es otro que el de facilitar al acreedor hipotecario para proceder a la enajenación del bien hipotecado y hacerse pago con el producto de la venta, es decir, un derecho a la realización del valor de la finca hipotecada, para una finalidad concreta y determinada".*¹

Cuando se define a la hipoteca, por el contrario a la teoría clásica, como un derecho real, de vinculación del valor económico del bien gravado, se va a suponer una determinada relación entre una persona y una cosa; relación aquélla que hace que se conserve ésta en su valor económico en favor de la primera, para que satisfaga su crédito en caso de impago de él. Esta facultad o poder que se reserve el bien en su valor, es, pues, consecuencia de esa relación entre la cosa hipotecada y el titular de la hipoteca, y no un efecto del crédito que viene a configurar sólo un vínculo personal entre acreedor y deudor.

La abogada Reyna Jeannete Marín es clara en su exposición al decir:

"El acuerdo hipotecario tiene señorío sobre la cosa en cuanto éste es

1. COSSIO Y CORRAL (Alfonso), *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, Editorial Bosch, 2ª edición, 1956, p. 679.

representativo de un valor de cambio, pues es en consideración de ese valor de cambio, que se constituye la hipoteca sobre la cosa ajena".²

La vinculación o destinación del valor económico del bien gravado se da "*erga omnes*", se impone a todos los sujetos que están en relación con el inmueble. Por tal motivo es que se dice que es un derecho absoluto aun cuando su titular no disfrute de la posesión del bien, ni pueda ejercer acto material sobre él. Esta vinculación ha de estar "protegida" con los derechos de preferencia y persecución, según se ha de ver en su oportunidad. La oponibilidad "*erga omnes*" ha de explicarse por el hecho de estar la hipoteca "inserta" en la cosa grabada, o como la doctrina la llama, existe una "*inherencia*". Esa reserva es consustancial al bien afectado; quien tope con ese bien lo hará con uno cuyo valor económico se ha reservado al pago de un crédito.

Por lo expresado arriba es que se sostiene que el titular de la hipoteca tendrá un poder inmediato y directo sobre la cosa hipotecada. Poder ese que se limita, precisamete, al hecho que se reserve aquel valor económico, más no a ejercer su titular actos materiales o de posesión sobre el bien.

Este poder ha de ejercer directamente sobre la cosa en forma exclusiva, por lo que se sostiene que esta vinculación goza de los caracteres de preferencia y persecución. Así, esa reserva prevalecerá sobre todo otro derecho registrado posteriormente, y se hará valer ante cualquiera que reciba el bien grabado, los que, eventualmente, deberán hacerse a un lado para dejar que el titular hipotecario se satisfaga en su crédito mediante la realización de aquel bien, cuyo valor económico fue reservado.

Así, se ha de reducir la naturaleza de la hipoteca a la reserva y vinculación del valor económico, la cual es con prescindencia del crédito, ha de concluirse que aquélla existe de forma autónoma y cumple por sí con una función respecto al crédito garantido, o sea, cumple con mantener íntegro el valor del bien gravado, para satisfacer el crédito en caso de su impago.

C- Manifestación de su Autonomía.

1. Creación o constitución de la hipoteca

Se ha dicho que la hipoteca es registral, poniéndose de relieve su carácter formal y solemne. En Costa Rica, según el Código Civil vigente, el registro es de carácter constitutivo y a diferencia el crédito no necesita para nacer la formalidad alguna en especial.

Es conveniente señalar que la ley no exige como requisito para que nazca la hipoteca que exista un crédito actual; ello tanto referido a la hipoteca voluntaria como a la hipoteca legal. Así, al nacer, ella no está subordinada en forma inmediata al crédito, presentándose como un derecho con individualidad propia. Incluso su constituyente podría ser un tercero completamente ajeno a la relación obligatoria.

2. Extensión de la hipoteca

Uno de los elementos constitutivos de la hipoteca es el referido a la determinación de los bienes que son en garantía, así como de la suma en dinero hasta la cual son afectos.

También es un elemento independiente del crédito, por cuanto puede determinar (la ex-

2. MARÍN (Reyna), *La Hipoteca y la Prenda. Su registración en Costa Rica*, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982.

tensión) aun cuando aquél no tenga existencia actual, en caso del crédito eventual. Claro es, sin embargo, que dada la finalidad de la hipoteca es común, que se determine esa extensión en relación a la suma o cantidad a que llega el crédito garantizado.

3. Los efectos de la hipoteca

Al definir a la hipoteca como un derecho que vincula y reserva el valor económico se le reconocerá como efecto este mismo, o sea el de conservar el valor económico del bien gravado, sin olvidar que su contenido tendrá los caracteres de preferencia y persecución, los cuales se producirán sin mediar el crédito garantizado por ser en sí caracteres de defensa de esa vinculación del valor.

4. Extinción de la hipoteca

Aún cuando dependiente en su finalidad la hipoteca tiene su individualidad como derecho en el sentido de tener causas de desaparición suyas, como por ejemplo: pérdida del inmueble en garantía, renuncia del acreedor, expiración del término en que se limitó, así como por el cumplimiento de la condición resolutoria en que fue sometida. Se extingue, asimismo, por prescripción o por las nulidades que le afectan, dejando entero al crédito.

D- Su coherencia como derecho

Así, pues, se ha de sostener que la hipoteca es un derecho real de garantía, que cumple su función al vincular y reservar el valor económico del bien en garantía, para hacer, eventualmente, pago del crédito vencido e impagado, con su realización. Y esa función la realiza la hipoteca desde su constitución hasta su extinción, independientemente de la causa que así lo determine, por ser ella un derecho coherente; por ser una verdadera institución dentro del derecho civil.

La primera objeción que se hará, seguramente, es el de no tomar en consideración la fase o etapa de ejecución de la garantía. Se le criticará que una noción tal de la hipoteca será incompleta y por ello errada, al no ver en la hipoteca dos fases, no dándole la debida importancia al momento en que el acreedor es facultado para que, en caso de impago, se cobre preferencialmente con el precio del bien gravado, cualquiera sea las manos en que se encuentre. Pero, se le debe salir al paso a tal crítica sosteniendo que no se ha pretendido restarle importancia a un momento que, por sí, lo tiene, al dar allí su utilidad la hipoteca. Sin embargo debe tenerse presente que este segundo momento es consecuencia, no de la hipoteca, sino de dos derechos en actuación cruzada, o sea del "crédito hipotecario" el cual es el crédito que al no haber sido satisfecho se dirige contra el bien dado en garantía, cuyo valor fue vinculado por la hipoteca, ejecutándolo y convirtiéndolo en suma de dinero, de la cual se cobra.

Se ha de tener, por ello, que la hipoteca tendrá por contenido esa función de vincular y reservar el valor económico del bien, independientemente del estado del crédito. Su contenido es inalterable en todo su período de existencia.

La hipoteca es un derecho instrumental, al permitir que se ejercite el derecho de crédito impago sobre el bien dado en garantía, de tal modo que, se determina un momento en que se entrecruzan dos derechos. Así, según el crédito sea cobrado o no sobre el precio del bien se tiene que el destino jurídico de éste pueda ser: o quedar libre al haber sido pagado normalmente el crédito a su vencimiento, extinguiéndose con él la hipoteca o siendo impagado el crédito el acreedor se dirige contra el bien cuyo valor económico le ha sido vinculado por la hipoteca, cobrándose por su realización. Tanto en el primer y segundo caso la hipoteca cumplió con su función de conservar en su valor económico el bien gravado. En el primero se da tal vinculación pero no es necesario para el crédito, que fue pagado normalmente. En el segundo se ejecuta el bien garantido al haberse impagado el

crédito; ello por la interacción de los derechos de la hipoteca y del crédito y no sólo de la hipoteca como efecto de ésta la cual cumplió con haber reservado el valor económico del bien, para hacerse pago con su realización, en caso de impago del crédito, como en este caso.

E- Importancia del derecho del crédito.

No se puede desconocer la importancia del crédito en su relación con la hipoteca, la cual, dada su propia finalidad, desaparecerá cuando sea cierto que él no nacerá o que, existiendo, sea extinguido por el pago normal o

alguna causa de nulidad que lo viciaba. Ello, sin pretender considerar que la hipoteca debe apoyarse del todo en el crédito para llegar a ser.

El crédito es importante, asimismo, en lo que toca a la permanencia o destinación del derecho de propiedad a otros derechos gravados. Limitándose la hipoteca a vincular por reservar el valor económico del bien gravado, dependen del crédito su desaparición, dejando libre al bien gravado, o que tal crédito haga desaparecer el derecho de propiedad gravado, al haber provocado su venta (caso de expropiación) absorbiendo su precio para su propia satisfacción.

SECCIÓN II: La hipoteca como derecho *teleológicamente* accesorio

La posición adoptada respecto a la noción de la hipoteca ha sido la de considerarla "un derecho real de vinculación", distinto al derecho principal de crédito, teniendo, por ello, existencia propia y función determinada por sí, y cuya accesoriedad es respecto al crédito sólo en su "finalidad". Debe quedar claro, ante tal concepción, que no se ha pretendido hacer de la hipoteca un derecho en absoluto autónomo del crédito garantido; sólo se ha querido reivindicar de la absoluta dependencia que la tienen los clásicos.

A- Inexistencia por sí de utilidad económica de la hipoteca

1. Beneficios económicos que producen los bienes y su implicación en los derechos reales.

Cada bien va a ofrecer una determinada utilidad, a determinados sujetos o sujeto de la colectividad; depende el que un bien sea total o parcialmente de un equis sujeto o sujetos para dar aquél su más completo y acabado disfrute. Tal posición de apropiarse de un bien la viene a asegurar el ordenamiento jurídico, particular-

mente el definir dentro de sus institutos una variedad de derechos que son, precisamente, los derechos reales.

Así, también, dentro de este tipo de derechos se encuentra una gradación de derechos que van desde los fuertes hasta los más débiles en cuanto al aprovechamiento o utilidad económica que dan al titular según el bien sobre el que recaigan. Se tendrá, por tanto, que un bien puede ser objeto de un solo derecho real global, que lo conllevará a su titular a disfrutar de toda su utilidad potencial, y además de unos derechos parciales que conferirán sólo parte de aquella utilidad. Dentro de los primeros resulta, como ejemplo típico, el de propiedad. Y es que la idea de la utilidad económica que produce un bien tiene su correspondiente jurídico en la noción de *apropiación*. La utilidad que resulta del derecho de propiedad es total: su titular puede usar el bien de modo directo, para enajenarlo, permutar, donarlo, dar en préstamo, o cualquier otro. Existe, entonces, un dominio pleno sobre el bien, salvo las limitaciones admitidas por el propietario o impuestos por la ley.

En cuanto al segundo grupo indicado arriba, de los derechos limitados que sólo ofre-

cen una u otra utilidad sobre el bien, se tiene que su titular tendrá sobre tal bien solo un poder reducido o limitado como sería, servidumbre, el derecho de usufructo.

Luego, la utilidad que se obtiene de los bienes por medio de los derechos reales será económicamente estimable, los cuales, junto con los derechos de crédito constitúyense en derechos patrimoniales.

Resulta claro, según se expuso, que los derechos reales tienen por propósito el legítimar, al titular de un bien, su uso y disfrute.

2. La hipoteca no produce atributos económicamente valorables

Cuando se habla de los "*derechos reales de garantía*" se hace necesario contraponerlos a los "*derechos reales de goce*", pues aquéllos, a diferencia de los segundos, no dan a su titular ningún derecho de disfrute o de utilización inmediata sobre la cosa. Ello implica que la propiedad, como derecho real de goce por excelencia, ante una hipoteca, su titular no ha de perder sus facultades de gozar o usar del bien. Por otra parte, cuando se habla de la realidad de la hipoteca, se hace en cuanto en tanto a ella le confiere al acreedor titular los derechos de preferencia y persecución para cobrarse sobre el dicho bien, en caso de impago.

No puede esperarse que el derecho de hipoteca redunde en un aumento real del patrimonio del acreedor, pues aún cuando por la venta del inmueble ese acreedor sea pagado, no será, en todo caso la hipoteca la que aumente su patrimonio, sino el crédito. El único beneficio que recibirá, entonces, el acreedor, es aquél: exigir que se reserve el valor económico del bien, rechazando los actos del deudor a terceros que pueden convertirlo en inútil.

B- Finalidad de la hipoteca en relación con el crédito

1. La utilidad es tan sólo respecto del crédito

La hipoteca cumple un fin de tal importancia que sin ella el patrimonio del acreedor podría verse disminuido por no haber asegurado que un bien respaldara su crédito. Y es que desde que el acreedor hace constituir hipoteca es porque ella le brindará una ventaja necesaria y única que es precisamente aquella: vincular o destinar el valor económico de un bien para asegurar el pago de la obligación garantizada. Por ello es que se debe sostener que la utilidad de la hipoteca se da en relación al crédito, el cual en caso de impago resultará cubierto con la venta del bien cuyo valor reservó la hipoteca. Así, la utilidad que dará ella será mediata e indirecta respecto a su titular, pues le sirve a éste al asegurarle la satisfacción de su crédito.

Esa utilidad la irá a desplegar desde el momento de su constitución hasta el de ejecución.

2. La necesidad de la existencia del crédito

Cuando se constituye una hipoteca se hace para que esta cumpla con una finalidad, cual es, según se sostuvo en el punto anterior, dar seguridad al pago de un crédito. No puede pensarse en una hipoteca que "*esté en el aire*", sin crédito alguno que venga a garantizar el que sea reservado el valor económico de un inmueble sólo se comprende si existe un crédito presente o futuro que venga a ser garantido.

Cuando se dice que la hipoteca tiene, como uno de sus varios caracteres, el ser accesorio, es, precisamente, porque debe haber un crédito o lo será respecto a él en cuanto a su nacimiento, extensión y subsistencia.

CAPÍTULO II. SU AUTONOMÍA EXISTENCIAL

El titular de la hipoteca tendrá una serie de poderes y facultades necesarias para hacer valer ese derecho en la conservación del valor económico del bien; poderes jurídicos que tienden a evitar actuaciones del obligado a

terceros, en menoscabo del interés del acreedor. Por todo ello, se debe sostener que la hipoteca es, en sí, un derecho completo, con una estructura y funcionamiento propio.

SECCIÓN I: El crédito eventual y la existencia del derecho Hipotecario

A- Generalidades

Demostrar que la hipoteca es un derecho con su propia existencia resulta fácil con sólo ver la situación del nacimiento de ésta sin que se haya constituido crédito alguno. Si se observa que la hipoteca constituye por sí un derecho completo, con su propia estructura y funcionamiento, aún faltando el crédito a garantizar, ha de concluirse necesariamente que no es "sine qua nom" para que aquella nazca la presencia de un crédito.

"El carácter accesorio que posee la hipoteca no permite concebirla sino existe un crédito al que se le pueda referir. Por lo tanto, cuando se prevee el nacimiento de un crédito hay interés en constituir inmediatamente la hipoteca para conferirle un rango preferible. La hipoteca garantiza entonces un crédito eventual".³

El admitir que puede darse una hipoteca antes de que pueda darse el crédito chocaría con todo el sistema de esta teoría, por principios de concepción e implicaría no ser consecuentes con sus postulados básicos.

B- La Teoría Clásica

La teoría clásica define la hipoteca como un derecho absolutamente subordinado al crédito u obligación principal, por lo que ella no presenta ningún carácter de derecho con vida propia. Para ser consecuente, entonces, es inimaginable aquella sin un crédito donde sea adherida; el crédito puede nacer antes o simultáneamente a la hipoteca, pero nunca ella antes que el crédito. Además, siendo los efectos principales de la hipoteca, según esta teoría, la preferencia y la persecución es condición necesarísima que haya garantía que las tenga, no pudiendo existir sin ésta.

Sin embargo, desde el siglo pasado la práctica ha ido configurando un nuevo concepto de hipoteca al admitir que ella nazca primero que el crédito. Posteriormente las legislaciones y jurisprudencia han confirmado la práctica. En el ordenamiento civil costarricense así se ha prescrito, tal y como lo reconoce don *Alberto Brenes Córdoba*:

"Establecida la garantía con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación futura, eventual o condicional, el gravamen perjudica a terceros desde la inscripción del documento..."⁴

Ripert y Boulanger sostienen:

-
3. RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean), *Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, s.n.e., 1956, p. 59.
 4. BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juricentro S.A., 5ª edición, 1981, p. 151.

Los autores radicales sostenían que dando una hipoteca en tales condiciones ella no existía hasta tanto no naciera el crédito, derecho principal. Así, entonces, la hipoteca no sería tal sino cuando fuera paralela al nacimiento del derecho de crédito. La hipoteca no puede tener fuerza por sí misma.

Aubry y Rau han sostenido:

"...la hipoteca, en principio, no puede preceder al crédito, ella no puede al menos tomar rango antes que la obligación principal exista".⁵

En conclusión, la Teoría Clásica no da una explicación que satisfaga respecto a la existencia de este tipo de hipotecas con crédito pre-existente.

C- Posición adoptada en este trabajo

1. Cuestionamiento

Es necesario demostrar, como ha sido el interés desde el inicio de este estudio, que la hipoteca cuenta con una existencia propia, perfecta y cumple la misma finalidad, sea o no anterior al crédito garantido.

Imprescindible es el estudio de la hipoteca en todas sus dimensiones y posibilidades, descomponiéndola en todos y cada uno de sus elementos, sin contentarse con dar opiniones de solución práctica a los problemas no entendidos. Puede resultar paradójico pensar en una hipoteca sin crédito cuando su propósito final es reservar un valor para satisfacer una obligación personal. Sin embargo, no es así, pues, como se verá, lo que se hace es adelantar una función

que, como garantía, debe cumplir la hipoteca, y que incluso, da más seguridad a una persona que ha de ser la acreedora al concluir un negocio.

Para demostrarlo es necesario, a su vez, probar lo siguiente:

- a) Que no es requisito de constitución de la hipoteca la existencia de la obligación a garantizar.
- b) Aún cuando no existe una obligación actual, el eventual acreedor cuenta con una serie de poderes y facultades que devienen de esa sola hipoteca.
- c) La hipoteca se comporta de igual manera en la situación de un crédito que nace antes o paralela a ella.

2. Constitución de la hipoteca

En este punto se pretende demostrar que, para constituirse válidamente una hipoteca, no es requisito esencial que exista una obligación a garantizar. Claro es que ella desaparecería si esa obligación no llegara a existir pues no cumplirá su finalidad, cual es la de reservar el valor económico de un bien inmueble para la satisfacción de una deuda.

Para constituir una hipoteca, conforme la mayor parte de las legislaciones actuales, se requiere los siguientes requisitos:

- a) En el ámbito personal es necesario que el constituyente, voluntario o forzoso, sea el propietario o titular del derecho que ha de convertirse en el derecho de hipoteca y por otro lado es indispensable que exista un titular del derecho hipotecario (pudiendo llegar a ser él el titular de la obligación).

5. AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, París. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, T. 3, 1900. p. 615.

Desde el instante en que se constituye la hipoteca ese sujeto, por el sólo hecho de ser el titular de la hipoteca, va a tener una serie de poderes y facultades tendientes a hacer que se mantenga el estado de reserva del valor económico del bien.

- b) En el ámbito real la hipoteca debe recaer sobre bienes (comúnmente inmuebles) o derechos susceptibles a ser asiento de hipoteca conforme a las distintas legislaciones; debe ser un bien que pueda ser afectado hasta un valor determinado y además, como consecuencia, fácilmente reducible, mediante venta del bien, en suma dineraria.
- c) En el campo formal, el documento en que aparece tal constitución debe ser objeto de publicidad registral.

Algunas legislaciones como la costarricense exige que para constituir la hipoteca, ello sea hecho en "escritura pública".

Entonces, ha de concluirse que no es requisito para constituir válidamente una hipoteca, la existencia del crédito a garantizar.

3. Poderes y facultades del eventual acreedor hipotecario

Para ser tan sólo un acreedor eventual él va a tener una serie de derechos y facultades que devienen del hecho de ser, por el solo derecho de hipoteca, el titular hipotecario. Así, la hipoteca existe y funciona desde su constitución, haya o no un crédito. O sea, que la hipoteca ha de reservar y mantener el valor económico del bien desde ese momento, aún cuando el derecho del crédito no haya nacido.

En el transcurso de toda esa fase, que va desde su constitución hasta que nace el crédito pueden presentarse una serie de situaciones que podrían implicar un perjuicio de la vinculación económica del bien por parte de la hipoteca, lo que la haría devenir inservible.

a) Por actos materiales

Se refiere a aquellas causas que conducen a la destrucción o al valor económico del bien. Los poderes de este titular se pueden ejercitar antes o después de la destrucción del bien. En el primer caso, son muchas las legislaciones, las que expresamente prescriben que el titular hipotecario tiene poder suficiente para impedir que se produzcan actos provenientes del constituyente o un tercero que vengán a desmejorar o destruir el bien. El titular de la hipoteca debe acudir ante el juez para que sea éste quien ordene la cesación de los actos dañosos.

Así, la hipoteca aún habiendo nacido sin crédito tiene una existencia, como se puede ver con los poderes que el titular hipotecario está dotado para impedir por el medio judicial, que el constituyente o un tercero realicen actos contrarios a la preservación del valor económico del bien dado en hipoteca.

La segunda situación se refiere a los poderes que ejercite el titular hipotecario después que se dio en forma consumada la destrucción del bien.

Según lo han regulado la mayoría de las legislaciones ese titular podrá exigir, en vía judicial, que se aumente o se suplemente la hipoteca para hacerla venir al valor económico en que fue afectado el bien. De no ser así la hipoteca resultaría inútil.

En otras legislaciones se le concede al juez amplias facultades para exigir al propietario que remedie el daño.

Claro, respecto a esta última solución no podría darse en el caso de la hipoteca en garantía de deuda eventual, pues, lógicamente, es necesario que el crédito haya nacido.

b) Por actos jurídicos

La mayor parte, no se revelan ni manifiestan exteriormente, derivándose de ellos la

actuación visible del titular hipotecario frente a los que devienen con derechos sobre ese bien (por ejemplo, transmitir derecho de propiedad; constituir una servidumbre, etc.). Sin embargo, aún así, la hipoteca no puede ser desconocida por ningún acto jurídico que involucre el objeto hipotecado; el bien o derecho continúa vinculado en su valor económico, lo que se ha de exteriorizar en la fase de realización, en caso que llegue a nacer el crédito y fuera él impagado.

Existen, no obstante, ciertos actos jurídicos que afectan tanto al bien que hacen que la hipoteca que sobre él existe se manifieste, indicándose como su valor económico (del bien) ha sido vinculado y reservado por ella. Los actos a que se hace referencia son aquellos que producen una sustitución del bien por otro diferente.

Algunos de los casos que han de producir tales efectos son:

b.1) El acto expropiatorio del bien hipotecado, por causa de utilidad pública. En este caso, habiendo quedado el bien libre de todo derecho y gravamen existente sobre él, ellos se han de trasladar -incluyendo la hipoteca- a la suma dineraria que ha de pagar el Estado. El titular hipotecario tiene derecho a exigir que se le reserve la parte de dinero equivalente a la afectación que había sobre la hipoteca. En la legislación hipotecaria costarricense se ha previsto esta situación al decir que *"cuando el precio... de la expropiación forzosa venga a sustituir a la finca se pagará a los acreedores hipotecarios por su orden ..."*⁶

La misma solución existe para el caso en que el bien sea judicialmente vendido, transformándose en suma dineraria.

b.2) Otros actos en que se ha de poner también de manifiesto la plena existencia del derecho hipotecario es cuando el bien dado en garantía se realiza por solicitud de un acreedor hipotecario cuyo crédito fue impagado, en donde los titulares de hipoteca han de trasladar su garantía sobre el precio obtenido en la venta. En el caso de un titular hipotecario; en la hipótesis de deuda inexistente, tendrá también derecho a que se le reserve y vincule el aporte económico con el que estaba afectado el bien.

La legislación costarricense en el artículo 418 del Código Civil ha dicho:

"...si concurrieran acreedores cuyos créditos dependen de una condición se depositará la suma que valgan sus créditos para hacerles pago si la condición se cumple".⁷

La situación de créditos con condición es aplicable al caso de la hipótesis garantizando deudas eventuales.

La conclusión no puede ser otra sino a la que ya se ha llegado: la hipoteca es un derecho con existencia propia con lo que vale decir, que no ocupa poco nacer y "vivir" del crédito.

4. Idéntico funcionamiento de la hipoteca coexiste no a un crédito

No se pretende desconocer el carácter accesorio de la hipoteca (desde el punto de vista de su finalidad) pero también es claro que no puede sostenerse, como lo hacen los autores clásicos, que ésta sea en absoluta accesoriedad y por ello necesaria la existencia de un crédito para que exista.

6. Código Civil de Costa Rica, Ley de 26 de abril de 1886, San José, Librería Lehmann, edición preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, Art. 418, párrafo tercero.

7. Código Civil, *Op. cit.*, Art. 418, párrafo segundo.

Según se pudo comprobar, el hecho de que haya o no crédito contemporáneo a la constitución de la hipoteca no hacen a ésta

menos o más perfecta. El que, quizás, nunca este crédito nazca no quita que ella sea condicional o no.

SECCIÓN II: La hipoteca coexiste al crédito.

A-Existencia propia de la hipoteca

Haya o no un crédito contemporáneo o anterior a la constitución de la hipoteca, ésta tendrá existencia propia, por ser ambos derechos distintos. Por ser la hipoteca un "derecho" es necesario hablar de "coexistencia" con el crédito y no de "subordinación".

El bien hipotecado puede así estar en dos distintas personas:

- Cuando se encuentra en poder del mismo deudor.
- Cuando se encuentra en poder de un tercero constituyente.

El primer caso es lo que se da más frecuentemente en la práctica. Por tener la hipoteca por función el reservar y mantener el valor económico del bien, el titular de él, en este caso el deudor, se ve limitado en cuanto a la disposición de su bien, no pudiendo realizar aquellos actos que disminuyan el valor de la cosa, haciéndola inútil para cumplir con su fin. El que la hipoteca exista hará que el titular del bien gravado vea afectadas sus facultades.

En el segundo caso si se hace más notorio la autonomía existencial del derecho de hipoteca, en que el titular hipotecario se encuentra ante dos sujetos distintos: el deudor personal y un tercero constituyente de la hipoteca en bienes suyos. La hipoteca hará que quede reservado el valor económico del bien cualquiera sea la persona que lo tenga; vinculación que, entonces, no deviene del crédito a garantizar. El que un tercero haya consentido en hipotecar un bien de su patrimonio

implica que ha de soportar todas las consecuencias que del acto se deriven, como es el que él no puede deteriorar o destruir el bien en perjuicio del acreedor quien tendrá las acciones necesarias para oponerse a ello. También es sobresaliente la existencia de la hipoteca en caso que el bien de ese tercero sea dado para responder ante otros acreedores (hipotecarios o quirografarios). Ninguno de ellos puede desconocer esa situación ejercitando acciones contra él.

B- Carácter teleológico de la hipoteca

A pesar de lo dicho anteriormente no se debe desconocer una de las caras de la misma moneda: se está sosteniendo el carácter autónomo de la hipoteca en su existencia y funcionamiento no así en cuanto a su finalidad, la cual es servir al crédito, para que en caso de impago del crédito sea embargado y vendido el bien dado en garantía; lo cual es posible por haber reservado y mantenido la hipoteca su valor económico.

En el caso de la obligación eventual, si se sabe que el crédito no ha de nacer se extingue la hipoteca; ya no tendrá razón de ser. Si la deuda es pagada, la hipoteca se ha de cancelar pues ya no existe el crédito para el que ella vivía.

Así lo expresa la legislación costarricense al decir en su artículo 424:

"Art. 424.- La hipoteca se extingue con la obligación principal y por todos los otros medios porque se extinguen las demás obligaciones..."⁸

8. Código Civil, Op. cit., Art. 424.

CAPÍTULO III: AUTONOMÍA EFECTUAL

SECCIÓN I: La Concepción Clásica.

A- Cuestionamiento

La Teoría Clásica sostiene que los efectos de la hipoteca son, fundamentalmente, embargar y vender judicialmente el bien para hacerse pago al acreedor hipotecario en un orden preferente y cualquiera sea las manos en que tal bien se encuentra. Así, entonces, refieren tales efectos a la fase ejecutiva de la garantía. No es concebible que la hipoteca siendo accesorio al derecho principal no produzca aquellos efectos sino por ese crédito garantido.

B- Crítica a esta concepción

La crítica más fuerte que en este punto se le puede hacer a la Teoría Clásica es la siguiente: su errada conceptualización de la hipoteca hace que confunda dos derechos por sí distintos, el derecho real de hipoteca y del derecho personal de crédito, atribuyendo unos efectos a la primera que son, en realidad, del segundo, o en todo caso, de una nueva entidad: "el crédito hipotecario".

1. El "ius distraendi"

Este es el derecho que tiene el acreedor hipotecario para embargar y hacer vender el bien hipotecado y hacerse pago de su crédito con el resultado de esa venta.

Como se puede ver, esta facultad del acreedor se deriva del derecho de crédito y no de la hipoteca como lo sostienen los autores clásicos.

Roca Sastre ha dicho, refiriéndose a este punto y siguiendo esta concepción:

*"Este derecho de realización o "ius distraendi", como poder o facultad de extraer o hacer extraer una suma de dinero con la venta forzosa de la cosa hipotecada (distractio bonorum) se destaca, pues, dentro del haz o complejo de poderes o facultades que forman el contenido del derecho real de hipoteca."*⁹

Por su parte el tratadista **Manuel Albaladejo**, confundiendo el "ius distraendi" con el contenido de la hipoteca ha dicho:

*"...el contenido del derecho de hipoteca consiste básicamente en el poder de promover la enajenación del inmueble (ius distraendi) sino se cumple la obligación asegurada..."*¹⁰

Se debe, sin embargo, rechazar estas concepciones pues resultan erradas. El efecto del "ius distraendi" no deviene del derecho hipotecario sino que es una facultad propia de la obligación principal, cuando habiéndose vencido no hubo pago del deudor (y sólo en tal caso

9. ROCA SASTRE (Ramón María), **Derecho Hipotecario**, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 5ª edición, T. IV, 1954, p. 63.

10. ALBALADEJO (Manuel), **Derecho Civil**, Barcelona, Librería Bosch, 2ª edición, volumen segundo, 1977, p. 293.

se dará). Claro está que es la hipoteca por la que existe un bien reservado en su valor económico que puede realizarse en pago; pero el decir que la hipoteca hace tal conservación y reserva no implica decir que el derecho de embargar y vender el bien devienen de ella (la reserva de valores actual: el *"ius distraendi"*, potencial).

Es necesario recordar que la potestad de un acreedor en dirigirse contra el patrimonio de su deudor para hacerse pago ante incumplimiento es norma típica de derecho civil; cuando el acreedor hipotecario acciona la ejecución contra un bien de su deudor que ha sido hipotecado no hace más que aplicar esta norma: la única diferencia estriba en que en este caso se reservó un bien particular del patrimonio del deudor.

Albaladejo, con mucha propiedad, ha dicho:

*"...el poder y facultades que el derecho real de garantía otorga al acreedor garantizado, son aparte, es decir además de las que normalmente le corresponden por su derecho de crédito contra el deudor". **

Como se ve, tal potestad deriva siempre de la obligación principal pues cómo se va a explicar que un acreedor común dirija su acción contra el patrimonio del deudor, ejercita el *"ius distraendi"* y, sin embargo, no hay hipoteca alguna.

En ambos casos, lo que en realidad, permite obtener un embargo y venta del bien no es la hipoteca sino la calidad del acreedor. El *"ius distraendi"* deriva, en verdad, un crédito de cualquier acreedor que ha resultado impagado. Tal vez la gran diferencia es que en la hipoteca el bien afecto puede ser embargado y vendido aun cuando esté en terceras manos.

Otro argumento con el que puede desecharse la idea que esta facultad es producto de la hipoteca es el siguiente: si la hipoteca no da ninguna ventaja pecuniaria el acreedor por el hecho de ser tal, no se puede pensar que ella por sí puede darle facultades mayores a este titular como son las de embargar y vender el bien hipotecado; el crédito sí puede proporcionarlas, no así la hipoteca. No cabe duda que el acreedor hipotecario está más seguro de recobrar lo debido si se mantiene un bien hipotecado (reservado su valor a la eventualidad de un impago) pero ello no excluye que, como acreedor que es, recurra contra otros bienes si aquél resultara insuficiente.

2. *"Ius Preferendi"* y *"Ius Perseguendi"*

Respecto de estos efectos, que la Teoría Clásica asigna a la hipoteca (vista en su sola fase ejecutiva), también existe confusión. Cuando los autores de esta corriente hablan de "acción hipotecaria" lo están haciendo del derecho de cobrar que tiene todo acreedor (salvando, lógicamente, el mayor margen de seguridad que se dé de la hipoteca).

¿Qué pretende el acreedor hipotecario con aquella acción sino que le paguen la deuda? Por esa razón se debe sostener que no es posible recibir el pago sino el crédito mismo.

Piénsese que, en realidad, cuando el titular hipotecario ejercita su "acción hipotecaria" no está más que ejercitando el derecho personal de crédito y no un derecho real.

Tanto la doctrina como la legislación han caído en aquella confusión, pues hablan de preferencia y persecución en el cobro, entrelazando contenidos de dos diversos derechos: el derecho real de hipoteca y del derecho personal.

SECCIÓN II: Carácter protector de la preferencia y la persecución.

A- La preferencia y la persecución como efectos de la hipoteca

Para que la hipoteca sea un derecho completo necesita contar con los derechos de preferencia y persecución que se ubican (desde la constitución de la hipoteca) como protectores ante las relaciones verticales y horizontales de ella con otros derechos. Por eso es que no puede confundirse un efecto ejecutivo, como es el cobro, dentro de la fase de impago de la deuda, con los efectos de persecución y preferencia como lo hizo la doctrina clásica.

La preferencia y persecución van a tener una base común como es el crédito, pues lo que se viene a ejercer es el cobro (que, lógicamente, viene del poder originado en la obligación).

Por ello es que la Teoría Clásica hace de la hipoteca una mera cualidad de crédito pues no ven exteriorizada la hipoteca sino al momento en que el crédito está vencido, y se ejercita "la acción hipotecaria" exigiendo el pago del débito. Y sólo ahí, creen aquéllos autores, es que se dan tales efectos de persecución y preferencia.

Dentro de una conceptualización de hipoteca como la que se sostiene en este trabajo tales efectos pasan a ser lo que, en realidad, en buena técnica jurídica, deben ser: protectores de la vinculación que hace la hipoteca del valor económico de un bien con el propósito de embargar y vender para hacerse pago el acreedor sobre el crédito vencido y no pagado.

B- Nacimiento de los efectos de preferencia y persecución

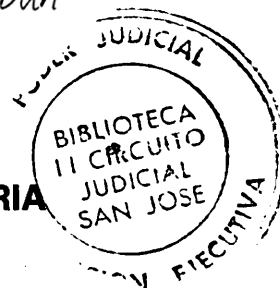
Los efectos de preferencia y persecución nacen con existencia propia desde la constitución de la garantía hipotecaria. Es precisamente por esta razón que esa vinculación se

hace valer así: acreedores hipotecarios posteriores o quirografarios tienen derechos secundarios y no importa en manos de quien está el bien hipotecado. Tales efectos de preferencia y persecución se han de producir en todo el período de existencia de la hipoteca y no como pretenden los clásicos, en la sola fase de ejecución de la garantía. Todo ello equivale a decir que aun en el caso de constitución de hipoteca sobre crédito eventual tales efectos se han de producir pues no es necesario para que ello suceda intervención alguna del crédito.

Estos dos efectos se han de manifestar con más o menos notoriedad según la fase de la hipoteca que se manifiesten: así, esa exteriorización es menor en la fase que algunos autores han llamado "la fase dormida" de la hipoteca (que, por conveniencia de exposición, se indicará desde la constitución de la garantía hasta el momento antes en que el crédito está vencido y es exigible). Será más evidente, por el contrario, cuando se entra en la "*fase despierta*" de vida de la hipoteca con lo que se hace referencia al momento en que, siendo el crédito vencido y por ello exigible, se hace ejecutiva la hipoteca. En este momento van a actuar dos derechos sobre el bien hipotecado: el derecho de hipoteca y el derecho personal de crédito. El primero actúa en esa fase por cuanto ha reservado y mantenido el valor económico del bien dado en garantía, pudiendo ser atacado con embargo y la venta judicial para que de su resultado sea satisfecho el crédito impagado.

El acreedor hipotecario hará recaer ejecución sobre el bien hipotecado cualquiera sea las manos en que él se encuentre.

Ese actuar de dos derechos, como se apuntó, en esta fase, es lo que en su concepto técnico jurídico, se llama "crédito hipotecario" que es el que dá al acreedor el derecho de ejercer todas aquellas facultades.



CAPÍTULO IV. AUTONOMÍA DE CESIÓN HIPOTECARIA

SECCIÓN I. Discusión Doctrinal.

A- Negación absoluta a la cesión hipotecaria

Los autores clásicos consecuentes con su doctrina rechazan de modo absoluto toda posibilidad de ceder una hipoteca. Siendo ella un accesorio del derecho principal no puede pensarse en que aquélla por sí sola pueda pasar a servir otro crédito.

Cossio ha dicho:

"...no es posible ceder el crédito con independencia de la hipoteca, ni la hipoteca con independencia del crédito".¹¹

B- Admisión de la cesión hipotecaria

La hipoteca es un derecho, un derecho real de garantía, diferente al derecho personal de crédito y por ello susceptible de transmisión separada de éste.

Puig Peña sostiene:

"El derecho real de hipoteca [...] puede de perfectamente transmitirse [...] igual que cualquier derecho de naturaleza ordinaria".

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, estos autores no van a desligar del todo a la hipoteca del crédito originalmente garantizado pues indican que la extinción del crédito original necesariamente ha de provocar la de la hipoteca transmitida, lo cual hace criticable esta posición. Lógico sería que una vez que la hipoteca pase a garantizar un nuevo crédito

dependa de su suerte extintiva de él pero no del originalmente garantido. O sea, si finalísticamente la hipoteca es accesorio de un crédito, tal carácter se mantendrá para con el nuevo crédito, lo que debería ser la extinción de éste el único que decidirá la de la garantía. Además, aquélla errada concepción va a provocar un perjuicio económico al cesionario de la hipoteca al depender ésta siempre de su crédito de origen al llegar a ser una garantía en extremo pobre y su crédito de todo inseguro.

Como se ve el crédito de éste podría desaparecer con el solo pago que hiciera el deudor de la obligación originalmente garantida.

Así pues estos autores después de proclamar la posibilidad de cesión de la hipoteca echan al suelo todo al agregar que, sin embargo, la extinción del primero determinará la suerte de la garantía cedida.

Sin embargo, tal posición es satisfactoria: la vida y existencia del crédito original es algo que está fuera de la hipoteca cedida.

Todo esto hace que siga considerándose a la hipoteca una mera cualidad del crédito, pues, aun cuando se admite la cesión de ella, su dependencia del antiguo crédito no desaparece.

C- Crítica

Grandes contradicciones y muy distintos puntos de enfoque se han dado doctrinalmente alrededor del problema de la transmisión de la hipoteca. Ha sido la realidad y la práctica las que han dado solución a los muy variados matices que dicho problema plantea.

11. COSSIO *Op. cit.*, p. 683.

Los hermanos *Mazeaud* sostienen:

*"Las convenciones relativas a la transmisión de la hipoteca por vía principal se originaron en los usos de los prácticos, singularmente a propósito de la hipoteca legal de la mujer casada". **

Por su parte el Código Civil costarricense no hace mención alguna respecto a este punto; lo cual denota por un lado falta de elaboración doctrinal y, por otro, que la práctica aún está rigiendo esta operación hipotecaria.

Como se indicó arriba la doctrina costarricense ha hecho caso omiso sobre este punto. Así, don Alberto Brenes, tan pegado en el comentario de la legislación costarricense, tampoco lo hace.

En el mismo sentido la jurisprudencia nacional (tanto registral, como de los Tribunales de Justicia y la Sala de Casación) es omisa en este punto. La práctica ha solucionado tales omisiones mediante los mecanismos de cancelación y nueva constitución hipotecaria o por medio del contrato de cesión (cediéndose el crédito con el gravámen hipotecario), lo cual sí es posible conforme a la legislación costarricense.

SECCIÓN I. Transmisión Hipotecaria Autónoma al Crédito Original.

A- Posición adoptada : cuestionamiento

Dada la concepción que de la hipoteca se tiene puede ésta ser transmitida con absoluta independencia del crédito original. Tal cesión, claro es, estará supeditada a una serie de requisitos, como es que tal transmisión deba hacerse necesariamente a favor de un acreedor del mismo deudor hipotecario. Siendo el derecho hipotecario un derecho real con existencia y funcionamiento propio con respecto al crédito, él irá a afectar la vinculación y mantenimiento del valor económico del bien hipotecado para que en caso de impago del crédito sea vendido judicialmente tal bien y con su precio satisfacer el crédito vendido.

Es la hipoteca un derecho completo que desde que nace ha de dar a su titular una serie de poderes y facultades para hacer efectiva la garantía constituida, así como proporciona, también, al ser tal, la facultad (siendo un derecho completo) de ser transmitida a un acreedor del mismo deudor.

Se va a necesitar para que todo este cuadro conceptual resulte, en cuanto a la finalidad de la hipoteca, que tal transmisión cumpla una serie de requisitos y condiciones que no perju-

diquen al deudor hipotecario beneficiando al cesionario del derecho hipotecario.

B- Mecanismo de Transmisión³⁶

1. Condiciones de Transmisibilidad

Cuando se habla de transmisión de la hipoteca no es suficiente referirse a la transmisión de ella aislada del crédito garantizado originalmente, sino que es necesario ver el gran interés de fondo, cual es el de encontrar a aquélla garantizando un nuevo crédito, y por ello se debe estudiar también el derecho principal, el cual será el beneficiado de la garantía transmitida. La transmisión de la hipoteca independientemente al crédito, debe realizarse sin causar perjuicios económicos para el poseedor del bien hipotecado ni respecto a otros acreedores (quirografarios o hipotecarios) con derechos reales sobre tal.

Las condiciones y requisitos básicos de transmisibilidad de la hipoteca son:

- a) El cesionario deberá ser, necesariamente, acreedor del mismo deudor. Esta es una condición "*sine qua nom*" para la cesión hipotecaria.

- b) La transmisión debe hacer hasta el límite de la vinculación económica en que se encuentra el bien hipotecado y hasta el que pueda llegar el nuevo crédito porque de lo contrario, traería perjuicios económicos tanto al poseedor del bien hipotecado, como respecto a demás titulares con derechos reales sobre ese bien.

El nuevo crédito no puede ser más alto en su monto de lo que fue el crédito original.

- c) No puede transmitirse una hipoteca aislada cuando la obligación que viene a garantizarse tiene fecha de vencimiento posterior al del crédito original.

Efectos

Como es lógico, el efecto capital en la cesión hipotecaria será, necesariamente el de "trasladar", "traspasar" el derecho hipotecario de un titular acreedor a otro del mismo deudor, correspondiéndole a ese acreedor todos los poderes y sujeciones que implica aquella garantía.

El pago y los otros motivos de extinción que se realicen sobre ese crédito anterior en nada beneficiará o perjudicará al actual, estando la hipoteca funcionando sólo en razón de este último: así se produjese algún motivo de extinción del nuevo crédito sí se daría necesariamente la extinción de la hipoteca.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



DESDE UN PUNTO DE VISTA CUALITATIVO Y CUANTITATIVO ¿SE PUEDE HABLAR DE UN DERECHO BANCARIO AUTÓNOMO O NO?

LIC. ROGER BRAVO ÁLVAREZ

UBICACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Sobre este tema y antes de desarrollarlo es necesario precisar algunos conceptos que se desglosan del presente cuestionamiento para tratar de brindar una respuesta adecuada al mismo. En primer lugar procedemos a dividir el cuestionamiento bajo los siguientes puntos:

1. ¿Qué se entiende por derecho bancario?, ¿Será una rama autónoma o al contrario, parte de alguna otra materia o rama del derecho?;
2. ¿Qué se entiende por autonomía?, ¿Representa la autonomía un sólo concepto o bien es susceptible de analizarse
3. ¿Qué podría entenderse por autonomía cualitativa? y, dentro de este cuestionamiento, ¿qué significa cualitativo?;
4. ¿Qué se entiende por autonomía cuantitativa? y, dentro de este cuestionamiento, ¿qué se entiende por cuantitativo? y;
5. ¿Serán suficientes los criterios cualitativos y cuantitativos de un derecho bancario para considerar y determinar su autonomía?

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Antes de abordar estos cuestionamientos, necesarios para responder el tema principal de esta investigación, es necesario indicar que la doctrina especializada aún no es clara en cuanto a la conceptualización e independencia del llamado derecho bancario, aunque si es

conteste en cuanto a la trayectoria histórica del comercio y de la banca, que se supone empezó no lejos de las orillas del mar Mediterráneo en la antigua Babilonia que desarrollo la primera civilización comercial dos mil años del nacimiento de Cristo, hasta llegar a la edad

moderna que es en donde por primera vez se conciben los principios de la llamada Banca Moderna, habiendo atravesado por un sin número de usos y costumbres relacionados entre sí y determinantes de una actividad específica dentro de otra gran actividad conocida como comercio. Tenemos a una Italia, antes del descubrimiento de América, conocida modernamente, como la madre de la banca occidental; a un Mediterráneo considerado como el principal camino y puente entre los barcos de carga, a las ciudades de la península convertidas en el centro de las negociaciones marítimo-comerciales y, a un grupo de gentes necesitados de una banca, de tal suerte, que ello hace surgir la concepción de un fondo de capital social para ser utilizado entre los comerciantes. Aparece pues, el concepto de banco, que aunque se tenga noticia de que el primero de ellos fue el fundado en el año de 1157, denominado el Banco de Venecia, organizado con el fin único de asumir la deuda pública creada por Venecia para financiar sus guerras, no es sino hasta la edad moderna en que encontramos trazos con los Médicis y otros de una concepción de banco al estilo actual.

El origen de la palabra BANCO se encuentra en el vocablo alemán denominado BANCK que era el término utilizado por los alemanes para referirse a un fondo de capital social que significa un montón o montículo. Fueron los italianos los que convirtieron este término en la palabra banco utilizándola para denotar una acumulación de capital o dinero. Banco de Venecia significaba literalmente Fondos de Capital Social de Venecia. Por su parte la versión Italiana de la palabra banco está fundamentada en su vocablo banco que significaba banco de madera o banco de carpintero y se asegura que en esta clase de bancos los comerciantes judíos realizaban sus operaciones financieras en Lombardia hace ya varios años. A título ilustrativo la palabra bancarrota se remonta a la práctica de romper el banco de alguno de estos comerciantes imposibilitado para cancelar sus obligaciones.

Luego de estas palabras de corte introductorio lleguemos al punto concreto partiendo del análisis de lo qué es la función bancaria para luego detallar qué se entiende por derecho bancario.

DERECHO BANCARIO

Se dice que por Banco "entendemos aquella entidad financiera que se dedica a realizar operaciones propias de banca. Los bancos son siempre personas jurídicas, o sea, la actividad bancaria la ejercen personas jurídicas. Así diremos que los bancos son personas jurídicas que llevan a cabo la actividad bancaria. Lógicamente, tal actividad la ejercen los bancos, a través de los banqueros, que son

personas físicas que se dedican, a través de los bancos, a ejercer la actividad bancaria"¹. Entonces, entendido ello, la función de la banca será la de "actuar como intermediaria en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y redistribuyéndolos luego en operaciones de crédito, en favor de quienes requieren del auxilio del capital para producir"². Arcangelli considera que la

1. Codera Martín. José M. Diccionario de Derecho Mercantil. Segunda. Pirámide. Madrid. 1982, pág. 52. Citado por Jiménez Sandoval, Humberto. Derecho Bancario. EUNED. San José. 1986, pág. 23. Véase también Villegas, Carlos. Régimen Legal de Bancos. Segunda. Depalma. Buenos Aires. 1978, págs. 50 y sigs. De Camargo, Vidal Gerardo. Derecho Bancario. ¿Un capítulo del Derecho Económico? en Revista Felaban. Edición especial auspiciada por el Banco de la Nación Argentina. Ediciones Kelly. Bogotá. 1981, pág. 320.
2. León León, Rodolfo. Naturaleza de la intermediación en el mercado de dinero en Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina, Porrúa, México, 1984, pág. 500.

función "bancaria se caracteriza jurídicamente por ser la adquisición de capitales a crédito, con la intención de enajenarlos nuevamente"³. Por su parte la comisión de evaluación del sistema bancario nacional considera a la actividad bancaria "como la captación, administración y distribución del dinero, que significa el aparato circulatorio del mayor contingente de recursos financieros del país... determina en gran medida el encausamiento de los esfuerzos y las actividades económicas y productivas de los comerciantes y, posteriormente nos dicen que la función de los bancos, como intermediarios financieros, consiste en captar recursos del público que dispone de ahorros, para canalizarlos hacia programas de desarrollo, o simplemente hacia el crédito"⁴.

Ahora bien, ¿qué entendemos por derecho bancario? Señala al efecto Rodríguez Rodríguez que derecho bancario es el sistema de normas jurídicas relativas a las instituciones de crédito y a sus operaciones (materia bancaria)⁵. Por su parte Broseta Pont escribe que el derecho bancario puede definirse como el conjunto de normas —de derecho público y privado— que regulan a los bancos y a su actividad económica y, escribe luego, que al Derecho Mercantil sólo interesa el régimen jurídico-privado de los bancos y de sus operaciones cuya pertenencia a esta disciplina se fundamenta en el dato formal de que los contratos bancarios son actos de comercio y, por el dato real de que todos ellos son contratos de empresa, es decir, negocios jurídicos de los que se sirve la empresa ban-

caria para explotar con terceros su actividad económica⁶. ¿A qué obedece esta posición de Broseta Pont y por qué se habla entonces de un derecho bancario?, quizá Rodríguez Rodríguez nos brinda una respuesta satisfactoria cuando escribe: "La razón de la existencia del derecho bancario debe buscarse en la insuficiencia de la legislación mercantil común para regular las nuevas operaciones que han surgido de la práctica, así como de su impotencia para proteger al público y a la economía colectiva contra los abusos y riesgos de los bancos"⁷ y, luego agrega: "No puede decirse que el derecho bancario sea un sistema autónomo frente al derecho mercantil, sino que sólo puede hablarse de derecho bancario con el mismo alcance que de derecho cambiario, derecho de quiebras, derecho de sociedades 'derecho bursátil', etc.; es decir, para marcar la existencia de un amplio apartado en el conjunto sistemático de normas de derecho mercantil. El derecho bancario es, pues, una rama del derecho mercantil"⁸. Podría decirse, una rama especializada del derecho mercantil. Pero ¿cuál es el fundamento de ello, cuál es la base que permite esta afirmación de dependencia y de especialidad frente al derecho comercial? Véase al efecto la posición y quizá respuesta que señala Broseta Pont cuando escribe: "Si el derecho mercantil es el que regula el estatuto jurídico-privado del empresario y la actividad externa que éste realiza por medio de una empresa, es fácilmente comprensible que en él debamos ocuparnos de los bancos y de los contratos por los que éstos desarrollan su actividad económica. Porque los Bancos son

3. Citado por León León, Rodolfo. *Op. cit.*, pág. 501.

4. Informe de la comisión de Evaluación del Sistema Bancario Nacional. Texto poligrafiado. Tomo I, pág. 16.

5. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Decimocuarta. Tomo II. Porrúa S.A. México, 1979, págs. 53 y sigs.

6. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Tercera. Tecnos, S.A. Madrid. 1978, pág. 443 y sigs.

7. Rodríguez Rodríguez. *Op. cit.*

8. *Ibid.*

empresarios mercantiles constituidos en forma de sociedad anónima... y son mercantiles los contratos de los que se sirven para relacionarse con sus clientes. La gran importancia económica de los bancos y de su función, ha determinado que se encuentran sometidos a un régimen de autorizaciones, de control administrativo y de condiciones imperativas de contratación que han generado la aparición de un estatuto jurídico-público para la Banca privada, al lado del estatuto privado que les corresponde por su condición de empresarios mercantiles"⁹.

También ha escrito De Camargo que el derecho bancario es la disciplina jurídica trazada para presidir la utilización de la moneda y el crédito y la organización de las instituciones que responden a su flujo, los bancos¹⁰. También señala que el derecho bancario es "la rama del derecho que cuida de la disciplina jurídica de la moneda y el crédito, haciéndose objetivo a los que toman la moneda y el crédito como objeto de sus negocios"¹¹. Por su parte Garrigues expresa que "derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la actividad de los bancos. Esta actividad tiene un sujeto actor y, desde un punto de vista jurídico consiste en el establecimiento de relaciones patrimoniales con otros sujetos mediante la conclusión de contratos"¹². Con esta definición se destacan dentro del concepto del derecho bancario dos tipos de normas, las normas de derecho público y las normas de derecho priva-

do, ambas dentro de la concepción doctrinaria de derecho bancario. Así se dice que las normas de derecho público afectan a la institución bancaria y las segundas (las privadas) se dirigen o regulan la actividad misma desarrollada por el Banco. A las primeras les corresponde el estudio del concepto jurídico de banco y el ejercicio de la profesión de banquero y, a las segundas, el estudio de las operaciones bancarias, las cuales se traducen en contratos privados verificados entre el banco y sus clientes. **Así pues derecho bancario será el conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y financiera en general referida tanto a sus relaciones con el Estado como con los particulares.** El primer grupo de relaciones será regulado por el derecho público y el segundo por el derecho privado. A esto debemos agregar para efectos de pasar al segundo punto de esta investigación acordado a priori, la definición de derecho bancario de Abrao que escribe que el derecho bancario es la rama "del derecho comercial que regula las operaciones de los bancos y las actividades de ellos, que practican con carácter profesional"¹³. Entonces, ¿será el derecho bancario parte del derecho público o del derecho privado?, o bien, ¿será una rama autónoma del derecho? Analicemos dos criterios doctrinales relacionados con lo público y lo privado del derecho bancario para luego abordar el tema de la autonomía como una tercera solución frente a la concepción integral del llamado derecho bancario.

9. Broseta Pont. *Op. cit.*

10. De Camargo. *Op. cit.*, pág. 320.

11. *Ibid.*

12. Garrigues, Joaquín. *Contratos Bancarios*. Segunda. Porrúa, México, 1975. pág. 1 y sigs.

13. Abrao, Nelson. *Curso de direito bancario*. Sao Paulo, 1982, pág. 2.

DERECHO BANCARIO Y AUTONOMÍA

Villegas estima que el derecho bancario es derecho público y de allí que el régimen que regula la actividad sea de derecho público, donde el Estado establece normas de subordinación a las que deberán ajustarse las entidades y las personas físicas que actúan en el mercado financiero¹⁴.

Broseta Pont considera que el derecho bancario contiene normas de derecho público y de derecho privado. Al efecto escribe: "La gran importancia económica de los bancos y de su función, ha determinado que se encuentren sometidos a un régimen de autorizaciones, de control administrativo y de condiciones imperativas de contratación que han generado la aparición de un estatuto jurídico público para la banca privada, al lado del estatuto privado que les corresponde por su condición de empresarios mercantiles. Es por ello por lo que el derecho bancario puede definirse como el conjunto de normas (de derecho público y privado) que regulan a los bancos y su actividad económica"¹⁵.

De acuerdo a esta visión del contenido del derecho bancario para referirse a él como una rama del derecho público o bien, del derecho privado, encontramos que se trata de un concepto mixto en el que participan normas de contenido ius publicista y normas de contenido ius privatista, ambas armónicamente unidas bajo un mismo concepto integral de la materia bancaria en general, relacionadas tanto hacia el instituto bancario como tal, como hacia las actividades de este para con terceras personas llamadas clientes. De aquí entonces es de

donde se ha partido, doctrinariamente, para llegar a pensar que este derecho, denominado BANCARIO, podría ser o llegarse a convertir en una rama autónoma, separable de su tronco común y capaz de integrar su especialidad dentro un único concepto conocido como la actividad bancaria que sería, adelantando, una especie de denominador común de toda la materia bancaria. Aunque la discusión aún continúa, siempre ubicada bajo la permanencia de esta materia al área pública o bien a la privada y dentro de ésta, al derecho mercantil, existen otras posiciones que buscan otorgarle a este derecho autonomía frente al derecho comercial aceptando como un concepto uniforme la reciprocidad participativo-integral público-privada de normas mixtas dentro del concepto del derecho bancario. Así por ejemplo escribe Jiménez que en el derecho bancario se da "un entrecruzamiento entre el derecho mercantil y el derecho administrativo, con una dosis de economía García de Enterría... al comentar casos similares y el de la banca estatal en España nos comentan que como resultado de esas situaciones: ... hoy parece imposible separar con claridad grandes bloques de actividades, unas sometidas al derecho administrativo y otras al derecho privado. Ambos derechos, se entrecruzan inexplicablemente en cualquier acto de la administración pública, por lo que dentro del mismo acto unos elementos pueden estar sometidos al derecho administrativo y otros al derecho privado"...¹⁶.

En resumen, estamos frente a un derecho integral, que busca, por la especialidad de su materia, una línea uniforme de aplicación e

14. Villegas, Carlos. Régimen Legal de Bancos. Segunda. Depalma. Buenos Aires. 1978, pág. 42.

15. Broseta Pont. *Op. cit.*

16. Jiménez Sandoval. *Op. cit.*, pág. 32.

integración que le permita alcanzar un determinado grado de organicidad y de uniformidad frente a otras ramas del derecho y frente a diversas áreas del mismo, presentándose con criterios delimitadores de su contenido y con una proyección unitaria y clara dentro del ámbito genérico-específico de las ciencias jurídicas. De esta forma nos preguntamos ahora ¿será autónomo el derecho bancario o no? Partamos para ello, es decir, para su análisis, de ver ¿qué se entiende por autonomía?

"Los griegos llamaban 'autonomía' a los Estados que se gobernaban por sus propias leyes y no estaban sometidos a ningún poder extranjero. Este es el verdadero significado de la palabra, según el cual autonomía equivale a independencia..."¹⁷. No obstante ello y desde una perspectiva jurídica no podemos considerar la autonomía como un criterio absoluto, es decir, desligado completamente de cualquier otra rama del derecho, por cuanto cualquier rama de éste, aunque sea considerada autónoma, dentro de sus mismas fuentes acepta el recurrir hacia otras áreas del mismo derecho y aún metajurídicas para integrar y resolver problemas y lagunas propios de su misma materia y contenido existente y aún inexistente. Con relación al derecho bancario es un hecho generalizado que el mismo constituye y ha sido considerado como una rama del derecho destinada al estudio y análisis de los principios y normas que rigen la actividad bancaria. Y, dentro de ese orden, la doctrina partiendo de esta premisa de aceptación como parte de las ciencias jurídicas se ha abocado al estudio de su autonomía frente a otras ramas del derecho, algunos autores admitiéndola con ciertas reservas, otros aceptándola sin reservas y otros, por supuesto, negándole todo tipo de autonomía frente a otras materias

del derecho. Para ello, es decir, para su consideración de autónoma o no, partimos de un enfoque dado por Fonrouge que dice: ... Empero, antes de entrar en materia y para evitar equívocos, es necesario especificar la significación que debe asignarse al vocablo autonomía. Desde luego que no significa la creación de comportamientos estancos, pues ninguna rama de las ciencias jurídicas puede bastarse a sí misma, ya que entre todas hay un "vínculo material, una relación de parentesco, que deriva del origen común", de manera tal que "la autonomía de una rama del derecho no puede destruir y ni siquiera lesionar el concepto unitario del derecho". Ahora, más que nunca, es palpable la interconexión entre las distintas disciplinas y bastaría para demostrarlo la desintegración operada en el derecho civil, su unificación parcial o total con el comercial —código italiano de 1942; código suizo de las obligaciones—. la aparición del derecho laboral... "Ni siquiera el derecho civil que es el más completo y evolucionado, es totalmente autárquico"...¹⁸. Así pues se dice que una rama del derecho tiene autonomía cuando cuenta con principios peculiares y excepcionales frente a otras ramas, de modo que pueda considerársela científicamente independiente. También cuando existe autonomía legislativa, en el sentido de que sus leyes constituyan una unidad o cuerpo separado y orgánico y, finalmente se requiere de una autonomía didáctica en cuanto a que el estudio de ésta constituya un campo diferenciado de especulación y enseñanza. Desde esta perspectiva existen pues tres clases de autonomías o bien, una triple condición autónoma, como la llaman algunos autores. Una autonomía científica, que se refiere a la posibilidad de que el derecho bancario sea considerado como una ciencia jurídica autónoma por basarse sus

17. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. A. Driskill S.A. Buenos Aires. 1979. Pág. 961.

18. Fonrouge Giuliani, Carlos M. Derecho Financiero. Tercera. Depalma. Buenos Aires, 1978, págs. 30-31. Véase dentro del mismo texto D'Amelio. L'autonomia dei diritti - in particolare del diritto finanziario - nell'unità del diritto, (en "Riv. Dir. Fin.", 1941-I ps. 1 y s).

normas en principios peculiares y elegir un método especial. Una autonomía legislativa que representa la necesidad o quizá sólo la conveniencia práctica de reunir en un sólo corpus todas las normas atinentes al derecho bancario y; una autonomía didáctica en el mismo sentido de necesidad o unidad de la enseñanza especializada del derecho bancario dentro de los planes de estudio del derecho. Se ha hablado también de una autonomía jurisdiccional aludiendo a la conveniencia de la existencia de una jurisdicción especial para debatir y resolver a través de ella los litigios y las cuestiones que puedan llegar a suscitarse entre los mismos bancos y entre los bancos y sus clientes, en general, dentro de toda la actividad bancaria¹⁹.

A título de ejemplo ilustrativo D'Amelio "ha señalado con elocuencia la similitud entre el proceso hacia la autonomía de las ramas del derecho y el que se produce en las células vegetales, actuando en el primero circunstancias sociales, políticas, económicas e históricas. El nuevo sistema jurídico, llegado a un grado de madurez, se desprende del originario también por escisiparidad; se torna autónomo y vive junto a la célula madre, luego de haber vivido en su seno. Pero, desde luego, para que la segregación sea una realidad, para que el nuevo organismo adquiera vida independiente, no basta que represente excepciones y derogaciones al derecho preexistente: es menester que disponga de principios generales propios; ellos constituyen las líneas arquitectónicas del nuevo derecho"²⁰. Dice Fonrouge, "He aquí, pues, el concepto de autonomía: una rama del derecho que disponga de principios generales propios y que actúe coordinadamente, en permanente conexión e interdependencia, con las demás disciplinas, como

integrantes de un todo orgánico (unidad del derecho)"²¹.

En resumen, **ello se entiende por autonomía en materia jurídico-clásica, una rama del derecho, cualquiera que sea, será autónoma en la medida en que disponga (que tenga) principios generales propios que le permitan a toda esa materia regulada bajo el marco de una actividad específico-uniforme, actuar en forma coordinada, orgánica e interdependiente con relación a las otras ramas del derecho.** Ahora bien, apliquemos este criterio conceptual al derecho bancario, ¿será autónoma el derecho bancario dentro de esta concepción de autonomía o no?

Pues no, no será autónomo dentro de esta concepción clásico-unitaria por cuanto carece de los principios generales necesarios que lo doten de integración sistemática, orgánica y uniforme dentro de un concepto unitario e independiente frente a otras ramas del derecho. Se trata esta visión pues, de una tesis clásica en la medida en que no admite otra clase de análisis de la materia que la única de referirse a la existencia de los afamados principios generales. Sin éstos, no hay autonomía. De allí que la doctrina jurídica tratando de apartarse de este concepto clásico, haya recurrido a la clasificación de la autonomía desde diversos focos, por ejemplo, bajo el marco de la tesis doctrinaria de la triple condición (autonomía científica, legislativa y didáctica) y considerando que la autonomía debe ser relativa y no absoluta, podríamos decir que el derecho bancario goza de toda una serie de características y caracteres que indudablemente le imprimen especialidad al mismo frente a otras ramas del derecho, véase la referencia histórica que del mismo se tiene, cuenta

19. Ballarín Marcial, Alberto. Derecho Agrario. La Constitución de 1978 y la Agricultura. Segunda. Editorial Revista de Derecho Privado. 1978, pág. 342.

20. Fonrouge *op. cit.*, pág. 31.

21. *Ibid.*

con su propia categoría histórica, cuenta con sus propias prácticas, usos y costumbres que en algún momento histórico determinaron su propia ley mercatoria, en sentido figurativo, frente a otros derechos de su mismo tronco común, el mismo carácter mixto de su conceptualización (público y privado) lo hace especial y le brinda una característica particular, de la cual derivan principios peculiares fundados precisamente en el predominio del interés general, como lo son, por ejemplo, la limitación de la autonomía de las partes al momento de contratar con los bancos o bien, la obligatoriedad de ciertos comportamientos impuestos por la autoridad pública. Estas cosas, lo hacen especial, le brindan un objeto específico, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo y lo hacen uniforme dentro de su misma actividad. Y de allí que la doctrina se haya separado, un línea de pensamiento dirigida a considerarlo como autónoma frente a otros derechos, basada en esta triple condición, que sostiene que el derecho bancario es autónomo desde el punto de vista científico, legislativo y didáctico por cuanto no sólo guarda una especialidad en cuanto a su objeto, lo cual lo hace autónomo desde una perspectiva cualitativa, sino que también por la masticación de sus operaciones que lo dotan de una particularidad cuantitativa frente a otras ramas del derecho y, otra línea de pensamiento que lo considera simplemente como una parte especial, no autónoma, del derecho comercial unos y, del derecho administrativo, otros. Así por ejemplo y para retomarlo nuevamente véase lo escrito por Rodríguez cuando escribe que "...no puede decirse que el derecho bancario sea un sistema autónomo frente al derecho mercantil, sino que sólo puede hablarse de derecho bancario con el mismo alcance que de derecho cambiario,

derecho de quiebras, derecho de sociedades, etc. es decir, para marcar la existencia de un amplio apartado en el conjunto sistemático de normas de derecho mercantil"²². Igualmente ha escrito el mismo autor en otra de sus obras que "el derecho bancario no es más que una faceta del derecho mercantil y, si este es el derecho de los actos en masa realizados por empresas, llegaremos a la conclusión de que el derecho bancario es el derecho de las empresas bancarias que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito"²³. Sigue manifestando el mismo autor que en cuanto a la mixtura de normas de derecho público y de derecho privado tampoco "ello es una particularidad del derecho bancario, sino de todo el derecho mercantil de nuestros días. Esa mezcla no define una singularidad. Por consecuencia, no puede hablarse del derecho bancario, sino con el mismo alcance que se da a las expresiones ... derecho de sucesiones, derecho de familia ... es decir, marcar la existencia de un amplio apartado, en el conjunto sistemático del derecho civil o del derecho mercantil"²⁴. En el mismo orden escribe Rodríguez Azuero cuando expone que el "derecho bancario no puede considerarse como una parte autónoma del derecho, en el sentido que sus principios resulten tan peculiares y excepcionales frente a otras ramas, que pueda considerárselo científicamente como independiente. Porque bajo el acápite de derecho bancario se estudia todo un conjunto de normas que tocan con varias ramas del derecho y que se agrupan simplemente, desde el punto de vista académico o didáctico, para analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control"²⁵. Por otra parte Jiménez manifiesta: "En nuestro país,

22. Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, pág. 54.

23. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario. Cuarta. Porrúa. 1976, págs. 1-2.

24. *Ibid.*, pág. 5.

25. Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Biblioteca Felaban-Intal. Colombia. 1977, pág. 96.

las principales leyes bancarias son las orgánicas del Banco Central y del Sistema Bancario Nacional, las cuales carecen de normas básicas que definan el ámbito del derecho bancario, sus principios, sus fuentes, la jerarquía de sus normas etc., como sí sucede con el derecho mercantil... Nuestra legislación bancaria no es un sistema que se agote en sí mismo, (con las naturales referencias y apoyos en otras ramas), sino que, y principalmente su parte privada, prácticamente depende y se sustenta en otras ramas del derecho. Así por ejemplo, tenemos que el fideicomiso está primordialmente regulado por el Código de Comercio, con escasas referencias especiales en la ley orgánica del sistema bancario nacional, la cuenta corriente bancaria y el cheque están dentro del mismo Código de Comercio y, la organización de los bancos privados, si bien regulado en la LOSBN, en la mayoría de los casos debemos remitirnos al Código de Comercio o a la ley de Asociaciones Cooperativas. Consecuentemente, mientras no exista un cuerpo de normas y principios que contengan todo lo relacionado con la actividad bancaria, de tal manera que únicamente de modo supletorio debemos acudir, como es natural, a otras ramas del derecho, debemos considerar que en Costa Rica aún no existe el derecho bancario como rama autónoma, sino que es todavía parte del Derecho administrativo y del comercial... pero, se tiende a dar ciertas situaciones que pueden llevar a considerar en un futuro al derecho bancario como autónomo"²⁶. A contrario sensu y dentro de las posiciones que podría pensarse conllevan la aceptación de una cierta autonomía del derecho bancario, tenemos la posición de Garrigues que en cierta medida le reconoce al derecho contractual bancario una cierta autonomía didáctica

y doctrinal cuando escribe que "un tratamiento autónomo del derecho bancario se justifica no sólo por la conveniencia de una mejor sistematización de la materia, sino también, y principalmente, por la necesidad de estudiar las singulares características técnicas de este derecho, que dan lugar a la creación de nuevos tipos de relaciones y de negocios jurídicos, de combinaciones contractuales nuevas que exigen un tratamiento jurídico diverso del tradicional recogido en los códigos de comercio"²⁷. Por su parte Villegas al comentar la posición de Garrigues señala que "este autor destaca que la enorme difusión y complejidad de la vida mercantil moderna ha ido provocando poco a poco un fenómeno de dislocación en el campo doctrinal del derecho mercantil, dando lugar al nacimiento de ramas autónomas, como son el derecho de seguros, el derecho cambiario, el derecho de transporte, el derecho bursátil... y el derecho bancario. Cita a Sotgia (*Dei contratti bancari*) y a Folco (*Sul concetto di diritto bancario*), al primero en cuanto sostiene que la sistematización viene impuesta y aconsejada por la gran complejidad de las relaciones bancarias y multiplicidad de las funciones ejercidas por los bancos; y al segundo en cuanto advierte que "la autonomía del derecho bancario no debe entenderse en sentido absoluto, porque no es posible distinguir tajantemente con claridad las relaciones que deben ser reguladas por él y las que deban serlo por otros derechos. Los confines entre las diversas zonas del derecho son imprecisos como la vida económica misma que el derecho regula y que se rebela a una neta separación en campos diversos" ... Estimamos que estos conceptos de Garrigues y de Folco colocan la cuestión que analizamos en su debido lugar"²⁸.

26. Jiménez Sandoval *op. cit.*, págs. 34-35.

27. Garrigues *op. cit.*, pág. 7.

28. Villegas, Carlos. Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria. Tomo I. Depalma. Buenos Aires. 1986, pág. 120.

En resumen, la doctrina se ubica en dos grandes lados, unos a favor de la autonomía, otros en contra de ésta y, un tercer grupo, a favor pero con ciertas aclaraciones previas y reser-

vas. Señalamos punto y seguido algunas características propias del derecho bancario como derecho especial.

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO BANCARIO

1. Doble carácter público y privado

En razón de su naturaleza y definición, es entendible que según su manifestación o relaciones, así será el derecho que se aplicará.

2. Prevalencia del interés público sobre el privado

Por su intervención en áreas susceptibles de afectar intereses colectivos se le concede una especial atención a la tutela de intereses generales.

3. Masividad de sus operaciones

Reviste esta característica un rasgo propio de la actividad bancaria en relación con la reiteración de actos.

4. Formalidad

Los actos realizados en la actividad bancaria, están rodeados de formas que regulan cada uno de ellos y que incide en su validez.

5. Limitación a la voluntad individual

En razón de realizar actos en forma masiva y de estar sujetos a formas predeterminadas,

usualmente el sujeto que se relaciona con la actividad bancaria debe sujetarse a condiciones también preestablecidas, la cual viene a limitar hasta cierto grado la libertad de decisión del cliente o contratante.

6. Es un derecho "profesional"

Se refiere a que la actividad bancaria es realizada por sujetos de derecho con una naturaleza jurídica y una conformación profesional en razón de la materia.

7. Aplicación tecnológica

Por la dinámica de la actividad y los grandes intereses financieros que envuelve el derecho bancario tiene introducido un grave avance de tecnología en la prestación de sus servicios.

8. Aplicación de la buena fe

Por incidir en relaciones entre una empresa prestataria del servicio y los clientes y ser una actividad de gran dinamicidad, la confianza viene a constituir un elemento primordial en las relaciones contractuales.

FUENTES DEL DERECHO BANCARIO

Para análisis de este punto debemos partir del criterio de fuente formal, de donde podríamos decir que se tienen por fuentes del derecho bancario las siguientes:

1. La ley, que vendría a definirse como aquella norma jurídica emanada del poder soberano del Estado como una regulación en el ordenamiento de las conductas de

- los ciudadanos de un determinado territorio.
2. La costumbre y los usos, que son aquella realización de actos en forma habitual por sujetos participantes en la realización de actos propios de determinada rama del derecho, en particular del derecho comercial.
 3. Principios generales del derecho, que son aquellos postulados generales y fundamentales que manifiestan formas de conducta y de pensamiento de una sociedad determinada y que, por su importancia, se integran al ordenamiento jurídico.
 4. Jurisprudencia, que aunque no esté contemplada como fuente formal en nuestro Código de Comercio (artículo 2) se dice que forma parte de las fuentes en el derecho bancario y vendría a definirse como la innovación de resoluciones judiciales en la solución de casos determinados pero que establece interpretaciones jurídicas de especial relevancia, al punto de incorporarse o integrarse al sistema jurídico como un todo y;
 5. La doctrina que se refiere a la emanación de interpretaciones y estudios realizados por juristas connotados que por su profundidad y claridad se pueden integrar al ordenamiento.

AUTONOMÍA O NO DEL DERECHO BANCARIO

Tal y como lo hemos analizado líneas atrás es un hecho determinante que el derecho bancario cuenta tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo con una especialidad típica y propia frente a otras ramas del derecho, sin embargo nos preguntamos ¿será suficiente la calidad y la cantidad de los actos realizados por el derecho bancario dentro de su giro propio para considerar con base en ello su autonomía?, obviamente que todo depende de la perspectiva con que lo observemos, de qué será lo que queremos alcanzar o lograr con su autonomía y recordemos con ocasión de ello la manifestación que alguna vez rindió el profesor Carroza refiriéndose al debate que en torno a la autonomía del derecho agrario se dio, en aquella oportunidad escribió: “¿Cuál fue el éxito de la disputa? Habiendo terminado prácticamente sin vencedores ni vencidos, tiene el mérito de esti-

mular el desarrollo de la nueva disciplina, demostrando su vitalidad y la factibilidad de su estudio científico, así como la utilidad del tratamiento al que las dos escuelas del Derecho Agrario habían comenzado a someterla”²⁹. Y con mayor tino escribe después: “Sino por otro, sólo por este resultado tan importante el tema de la autonomía no merece el olvido. Pero hay otras consideraciones que hacer a este propósito: el discurso de la autonomía siempre ha puesto de frente a los estudiosos a muchos y diversos aspectos de la materia por lo que resultan justificadas tanto la tesis antonomástica como la tesis contraria. Además –y esto es lo que más cuenta– la consideración del Derecho Agrario bajo este ángulo visual nos permite ver más nítidamente los caracteres esenciales y someterlos a un repensamiento”³⁰. Entonces, ¿a qué nos lleva esto aplicado al derecho ban-

29. Carroza, Antonio. La autonomía del derecho agrario en *Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano*. Editorial de la FIDAC. San José. 1982, págs. 35 y sigs.

30. *Ibid.*, pág. 37.

cario? En que definitivamente podemos dada la especialidad de su objeto y la masividad de sus operaciones llegar a un repensamiento o replanteamiento del tema de la autonomía del derecho bancario bajo una óptica jurídico considerativa diferente dejando de lado la tesis clásica de los principios generales y adoptando una nueva línea de pensamiento que partiría de un método distinto para llegar a considerar la autonomía de una rama del derecho en particular. Así entonces siguiendo un sistema diferente podríamos llegar a pensar que el derecho bancario podría ser autónomo tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa. En efecto, ¿cuál será esta metodología a adoptar para considerar la autonomía del derecho bancario desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa? Con acierto señala meza que debemos partir de tres premisas para abordar el tema de la autonomía; del concepto de que estamos frente a una autonomía relativa, de que los principios generales no son necesarios para sostener una tesis antonomástica y de la especialidad de la materia frente a otras, así escribe: A.-"Se debe hablar de una autonomía relativa ya que, debido a la fundamental unidad del ordenamiento jurídico y a la continuidad lógica e histórica de sus manifestaciones, la autonomía de cualquier rama del derecho debe ser juzgada como relativa. Debe hablarse de relatividad pues en varios ordenamientos jurídicos existe una dependencia aún muy acentuada del derecho agrario a otras ramas del derecho, específicamente al civil, comercial ... y más recientemente al derecho público. B.-El funda-

mento de la autonomía no puede hoy buscarse, como ha sido regla, en la existencia de los principios generales de la materia, ese método no ha dado resultados en virtud de que quienes han formulado tales principios se ven ante la inevitable realidad de que los mismos, o bien carecen de una naturaleza propiamente jurídica, o de una generalidad necesaria"³¹; para lo cual cita en resguardo de su posición al profesor Luna Serrano quien escribe: "Más parecen por su contenido, y aún por su misma formulación, desideratas que debe satisfacer la legislación agraria, o, a los más, tendencias del derecho agrario que, desde luego, sí se consolidasen en el plano normativo, podrían, al menos algunos de los señalados, convertirse en principios legislativos que verdaderos principios generales jurídicos"³². Y, C.-"La especialidad debe entenderse como referida al objeto de la normativa en examen y debe ser entendida como un presupuesto de la autonomía que aún cuando siendo necesario no sea suficiente para llegar a consolidar la autonomía del derecho agrario"³³. La especialidad debe abordarse desde varios puntos de vista de entre los cuales los más importantes son: El hecho de que el derecho especial se ha de dividir en un grupo de institutos jurídicos susceptibles de distinta consideración pero provistos de una organicidad que se nota tanto en un sistema de fuentes propias como en el hecho de encontrarse, en cada instituto especializado, la unidad del fenómeno bancario caracterizado y delineado por la actividad bancaria, hacia lo interno y hacia lo externo.

31. Meza Lazarus, Álvaro. La posesión Agraria. Alma Mater. San José, 1986, pág. 22.

32. Luna Serrano, Agustín. La formación dogmática del concepto de derecho agrario, en Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano. Editorial de la FIDAC. San José, 1982, pág. 78. Citado también por Meza Lazarus *op. cit.*, pág. 22.

33. Ballarín Marcial estima preferible el término especialidad al de autonomía, pues considera que lo que se trata de averiguar es si el Derecho Agrario es o no un *ius speciale*. Para él, el principio de especialidad se basó en un primer momento en tres aspectos: a) la especialidad del mundo rural (criterio sociológico) y del sector agrario (criterio económico), b) el dato positivo de una legislación agraria abundante, casi completa, en la que pudiera descubrirse una serie de principios o directrices básicas, lo cual le conferiría rasgos sistemáticos, y c) la dualidad *ius-comune-ius speciale* (derecho adaptado a una realidad que por ser distinta e importante exige tal adaptación). Posteriormente Ballarín desvía su atención para fundamentar la especialidad del derecho agrario en la planificación contraponiendo tal concepto al de Reforma Agraria como fundamento de la especialidad. Meza Lazarus *op. cit.*, pág. 23).

¿Entonces, cuál será el método a seguir? Con acierto escribe el profesor Carroza: "Estos insucesos aconsejan cambiar el método y buscar el fundamento de la autonomía no en los principios generales, sino al interno de los institutos jurídicos particulares (y en los relativos principios) los cuales representan la base material de toda posible construcción de su autonomía"³⁴. La teoría de los institutos más que teoría resulta "un método para el estudio del derecho... Surge a manera de conclusión y como única salida del problema planteado por la temática que se presenta con respecto a la autonomía del derecho agrario, al descubrirse que, la autonomía no se puede fundamentar en principios generales sin que sacrifiquemos toda la estructura lógico-jurídica en que se desarrolla la ciencia del derecho agrario"³⁵. En síntesis dicha teoría y en palabras de Carroza es lo siguiente: "El Derecho Agrario debe estudiarse por medio de institutos ya que ello se presta mejor que ningún otro método para una tentativa de sistematización científica del derecho agrario, o sea, a la elaboración de un sistema jurídico orgánico y autónomo, dotado de su propia normativa, con principios y consecuentemente con sus institutos propios. Sólo así, será siempre posible descubrir que los famosos principios generales en los cuales se ha justamente fundado la autonomía o la especialidad de una rama particular de la disciplina jurídica —principios que son fantasmagóricos y que se esfuman cuando se miran desde lo alto de un completo organismo del derecho (cualquiera que sea)— devienen fundamentalmente individualizables cuando son aislados dentro del instituto particular, porque lo que se pierde en latitud (se trata de principios menos generales) se gana en profundidad y concretez"³⁶.

Sobre el punto concreto, si aplicamos este método moderno para considerar la autonomía partiendo de lo particular para llegar a lo general, entonces será posible que en alguna forma podamos llegar a replantear el tema de la autonomía en el derecho bancario estableciendo bajo un mismo grupo todas las características y peculiaridades propias de este derecho, para luego de ello y, al mismo momento, unirlas bajo un mismo denominador común. Y quizá esa sea la forma más viable para los seguidores de la tesis antonomástica de esta rama del derecho de abordar el tema frente a la tesis y posición clásica de los principios generales, amparada desde el punto de vista cuantitativo-comercial en la medida en que la gran mayoría de las operaciones bancarias se nutren del derecho comercial y, en el sentido de que desde una óptica cualitativo-comercial, la actividad bancaria y su ejercicio están delineados por los principios jurídico-comerciales. Como puede verse la opinión generalizada es la de negarle autonomía al derecho bancario y, a la par de ello, a través de otro sector doctrinario-minoritario, la de otorgársela a través de la llamada triple condición autónoma, que busca por medio de la autonomía científica, didáctica y legislativa, demostrar que este derecho especializado es autónomo frente a otras ramas del derecho y frente a su mismo tronco común. En nuestro país, Costa Rica, no es muy clara la posición frente a la llamada autonomía del derecho bancario, desde una perspectiva científica podríamos aceptar que dado el manejo especializado de las operaciones bancarias, dotado de originalidad y particularidades propias, a la hora de llevarlas a la práctica, ha generado, quizá un método o, a lo sumo, un tratamiento distinto al quizá otorgado por el

34. Carroza *op. cit.*, págs. 16-25.

35. Meza Lazarus *op. cit.*, pág. 24.

36. Carroza, Antonio. Prefazione al libro *gli istituti del Diritto Agrario*. Volume primo. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. 1962. pág. III.

derecho comercial al ciertos institutos comerciales, que podría generar una metodología científica propia que nos permita pensar en una autonomía científica, sin embargo, no podemos por ahora afirmarlo con certeza. Desde un foco didáctico, es únicamente a través de los estudios de posgrado que se ha llevado a la práctica la enseñanza de un derecho bancario, debemos en consecuencia dar más tiempo a este estudio para llegar a determinar su futuro y sus consecuencias prácticas en el ejercicio académico así como en el profesional. Y, desde una visión legislativa tenemos lo siguiente. No podemos hablar de una autonomía stricto sensu del derecho bancario, pero si podemos hablar, al menos textualmente, de una autonomía bancaria, referida a su ejercicio, funcionamiento y nacimiento. Escribe Coutinho de Prato al respecto: "Un instituto emisor goza siempre, aún en los regímenes autoritarios, de cierto grado de autonomía, frente a los órganos del Gobierno"³⁷. El artículo 188 de la Constitución Política de 1949, señala en su inciso primero que los bancos del Estado son instituciones autónomas y para tal efecto gozan de independencia administrativa, es decir, de autonomía administrativa. En el mismo orden el artículo primero de la ley orgánica del Banco Central y el artículo segundo de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. ¿Qué entendemos por autonomía administrativa? Realmente a nivel doctrinario administrativo el asunto no es muy claro, el profesor Murillo al referirse al tema ha escrito que autonomía administrativa significa "la posibilidad de que un ente público realice su cometido legal (a nivel administrativo...) por sí mismo sin sujeción a otro ente. Es la capacidad de

autoadministrarse... y entiende no sólo el ejercicio mismo de su función legal, sino también a sus actividades administrativas de apoyo a ésta"³⁸. Como se nota del texto transcrito no existe una claridad al respecto por lo impreciso de los términos utilizados, como lo es la realización del cometido legal, el concepto de autoadministración y otros. Y, más aún, cuando observamos que esta autonomía queda sujeta a lo que el intérprete y el legislador puedan llegar a entender por autonomía administrativa (independencia administrativa), se complica mayormente el panorama y un caso específico de ello lo anota el artículo segundo de la Ley Orgánica del Banco Central cuando establece que el Banco Central, a pesar de gozar de autonomía administrativa y de gobierno, deberá actuar en colaboración con el Poder Ejecutivo y véase al efecto ese artículo en relación con el 26 de la Ley General de la Administración Pública que se refiere a las potestades del Presidente de la República en materia descentralizada cuando expresamente señala que éste ejercerá en forma exclusiva la dirección y coordinación de las tareas de Gobierno y las de la administración pública descentralizada, lo que en otras palabras, significa, que podrá controlar al Banco Central, que se supone es autónomo administrativamente. Así pues, no podemos hablar de que en Costa Rica exista a nivel legislativo, una autonomía clara y determinada de la banca, al contrario, queda sujeta a una serie de parámetros y normas que le nublan esa posibilidad. Para los efectos nuestros, Costa Rica no contempla legislativamente una autonomía en tal dirección.

37. De Prato Coutinho L. Funciones del Banco de la República. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Uruguay. Número 3. 1955, pág. 612.

38. Murillo, Mauro. La descentralización administrativa en la Constitución Política. Revista de Ciencias Jurídicas. Colegio de Abogados. Número 30. 1976, pág. 82.

CONCLUSIONES

Así pues, será autónomo el derecho bancario si lo consideramos bajo la óptica de su especialidad y tratamos de ubicar en él, a través de sus institutos, sus particulares características que de una u otra forma nos lleven a afirmar su especialidad cualitativa y cuantitativa frente a otras ramas del derecho, aceptando como válida la existencia de un objeto específico y determinado cuyo hilo conductor será el ejercicio de la actividad bancaria como una actividad genérico-específica verificada hacia lo interno y hacia lo externo, tanto a través de las relaciones bancarias stricto sensu como a través de las relaciones bancarias con terceras personas, tanto clientes como otros. De tal suerte que el ejercicio de esta actividad bancaria, cuya categoría histórica y evolutiva es innegable, representa el denominador común, para atar, dentro de esta concepción lógico casuística de la realidad de una actividad profesional delineable bajo un esquema de comportamiento uniforme e interdependiente, a todo un grupo de institutos cuyas características formarán con el paso del tiempo, si no es que actualmente ya se tienen, el ordenamiento

jurídico bancario. Y, por otra parte, no será autónomo, si lo seguimos considerando bajo la órbita clásica de los principios generales y de su necesaria dependencia al derecho comercial y administrativo para verificar su actuación y resolver sus necesidades frente a su realidad existencialista. Lo cual lo hará frente a estos derechos, considerados como tronco común, de una u otra forma y, frente a otros, un derecho especial, cuyo marco de actuación lo determinará su propio alcance dentro de los límites mismos de sus fronteras aceptadas por otra rama del derecho. Desde esta óptica su objeto (calidad) y la masificación (cantidad) de sus operaciones, dotadas de un particularismo propio y original, quedará relegada a los designios y suerte de la ciencia jurídica que le marque sus alcances y evolución dentro del derecho in genero. Con acierto escribe Carranza: "En sustancia, sea la especialidad, sean las expresiones que tienen valor de sinónimo (como particularismo, originalidad o especialidad, etc.), o sirven para individualizar un presupuesto de la autonomía, o bien dependen de un aspecto singular..."³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

Codera Martín, José M. Diccionario de Derecho Mercantil. Segunda. Pirámide, Madrid, 1982.

Jiménez Sandoval, Humberto. Derecho Bancario. EUNED. San José, 1986.

Villegas, Carlos. Régimen Legal de Bancos. Segunda. Depalma, Buenos Aires, 1978.

De Camargo, Vigidal Geraldo. Derecho Bancario. ¿Un capítulo del Derecho Económico? en Revista Felaban. Edición especial auspiciada por el Banco de la Nación Argentina. Ediciones Kelly. Bogotá, 1981.

León León. Rodolfo. Naturaleza de la intermediación en el mercado de dinero en Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina. Porrúa, México, 1984. Informe de la comisión de Evaluación del Sistema Bancario Nacional. Texto poligráfico. Tomo I.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Decimocuarta. Tomo II. Porrúa S.A. México, 1979.

Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Tercera. Tecnos S.A. Madrid, 1978.

39. *Ibid.* pág. 23

- Garrigues, Joaquín. Contratos Bancarios. Segunda. Porrúa. México, 1975.
- Abrao, Nelson. Curso de direito bancario. Sao Paulo, 1982.
- Villegas, Carlos. Régimen Legal de Bancos. Segunda. Depalma. Buenos Aires, 1978.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. A. Driskill S.A. Buenos Aires, 1979, pág. 961.
- Fonrouge Giuliani, Carlos M. Derecho Financiero. Tercera. Depalma. Buenos Aires, 1978.
- D'Amelio. L'autonomia dei diritti - in particolare del diritto finanziario-nell' 'unità del diritto. (en "Riv. Dir. Fin.", 1941-I),
- Ballarín Marcial. Alberto. Derecho Agrario, La Constitución de 1978 y la Agricultura. Segunda. Editorial Revista de Derecho Privado. 1978.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario. Cuarta. Porrúa, 1976.
- Rodríguez Azuero., Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Biblioteca Felaban-Intal. Colombia. 1977.
- Villegas, Carlos. Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria. Tomo I. Depalma. Buenos Aires, 1986.
- Carroza, Antonio. La autonomía del derecho agrario en Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano. Editorial de la FIDAC. San José. 1982.
- Meza Lazarus, Álvaro. La posesión Agraria. Alma Mater. San José. 1986.
- Luna Serrano, Agustín. La formación dogmática del concepto de derecho agrario, en Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano. Editorial de la FIDAC. San José. 1982.
- Carroza, Antonio. Prefasione al libro gili istituti del Diritto Agrario. Volume primo. Dott. A. Giuffre Editore. Milano. 1962.
- De Prato Coutinho L. Funciones del Banco de la República. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Uruguay. Número 3. 1955.
- Murillo, Mauro. La descentralización administrativa en la Constitución Política.
- Revista de Ciencias Jurídicas. Colegio de Abogados. Número 30. 1976.
- Acosta Romero, Miguel. La banca múltiple. Porrúa, México, 1981.
- Bauche Garcíadiego, Mario. Operaciones bancarias: Activas, Pasivas y Complementarias. Cuarta. Porrúa. México, 1981.
- Dimarte. Alberto. La Nacionalización Bancaria Costarricense. La Nación. 24-11-85, San José.
- Facio Brenes, Rodrigo. La nacionalización bancaria y el público: Confianza y desconianza en Obras de Rodrigo Facio: Estudio sobre economía costarricense. Segunda. Editorial Costa Rica. San José, 1975.
- De la Espriella Osio. Alfonso. El secreto bancario. Temis. Bogotá, 1979.
- Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Porrúa. México. 1977.
- Murillo Rojas, Luis. Banco y Desarrollo Económico. EUNED. San José, 1981.
- García de Enterría, Eduardo, y Ramón-Fernández. Tomás. Curso de derecho administrativo. Segunda. Civitas. Madrid. 1977.
- Entrena Cuesta. Rafael. Curso de derecho administrativo. Tecnos. Madrid, 1965.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



RECURSOS JUDICIALES Y ACCIONES AUTÓNOMAS DE IMPUGNACIÓN (Distinción)

LIC. EDDIE ALVARADO VARGAS

Agente Fiscal

Universidad de Costa Rica-1991

Miembro de la Asociación Nacional de Ciencias Penales

Especialista en Ciencias Penales

INTRODUCCIÓN

Sin pretender ser originales, queremos en este caso dar una base sólida para definir los recursos judiciales, distinguirlos entre sí y con las acciones autónomas de impugnación.

Además intentaremos estudiar un poco el denominado "recurso de hábeas corpus" dado

que la normativa legal y constitucional que lo regula, la presencia de la Sala Constitucional y de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ha implicado un nuevo enfoque sobre este instituto, lo que ya se ha materializado en la realidad jurídica costarricense.

PODER DE ACCIÓN COMO GÉNESIS DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

El artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece que: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

La norma citada da fundamento al poder de acción¹ que nosotros concebimos como la génesis del recurso judicial y de las acciones autónomas impugnativas. La misma norma ya nos señala que se acude a las "leyes" (vía jurisdiccional, administrativa, etc.) a fin de ver reparado un agravio. Precisamente esta es la nota compartida por el recurso judicial y la acción

1. "La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión" COUTURE (Eduardo); FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, Tercera Edición, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 57.

autónoma impugnativa: la existencia de un interés para impugnar que se ve concretizado en una pretensión².

Si sustentamos el poder de acción en la norma constitucional señalada, ello va a traer implicaciones jurídicas trascendentales, verbigracia: 1) El poder de acción no puede ser anulado legalmente sino sólo encausado o delimitado bajo ciertas circunstancias, en aras del debido proceso (artículo 39 de la Carta Magna); 2) Deben existir mecanismos legales que permitan el ejercicio pleno del poder de acción y que este no quede convertido en una mera expectativa o declaración de principio. Precisamente son las demandas, los incidentes de nulidad, los recursos judiciales y las acciones autónomas tales como el "hábeas corpus" y la "revisión" las que dan vida al poder de acción, pues constituyen los instrumentos previstos en las normas para ejercitar este poder de manera concreta³.

LOS RECURSOS JUDICIALES Y LAS ACCIONES AUTÓNOMAS

Dentro del género de los medios de impugnación encontramos los recursos judiciales: son mecanismos de impugnación de resoluciones judiciales aplicados en el desarrollo de un proceso concreto.

Señala COUTURE que el recurso "quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya

hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación, por virtud del cual se recorre el proceso"⁴.

Con la definición por nosotros emitida sobre los recursos judiciales, los estamos distinguiendo de la acción de nulidad que puede estar dirigida no sólo contra resoluciones judiciales, sino también contra cualquier acto de relevancia procesal, verbigracia: Un acta de allanamiento o de decomiso⁵.

A la vez, con la definición expuesta, distinguimos los recursos judiciales de las acciones autónomas impugnativas que dan lugar a nuevos procedimientos antes que a un recorrer de lo actuado, verbigracia: el "hábeas corpus y la revisión.

BREVE DIFERENCIACIÓN DE LOS RECURSOS JUDICIALES

Dentro de los recursos judiciales la Apelación es el más usual y característico, por medio de ella se pueden impugnar ante un tribunal de alzada autos y sentencias según la regulación legal, pero de una manera plena en cuanto a los motivos de hecho y de derecho. Verbigracia: por pruebas no tomadas en cuenta, interpretación errónea del derecho sustantivo, etc. La apelación permite una revisión total de lo actuado y su incidencia en la resolución que se impugna; por ende se le cataloga como un recurso ordinario.

2. "La pretensión, es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica... La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión". *Ibidem*, p. 72.

3. "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal" texto del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948, París).

4. COUTURE, *op. cit.*; p. 340.

5. Véanse artículos 144 y siguientes del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES; República de Costa Rica.

Punto y aparte merece el recurso de casación al cual catalogamos de extraordinario, y que está diseñado como medio impugnativo de la resolución final de un proceso (la sentencia condenatoria o absolutoria o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción de la pena)⁶.

Los motivos y fundamentos del recurso se circunscriben a razones de derecho, es un recurso eminentemente técnico. Los motivos pueden ser resumidos en "la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y en la inobservancia de las normas que el Código

procesal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad"⁷. De esta forma no le está permitido al recurrente alegar cuestiones de hecho tales como: pretender la inclusión de otros eventos en el cuadro fáctico fijado en la sentencia impugnada, o traer colación una nueva prueba, no incorporada en el proceso.

El recurso de revocatoria se interpone contra los autos que resuelven sin substantiación un incidente o artículo del proceso y es resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada. Se trata también de un recurso ordinario, por la amplitud de los motivos de ataque a la resolución⁸.

LA ACCIÓN AUTÓNOMA IMPUGNATIVA DE REVISIÓN

Es una manifestación individualizada del poder de acción que tiene su fundamento en la ley y en la Constitución, para enfrentarse a una sentencia que aún habiendo adquirido autoridad de cosa juzgada se le considera ilegal o injusta a raíz de un grave vicio que contiene.

El denominado "recurso de revisión" es una excepción a la cosa juzgada material, su fundamento es el predominio de la justicia y la legalidad sobre una seguridad jurídica alcanzada en forma viciada. Así establece el artículo 42 de la Constitución Política de la República de Costa Rica: "Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.

Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa

juzgada, **salvo cuando proceda el recurso de revisión**". (Vemos como se hace una remisión implícita a la ley, a fin de determinar cuándo procede el recurso de revisión).

En esta característica de la revisión; el desafiar a la cosa juzgada material; lo que nos lleva a denominarlo acción autónoma impugnativa. El carácter particular y diferenciador del "recurso de revisión" frente a los recursos judiciales en general, se observa también en que: 1) el primero está dado fundamentalmente para revisar los hechos base de la sentencia pretérita y excepcionalmente puntos de derecho como lo es la aplicación de una ley penal más benigna que corresponda aplicar en forma retroactiva, o la infracción a las reglas del debido proceso y al principio de la oportunidad de la defensa; 2) en el procedimiento de revisión el tribunal decisor tendrá amplios poderes hacia la comprobación

6. REPÚBLICA DE COSTA RICA; **Código de Procedimientos Penales**; artículo 472.

7. *Ibidem*; artículo 471, Título IV- Casación, Capítulo I - Procedencia.

8. *Ibidem*; artículos 460 a 462, Libro IV Recursos - Título II: Revocatoria.

de la verdad real de los hechos, lo que se traduce en un nuevo proceso que tiene su raíz en una nueva pretensión.

De esta forma, los motivos base del recurso de revisión a diferencia de los recursos de apelación y revocatoria, están taxativamente establecidos en la ley. Y la acción de revisión da lugar a un nuevo proceso a raíz de estos motivos, que se materializan en una pretensión diversa a la que dio origen a la sentencia que se impugna; en esto la revisión se diferencia netamente del recurso de casación, quien circunscribe al impugnante a los motivos de derecho, lo que también va a delimitar la competencia de la sala de casación⁹. 3) pueden interponer la revisión los ascendientes, descendientes, hermanos o el cónyuge del penado si este hubiese fallecido¹⁰ los que no fueron partes en el proceso anterior. Ello diferencia a la revisión frente a los recursos judiciales explicados, sea en orden a la legitimación activa para interponer el recurso.

Habiendo catalogado el denominado "recurso de revisión" como una acción autónoma especial, la Enciclopedia Jurídica OMEBA

hace un razonamiento similar: "Dos son las vías que pueden darse para obtener la revisión de una sentencia. Una, admitida en casi todas las leyes procesales, es el recurso, como resorte previsto para que, dentro de un mismo proceso, se considere un planteo jurídico ya resuelto. Y decimos dentro de un proceso, porque no puede considerárselo cerrado mientras subsista la posibilidad de poder hacer valer esta pretensión impugnativa. La otra vía es la acción autónoma de impugnación, como medio de lograr la anulación de una sentencia, a la que no se puede atacar por recurso alguno, por encontrarse definitivamente agotado el proceso"¹¹.

En el mismo sentido se expresa TIJERINO:

"Nosotros compartimos el criterio de quienes consideran que el recurso es, necesariamente, parte del mismo proceso en el cual se dictó la resolución que se impugna. Dado que el proceso finaliza cuando la sentencia adquiere firmeza, no calificamos la revisión como recurso sino como "acción impugnatoria" que da lugar a un nuevo proceso (así, FAIREN GUILLEN con apoyo en CALAMANDREI)"¹².

LA ACCIÓN AUTÓNOMA DEL HÁBEAS CORPUS

Tiene su fundamento constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica¹³ y está regulado

expresamente por el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción constitucional siguientes y concordantes.

9. Véanse artículos 471 y 477 **Código de Procedimientos Penales**; REPÚBLICA DE COSTA RICA.

10. Véase **Código de Procedimientos Penales**; REPÚBLICA DE COSTA RICA; artículo 491 inciso 2).

11. Díaz Reyna (Guillermo) REVISIÓN; BIBLIOGRÁFICA OMEBA; **Enciclopedia Jurídica Omeba**; Tomo XXV, p. 21.

12. TIJERINO PACHECO (José María); **Recusación en materia penal**; Revista de Ciencias Jurídicas N° 66, pp. 142-143.

13. "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales..." Texto parcial del artículo 48 de la **Constitución Política de la República de Costa Rica**.

En Costa Rica el sistema procesal diseñado para la revisión del hábeas corpus es concentrado, característico del modelo continental europeo de Alemania, España y Austria. Conoce y resuelve esta acción impugnativa, la sala constitucional, quien por la materia específica de su conocimiento tiene amplios poderes, ya que tiene a su cargo velar por el efectivo cumplimiento de las normas superiores del ordenamiento jurídico costarricense, enfrentándose en ocasiones, a la clásica división de poderes, debido a que la constitución debe ser interpretada en forma coherente y unívoca, lo que es propio de un órgano especializado y con rango constitucional (véase artículo 10 de la Carta Magna).

Vistos los artículos legales y normas constitucionales que dan fundamento al hábeas corpus se infiere la amplitud de que goza: el marco protector de la libertad e integridad personales de los individuos¹⁴.

El hábeas corpus puede clasificarse no sólo como acción reparadora de un acto ilegítimo que ha causado su efecto, sino también como: 1) una acción autónoma preventiva¹⁵, Ej., frente a la práctica de obtener la declaración del imputado sin ponerlo en conocimiento de su derecho a abstenerse a declarar; en tanto esta situación puede tener consecuencias ulteriores, perjudiciales para la libertad del imputado; 2) como una acción autónoma contra la vigilancia de un individuo por parte de autoridades de cualquier orden que se encuentren en una situación de poder, si no

existe fundamento legítimo para dicha vigilancia; 3) como acción impugnativa contra las decisiones que tomen las autoridades penitenciarias en relación al tratamiento y ubicación de los penados, Ej., ante el traslado ilegítimo de un reo de una etapa a otra menos favorable para su condición y desarrollo como ser humano; 4) como una acción contra la interferencia ilegítima en la vida privada de una persona, en tanto ello atente contra la dignidad humana y su integridad como persona, etc....

En vista de este carácter poliédrico del hábeas corpus el Dr. Luis Paulino Mora Mora, magistrado de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica ha expresado que el instituto en comentario "se ha convertido en una manifestación del "derecho de defensa"¹⁶. Y comentando la transformación normativa en la regulación del hábeas corpus, el Dr. Daniel González, magistrado de la Sala Tercera Penal de la República de Costa Rica ha dicho que "la ley permite la protección a través del hábeas corpus no sólo cuando la lesión proviene de servidores públicos sino también de particularidades, cuando los sujetos de derecho privado actúan en funciones o potestades públicas u ocupen posiciones que de hecho o de derecho se encuentran en una situación de poder"¹⁷.

Pasando ya al tema global de esta disertación, nos manifestamos partidarios por considerar al hábeas corpus como una acción autónoma de impugnación, por las siguientes razones: 1) genera un procedimiento sumario y la decisión que recae en este procedimiento no

14. "Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio" Artículo 15, **Ley de la Jurisdicción Constitucional**, Nº 7135 del 11 de octubre de 1989, República de Costa Rica.

15. SAGÜES (Néstor); Hábeas Corpus; Edit. La Ley, Argentina pp. 83 a 86.

16. Mesa Redonda - Auditorio de la Corte, mayo de 1991.

17. *Ibidem*.

produce cosa juzgada material; 2) se dirige contra decisiones adoptadas por autoridades de cualquier orden, aun carentes de jurisdicción, si la lesión o amenaza atenta contra algún bien jurídico propio del conocimiento del hábeas corpus.

Ya dice JIMENO SENDRA "lo que cabe hablar es de un auténtico ejercicio del derecho de acción a la presentación de la solicitud de "hábeas corpus" ante el órgano judicial competente"¹⁸.

3) La sala constitucional de conformidad con la filosofía que inspira la ley de la jurisdic-

ción constitucional va a "encausar" el poder de acción del recurrente a través del hábeas corpus, en primer lugar, indicándole que debe convertir la acción en una de amparo si así resulta del caso, para lo cual le confiere tres días de tiempo¹⁹.

Así mismo, cuando la sala constitucional considera que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes así lo declarará en resolución fundada y suspenderá la tramitación otorgándole al recurrente un término de quince días hábiles para que formalice la acción de inconstitucionalidad contra dichas normas...²⁰.

CONCLUSIONES

1. El poder de acción es inherente al ser humano. Encuentra regulación en el artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica; en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Justicia Social.
2. El poder de acción se ejercita normalmente ante la vía jurisdiccional y se concreta en el derecho a denunciar, a demandar, impugnar los actos y resoluciones jurisdiccionales y a plantear acciones autónomas impugnativas que dan lugar a procedimientos nuevos como son los denominados "recursos de revisión y hábeas corpus".
3. Los recursos judiciales son una especie del género medios de impugnación, los que tienen a su vez su origen en el poder de acción.
4. La especial regulación legal y normativa de los recursos va creando diferencias entre ellos, que hacen que a unos se les denomine ordinarios y a otros extraordinarios.
5. Los recursos de revocatoria y de apelación son ordinarios, fundamentalmente porque se puede impugnar directamente el examen de los hechos base de la resolución recurrida en toda su amplitud y no sólo a través de la apreciación de la prueba de los hechos como resulta indispen-

18. JIMENO SENDRA (Vicente); *El Proceso de Hábeas Corpus*; Tecnos, S.A. España, 1985, p. 50.

19. *Ley de Jurisdicción Constitucional op. cit.*, artículo 28.

20. *Ibidem*; artículo 48.

sable en la casación por violación a las reglas de la sana crítica y que requiere además la constatación de una violación a estas reglas en la valoración de la prueba.

6. El derecho a recurrir puede verse limitado por razones de política procesal, toda la historia de los recursos está inmersa en la lucha por buscar un equilibrio entre la obtención de la realización del derecho en forma pronta y por ende de la consecución de la cosa juzgada; contra la posibilidad de impugnar como un derecho inherente al ser humano derivado del poder de acción, en todos los casos. La solución de este conflicto sólo puede radicar en una correcta interpretación de lo que es el estado de derecho y el debido proceso (así podría, verbigracia: limitarse la posibilidad de recurrir en la etapa de instrucción si se fortalece la etapa del plenario, garantizándose un examen profesional y exhaustivo del asunto).
7. La revisión en realidad es una acción autónoma generadora de un nuevo procedimiento, no es un recurso porque se trata de una nueva pretensión, un nuevo examen de un asunto ya fenecido con autoridad de cosa juzgada material con fundamento en la sobreviniencia de nuevas pruebas o hechos que hagan evidente que el hecho tenido por demostrado no existió, no lo cometió el penado o que el mismo hecho encuadra en una norma penal más favorable, o por la existencia de una sen-

tencia donde se demuestre la falsedad documental o testifical en que se basó la sentencia recurrida, o que a esta última se arribó por medio de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta. Punto y aparte merecen las causales de revisión por necesidad de aplicar retroactivamente una ley penal más benigna y la demostración del arribo a la sentencia recurrida negándose la oportunidad defensiva o con violación al debido proceso. Siendo estas dos últimas causales por motivos eminentes de derecho.

8. El denominado "recurso de hábeas corpus" es también una acción autónoma impugnativa²¹ que da lugar a un examen de la legitimidad de toda disposición que haya restringido o amenace restringir la libertad del ser humano o su integridad personal. Las normas constitucionales y las contenidas en los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por el país sirven de fundamento para esta revisión en atención a su mayor categoría dentro del orden de la "pirámide jurídica".
9. En Costa Rica el hábeas corpus tiene diversas modalidades, y el ámbito de su aplicación nos lleva a la conclusión de que se ha convertido indirectamente en un "recurso" contra las decisiones judiciales que restringen los bienes jurídicos que el mismo tutela, en aras del principio de defensa²².

21. "... el antiguo rótulo de "recurso" para el hábeas corpus, debe ceder y dar paso al más moderno y apropiado de "acción". En primer término, porque este último concepto es más amplio que el anterior, cubriendo supuestos de impugnación de detenciones inconstitucionales, provenientes tanto de particulares como de la autoridad pública. En segundo lugar, porque al implicar el hábeas corpus el ejercicio del derecho a la jurisdicción (y no —por lo común— un mecanismo recursivo ejercitable dentro de un proceso ya en trámite), se perfila nítidamente como **acción autónoma**. Su jerarquía, asimismo, es notoria, puesto que persigue —como diría Germán J. Bidart Campos— no sólo la revisión de un acto lesivo, sino un verdadero proceso de contralor de constitucionalidad. Ello no impide negar, por supuesto, que puedan existir recursos (procesales) dentro del procedimiento de hábeas corpus." SAGÚEZ (Néstor) *op. cit.*; p. 175.

22. "Del derecho de "hábeas corpus" podría afirmarse que constituye la primera manifestación del derecho de defensa, realizada por el detenido, en la instrucción". GIMENO SENDRA (Vicente); **El proceso de Hábeas Corpus**, *op. cit.*; p. 45.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AYAN (Manuel); RECURSOS EN MATERIA PENAL, Principios Generales, Marcos Lerner Editora, Córdoba SRL, Ayacucho 153, Impreso en Argentina.
2. CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco); EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL, Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 1987.
3. COUTURE J.; (Eduardo); FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 3ª edición, Depalma, 1988.
4. D'ALBORA J. (Francisco); CURSO DE DERECHO PROCESAL PENA, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2ª edición, 1987.
5. FÁBREGA P. (Jorge); ESTUDIOS PROCESALES, Tomo II, Editorama, S.A., San José, 1988.
6. GARCÍA RAMÍREZ (Sergio); DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Porrúa, S.A. 2ª edición; México, 1977.
7. GIMENO SENDRA (Vicente); EL PROCESO DE HÁBEAS CORPUS; Tecnos, España, 1985.
8. LEVENE (h) (Ricardo); MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, Bibliografía Omeba, 2ª edición, Argentina, 1967.
9. LLOVET RODRÍGUEZ (Javier); CÓDIGO PROCESAL PENAL ANOTADO, Editorial Juricentro, San José, 1 edición, 1987.
10. VESCOVI (Enrique); LOS RECURSOS JUDICIALES Y DEMÁS MEDIOS IMPUGNATIVOS EN IBEROAMÉRICA, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

REVISTAS

- HOUED VEGA (Mario A)
CRUZ CASTRO (Fernando); EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA RELACIÓN PROCESAL PENAL, Revista de Ciencias Jurídicas Nº 39, San José, Costa Rica.
- TIJERINO PACHECO (José María); RECUSACIÓN EN MATERIA PENAL; en Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 66, San José, Costa Rica.

ENCICLOPEDIAS

- DÍAZ REYNA (Guillermo) REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA OMEGA; **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Tomo XXV.

CONSTITUCIONES

- REPÚBLICA DE COSTA RICA: **Constitución Política**, Dictada el 7 de noviembre de 1949; Imprenta Nacional, San José, 1990.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948).
- Convención Americana sobre derechos humanos; "Pacto de San José de Costa Rica" (San José, 22 de noviembre de 1969).

CÓDIGOS

REPÚBLICA DE COSTA RICA; **Código de Procedimientos Penales**; Ejecútese y Publíquese el 19 de octubre de 1973; Editorial Porvenir S.A., San Pedro, San José, Costa Rica, 6ª edición, 1991.

LEYES

REPÚBLICA DE COSTA RICA; **Ley de la Jurisdicción Constitucional**, N° 7135 del 11 de octubre de 1989; COMISIÓN NACIONAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, San José, 1990.
