

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

50

(1963 - 1984)

SAN JOSE, COSTA RICA

MAYO — AGOSTO

1984



DIRECTOR

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

COMITÉ DE EDITORES

FOR EL COLEGIO DE ABOGADOS

Roberto José Jiménez M.C.A.

Diego Vargas Bolaño

FOR LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. Roberto Bolaño

Dr. Víctor Jiménez

Dr. Roberto Bolaño

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE

CIENCIAS JURIDICAS

50

(1983 - 1984)

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

LIBRERIA - EDITORIA

1984



LA REVISTA JURIDICA

**JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS**

1984

Presidente:

Dr. William Muñoz Céspedes

Vice-Presidente:

Lic. Nilo Arce Sáenz

Secretario:

Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Prosecretario:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Tesorero:

Lic. Rodrigo Alfaro Ramos

Fiscal:

Lic. Angélica Cordero Robles

Vocal 1°:

Lic. Pilar Norza Hernández

Vocal 2°:

Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

Vocal 3°:

Lic. Ifigenia Bustamante Guerrero

Vocal 4°:

Lic. Farid Beirut Brenes

Vocal 5°:

Lic. Rafael Villegas Antillón



**AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS**

Director Consejo Universitario:

Lic. Luis F. Arias

Rector:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:

Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:

Licda. Mireya Hernández

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:

Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:

Lic. Luis Fernando Solano

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Rolando Soto Jiménez, M.C.J.

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano del Sistema de Estudios de Posgrado:

Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. José Miguel Jiménez

LA REVISTA JURIDICA

*La Revista de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica y del Colegio de Abogados, ha llegado a sus 50 números. Nace esta revista en 1963 y desde este año, se ha publicado en forma ininterrumpida y con un alto nivel en su contenido.*

*Para el Colegio de Abogados es un honor haber colaborado de lleno en la publicación de esta revista y junto a la Universidad de Costa Rica, se han fusionado intereses y anhelos en favor del derecho y del sistema democrático en nuestro país.*

Dr. William R. Muñoz

Presidente  
Colegio de Abogados

LOS 50 NUMEROS

*La Revista de Ciencias Jurídicas cumple cincuenta números. Son pocas las revistas especializadas que llegan a medio centenar de ediciones sucesivas y permanentes.*

*Para la cultura jurídica del país, esta publicación desde 1963 ha sido vital y se ha constituido en lectura obligada de estudiantes y operadores del derecho en general.*

*La Universidad de Costa Rica, la Facultad de Derecho y el Colegio de Abogados han logrado con su esfuerzo, mantener a flote esta revista, para que el desarrollo del derecho en el país se fortalezca y con ello el sistema democrático.*

Lic. Luis Fernando Solano Carrera  
Decano  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

LA REVISTA JURÍDICA  
21 AÑOS DE LA REVISTA

Esta revista llega a los 50 números. Su fundador, el jurista Eduardo Ortiz, puso su empeño en forjar esta publicación en 1963. Han pasado 21 años desde su nacimiento y a lo largo de estos años, cincuenta números se han publicado gracias a la colaboración del Colegio de Abogados y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asimismo, los estudiosos del derecho han publicado sus trabajos aquí enriqueciendo la cultura jurídica nacional.

Gracias sentidas a todos aquellos que han hecho posible este significativo acontecimiento en momentos tales que llaman a la reflexión acerca de la importancia del Estado de Derecho.

j. e. romero p.

LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO  
REFLEXIONES A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO

Jean-Claude JAVILLIER

Profesor de la Universidad de Bordeaux I  
Director del Centro de Derecho Comparado del  
Trabajo y de la Seguridad Social (COMTRASEC)\*

\* El autor desea expresar su agradecimiento a los organizadores del Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Costa Rica bajo el patrocinio de la Corte Suprema de Costa Rica. (8 al 12 de marzo de 1982).

Para nosotros esta es una inestimable oportunidad de poder establecer y desarrollar intercambios científicos con este país y, de manera más general, con América Latina. Por lo demás, es en la esperanza de tales enriquecimientos mutuos, entre juristas franceses e iberoamericanos, que el autor agradece especialmente a sus eminentes colegas y grandes amigos, los Sres. Luis Enrique DE LA VILLA y Juan Antonio SAGARDOY, la traducción de la Segunda edición (1982) de su "Derecho del Trabajo" y su publicación en Madrid (Instituto de Estudios Sociales, I Tomo, Madrid, 1982).

El autor agradece asimismo la traducción del presente artículo debida al Sr. Fernando CASANUEVA, Assistant associé a l'Institut d'Etudes Politiques de l'Université de Bordeaux-I.



SUMARIO: Introducción

I. Los debates previos

A. La diferenciación técnica

1. La función pública y el orden público
2. Los servicios públicos y la continuidad
3. El sector público de interés nacional y la seguridad tecnológica

B. Los interrogantes sociológicos

II. El "encuadramiento" normativo de la huelga

A. Las técnicas jurídicas

1. Las técnicas indiferenciadas
2. Las técnicas diferenciadas

B. Los regímenes jurídicos

1. La prohibición de la huelga
2. La tolerancia de la huelga
3. El reconocimiento de la huelga

C. Propositiones finales

REV 155987

Introducción

En lo que respecta al Derecho comparado, especialmente del trabajo y de las relaciones profesionales o industriales, pueden presentarse e investigarse una gran cantidad de versiones y utilizaciones. Ya han sido publicados algunos trabajos que constituyen las condiciones previas y necesarias de metodología para aquellos que desean aventurarse en este terreno grandemente riesgoso.<sup>1</sup> No es inútil subrayar la dificultad que reviste toda investigación en la materia. Así como lo observara aquel que fue sin duda uno de los más eminentes investigadores y un auténtico pedagogo, Sir Otto KAHN-FREUND:

Todo lo que he querido sugerir es que la utilización (del Derecho comparado) requiere no sólo el conocimiento de la ley extranjera, sino también el de su contexto social y, sobre todo, político. El uso del Derecho comparado con fines prácticos llega a constituir un abuso si está informado sólo por un espíritu legalista que ignora de esta manera el contexto de la ley. Hago un llamado a quienes enseñan el Derecho comparado para que tomen conciencia de este riesgo y alerten a sus respectivos estudiantes, entre los cuales es posible se cuenten aquellos que están destinados a promover el cambio de los conceptos legales en la marcha de la legislación".<sup>2</sup>

Haciendo extensiva esta advertencia, es conveniente permanecer consciente respecto a las desventajas que representa la excesiva especialización del jurista. Esto es señalado por Johannes SCHREGIE:

"La especialización en sí puede entorpecer más que facilitar la comprensión de los sistemas de otros países. Como lo hemos visto, el tipo de relaciones profesionales no es más que la expresión, el

1 Cf. esp. T. TREU, "Comparazione e circolazione dei modelli nel diritto del lavoro italiano", in "L'apporto della comparazione alla scienza giuridica", estratto da Studi di diritto comparato direrri da Mauro CAPPELLETTI, Dott. A. GIUFFRÉ Editore, Milano, 1980, p. 125-165. J. SCHREGIE, "L'étude comparée des relations professionnelles: écueils et promesses": Rev. Int. du travail, 1981, Vol. 120, N° 1, p. 17-32. Conférence internationale de droit du travail, Varsovie (21-25 Septembre 1981), Theme III, "Les problemes methodologiques du droit du travail, rapport introductif par T. ZIELINSKI, et rapports nationaux, publiés par l'Académie des Sciences de Pologne et le Centre de Droit Comparé du travail et de la Sécurité Sociale (Université de Bordeaux-I, Avenue León-Duguit, 33604-PESSAC-FRANCE). A. PLA RODRIGUEZ, "Reflexiones sobre el estudio comparativo del derecho del trabajo", Derecho Laboral, Montevideo, 1971, T. XXIV, N° 124, p. 689-697.

2 O. KAHN-FREUND, "On Uses and Misuses of Comparative Law": The Modern Review (1974), Vol. 37, pp. 1-27, reprinted in "Otto KAHN-FREUND, Selected Writings": Stevens & Sons, London, 1978, sp. p. 319. Adde, O. KAHN-FREUND, "Comparative Law as an Academic Subject": Law Quarterly Review (1966) Vol. 82, pp. 40-61, Reprinted in op. préc., p. 275-293.



reflejo de la estructura de poder en una sociedad, de los métodos y de las costumbres que presiden la toma de decisiones, de la economía, de la historia y de las tradiciones; de la mentalidad y del comportamiento del pueblo, de su pasado, de sus aspiraciones y de sus valores. A través del prisma de las relaciones profesionales comparadas, se descubre, de hecho, el espectro completo de las otras naciones, de los otros pueblos".<sup>3</sup>

Las comparaciones son por lo demás tan difíciles de realizar como diferentes sean los respectivos sistemas económicos y/o políticos.<sup>4</sup> Así, hay quienes se preguntarán incluso si es posible efectuar investigaciones de Derecho comparado entre países capitalistas y países socialistas.<sup>5</sup> En cualquiera hipótesis, el análisis comparado aún cuando permaneciese sólo en un plano normativo debe necesariamente estar rodeado de todo tipo de antecedentes sociológicos y económicos, así como de una gran prudencia.<sup>6</sup>

3 J. SCHREGLE, "L'étude comparée des relations professionnelles: écueils et promesses": Rev. int. du Travail, 1981, vol. 120, N° 1, p. 32.

4 Existen, sin embargo, trabajos (lo más a menudo en lengua inglesa) muy útiles, tales como: The International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations KLUWER, Editor R. BLANPAIN, DEVENTER, 7 volumes). Asimismo revistas y periódicos, tales como: la Revue Internationale du Travail (B.I.T., Ginebra), The International Labour Law Reports (SIJTHOFF & NOORDHOFF, Alphen Aan den Rijn, 1 vol. por año desde 1978), The Bulletin of Comparative Labour Relations (KLUWER, DEVENTER). Es necesario citar también los trabajos de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (cf. esp. aquellos del IX Congreso, Munich, 11-15 sept. 1971: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1978, 2 vol). Evidentemente es necesario constatar aquí la existencia de importantes trabajos iberoamericanos, efectuados especialmente en el marco de los Ciclos de Estudios y coloquios del Instituto Latinoamericano de Derecho y de la Seguridad Social (Cf. esp. H. H. BARBAGELATA, "Visión general del Derecho del Trabajo en América Latina": Derecho Laboral, Montevideo, 1981, T. XXIV, N° 121, p. 3-19). Esta última revista llama la atención por la calidad de sus artículos así como por el lugar de primera importancia acordado al Derecho del Trabajo Comparado, especialmente iberoamericano.

5 Cf. W DAÜBLER, "Comparison of Labor Law in Socialist and Capitalist Systems": Comparative Labor Law, vol. 4, N° 2, 1981, p. 79-98. D. ZISKIND, Finger - Prints on Labor Law: Capitalist and Communist": Ibid., p. 99-114.

6 Entre los estudios comparados del derecho de huelga, cf. esp. G. BOLD et alii, "Greve et lock-out", Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, Collection Droit du Travail, T. V, Luxemburgo, 1961; O. KAHN-FREUND & B. HEPPEL, "Laws against strikes", Fabian Research Series, 305, Londres, 1972; Manuel ALONSO GARCIA, "La huelga y el cierre empresarial", Publicación del Instituto de Estudios Económicos, Colección Estudios, Madrid, 1979; Tiziano TREU, "Prévention et règlement des conflits collectifs du Travail dans les pays membres de la Communauté Economique Européenne", Rapport C.E.E., V. 1173/79-FR, Bruselas, 1979; Organisation de Coopération et de Développement Economiques (O.C.D.E.), "Les conflits du travail. Vue d'ensemble", París, 1979; Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers. The Freedom of the Worker to Organize. La liberté syndicale des salariés", Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New-York, 1980, 2 Tomes. A. P. BAYLOS GRAU, "El Derecho de Huelga en los servicios esenciales para la comunidad", Tesis Doctoral, Editorial de la Universidad COMPLUTENSE de MADRID, Servicio de Reprografía, Departamento de Derecho del Trabajo, 1981, 748 p. dactil.

Puede proponerse un enfoque comparativo de la huelga en el sector público en dos tiempos. En primer lugar, es conveniente examinar los antecedentes que condicionan el tratamiento jurídico de la utilización de armas esencialmente colectivas en el sector público (I). En segundo lugar, la huelga puede estar prohibida o llegar a ser un derecho reconocido a los trabajadores o a ciertos trabajadores del sector público. Es necesario, pues, informar de las diversas técnicas jurídicas que encuadran o reglamentan la huelga (II).

Desde un principio es esencial constatar que el punto de vista jurídico no puede bastar para estos efectos. Es preciso, entonces, empeñarse en el terreno del análisis sociológico. Sin embargo, la sociología del Derecho permanece aún poco desarrollada,<sup>7</sup> y todavía menos, sin duda, la sociología del Derecho del trabajo, dado que ciertamente cada cual prefiere encastillarse en un aparente rigor científico rechazando todo método jurídico o sociológico que pondría en tela de juicio sus respectivos supuestos ideológicos confesados o no.<sup>8</sup> Esta observación es válida, asimismo, para el conjunto del Derecho del trabajo.<sup>9</sup>

## I. LOS DEBATES PREVIOS

Se ha observado pertinentemente que "el universalismo es, a la vez, la fuerza y la debilidad del derecho comparado".<sup>10</sup> Tomemos el partido

7 Cf. Sin embargo, J. CARBONNIER, "Sociologie juridique", Presses Universitaires de France, Collection Thémis-Droit, París, 1978. A. J. ARNAUD, "Critique de la raison juridique. I Ou va la sociologie du droit?": Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de philosophie du droit, París, 1981. Hay que subrayar también importantes contribuciones como la iberoamericana. Cf. esp. Mario DE LA CUEVA, "El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, Principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales", Editorial Porrúa, S. A. México, esp. T. I, 1980.

8 Dos escollos importantes deben evitarse: tanto el "fetichismo jurídico" como el "sociologismo". Es necesario, pues, recurrir a un análisis, muy difícil pero el único pertinente: el de "síntesis social". (Cf. J. C. JAVILLIER, "Droit du travail", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2ª ed., 1981 esp. p. 23 y s., N° 11 y s. Edición en lengua española, "Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1982. Puesta al día al 17 de octubre de 1981, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1982).

9 Debe prestarse gran atención a los "Yo no sé qué y que el casi nada" de los que habla con particularidad y profundidad M. V. JANKELEVITCH (T. I, "La manière et l'occasion"; T. 2, "La méconnaissance"; T. 3, "La volonté de vouloir"; Editions du Seuil, París, 1980). En efecto, aquellos "yo no sé qué y casi nada", a menudo marcan la diferencia. (Para una presentación de las múltiples facetas que revisten las teorías unitarias o pluralistas en el Derecho del Trabajo. Cf. J. C. JAVILLIER, "Dits et non-dits sur le droit du travail", in Memoriam Sir Otto KAHN-FREUND", C. H. BECK SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1980, esp. p. 493-502).

10 R. DRAGO, in Préface aux Journées de la Société de Legislation Comparée, 1979: Société de Législation Comparée, Librairies Techniques, París, 1981, p. 1.



de la fuerza y subrayamos la necesidad de hacer mención de ciertos debates fundamentales antes de dedicarnos al examen de las normas relativas a la huelga en el sector público. Es que, en efecto, hay que afirmar previamente la imposibilidad de separar estas normas del conjunto de conceptos relativos a las relaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes, los servicios públicos y las empresas de interés nacional y sus asalariados. El tratamiento jurídico de la huelga presupone un análisis tanto de la situación jurídica del "trabajador" como de la del "empleador". Sin este debate previo, no puede existir una comprensión seria de las normas (A). Pero hay que confrontar esta diferenciación técnica con las interrogaciones sociológicas (B).

#### A. La diferenciación técnica

La prudencia del especialista en derecho comparado le conduce naturalmente a comenzar por el examen de su propio terreno de análisis, es decir el de su Estado o agrupación regional de Estados. Debido a esta causa, no es sorprendente que concedamos, en el curso de estas páginas, una importancia excesiva tanto a Francia como a Europa Occidental.<sup>11</sup>

La situación de los trabajadores en el sector público es muy variable. Esta diversidad de situaciones, por lo demás, se ha acrecentado desde el siglo XIX. Esto se debe, sin duda alguna, a la extensión de la intervención del Estado. Puede formularse una hipótesis, que debe verificarse convenientemente: las condiciones jurídicas, después de haberse diversificado, ¿han hecho desaparecer sensiblemente las distancias entre el sector privado y el sector público? Tanto las prácticas como las normas, especialmente las internacionales,<sup>12</sup> ¿han retenido ciertos principios comunes fundamentales?

Para intentar clarificar el debate, se puede introducir aquí una diferencia de terminología: función pública, servicios públicos y sector de interés nacional.

11 Demás está decir que los análisis relativos a Francia, presentados más adelante, no implican para nada un presupuesto de modelo o de superioridad jurídica. No hay que ir más lejos que la explicación del comparatista, quien tiene en cuenta el campo que él considera conocer mejor, para no incurrir en las justas críticas que podrían formularse: comparar es hablar de todo lo que se conoce mal, para evitar demostrar sus debilidades de análisis respecto a aquello que se debería conocer mejor.

12 Cf. La convención y la recomendación de la O.I.T. sobre las relaciones de trabajo en la función pública, 1978. (Cf. Revue Internationale du Travail, "La 64e. session de la Conférence Internationale du Travail, Juin 1978": 1978, vol. 117, N° 6, ver esp. p. 712-714).

#### 1) La función pública y el orden público

En los orígenes, en numerosos países, es el *Estado-gendarme* quien predomina. El Estado está encargado ante todo de mantener el orden, especialmente el orden político. El Estado-empleador, está, pues, vinculado a los ciudadanos que ejercen funciones particularmente importantes para el conjunto de la sociedad, de *mantención* del orden público.<sup>13</sup> La situación jurídica característica es entonces la de la "*función pública*". Esta podría ser definida como una relación de tipo desigual entre el Estado y los trabajadores, quienes están sometidos a un estatuto particular. En los países que practican la distinción entre derecho "público" y derecho "privado", la situación de los funcionarios depende, en lo que concierne a su trabajo, solamente del derecho público.

Pero este análisis no basta, pues el derecho público puede promover o consagrar normas comparables a un Derecho del Trabajo aplicable en el sector privado. ¿Cuáles pueden ser las implicaciones concretas de una tal terminología? ¿Se puede considerar la posibilidad de una relación de asalariado, es decir comparable a las relaciones que pueden tener empleados y asalariados en el sector privado, en las empresas que son del dominio del derecho del trabajo, y más generalmente del derecho privado? ¿Los funcionarios son asalariados subordinados a un empleador especial que es Estado? El debate es todavía, y muy a menudo, bastante vivo, pues la doctrina se presenta en extremo dividida al respecto, aún en este fin del siglo XX.

A nadie puede escapar la importancia y complejidad de la cuestión, sobretodo en una época en que se desarrollan derechos para los asalariados, no sólo en un terreno individual (remuneración mínima, duración del trabajo, vacaciones pagadas, higiene y seguridad, etc.) sino también en el terreno colectivo (libertad de organizarse colectivamente, libertad sindical, libertad de adherir a sindicatos de asalariados, etc.). Se han avanzado numerosas teorías<sup>14</sup> que requieren ya sea la prohibición, ya sea un severo encuadramiento de la huelga en la función pública.

Sin duda la teoría más radical, que excluye toda posibilidad de relaciones "de trabajo" entre el Estado y sus agentes, es aquella que hace pre-

13 El orden público puede ser definido como "la síntesis de los temas jurídicos que definen una sociedad dada". (G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, T. I, *Présentation de l'univers juri-politique*, vol. I, *Société politique et droit*; Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1980, p. 291, N° 176). Conviene reflexionar sobre las concepciones del Estado, inseparables de las orientaciones esenciales tomadas por el Derecho de Trabajo en cada país. (Cf. F. CHATELET y E. PISIER-LOUCHNER, "Les conceptions politiques du XXe. siècle", P.U.F., *Thémis - Sciences politiques*, París, 1981).

14 Cf. esp. Efrén CORDOVA, "Les relations professionnelles dans la fonction publique en Amérique Latine", *Revue Internationale du Travail*, 1980, vol. 119, N° 119, N° 5, esp. p. 635-636.



dominar el aspecto *unilateral* y *jerárquico* de la situación. El funcionario está totalmente sometido al Estado, el cual encarna el *interés general*. Este análisis es completamente institucional. Algunos sociólogos tales como Max WEBER expusieron más sistemáticamente las implicaciones de este análisis; y a menudo los juristas sólo cumplieron el papel de sastres, "cortando" y confeccionando las normas por encargo. "La función acordada al aparato del Estado implica un cierto tipo de organización que permite a los gobernantes disponer de un instrumento dócil y eficaz a la vez. La unidad de dirección constituye, gracias a este hecho, la viga maestra de toda organización burocrática: ella trae aparejada la sumisión de los agentes a una estricta disciplina; ella justifica la autoridad del superior jerárquico a quien los subordinados deben obedecer y quien supervisa su actividad".<sup>15</sup>

Es posible entonces negar la existencia de toda divergencia de intereses entre el Estado y sus agentes. Entre éstos y aquél no pueden existir relaciones "de trabajo" pues ambos están al servicio del solo "interés general". No hay lugar aquí para los derechos subjetivos, considerados como "egoístas", los cuales podrían entrar en conflicto con el interés general.<sup>16</sup> Este último es unívoco; y es, sin duda, sobre este fundamento unitario de la sociedad que reposa tal versión de la institución.<sup>17</sup>

Ciertamente el análisis precitado debe ser puesto en relación con los diferentes contextos políticos y económicos. A este respecto, el derecho comparado es rico en enseñanzas, tanto como la Historia del derecho público y del derecho del trabajo. Sin duda alguna existe una relación entre las teorías del Estado y de la Función pública y las ideologías de los movimientos obreros y más generalmente de los asalariados. La voluntad revolucionaria exhibida por ciertas corrientes del movimiento obrero seguramente han "ayudado" a ciertos partidarios de la doctrina a formular teorías institucionales unitarias como la que ha sido expuesta sucintamente más arriba.

15 J. CHEVALIER y D. LOSCHAK, "Science administrative", Tomo II, "L'administration comme organisation et système d'action": L.G.D.J., París, 1978, p. 12, N° 596.

16 Una necesaria y escrupulosa reflexión sobre la ideología del interés general debe efectuarse en el campo del Derecho del Trabajo, y no sólo en el terreno del sector público. Parece necesario, sin embargo, tomar en consideración el importante esfuerzo de análisis doctrinal hecho en derecho público en este punto. (Cf. J. CHEVALIER y D. LOSCHAK, op. cit., T. I, p. 358 y s., N° 389 y s. D. TRUCHET, "Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat": Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Public, T. CXXV, Préface de J. BOULOUIS, París, 1977. Faculté de Droit et des Sciences économiques de Reims et Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Reims, "Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général", bajo la dirección de J. CHEVALIER: Presses Universitaires de France, París, Vol. I, 1978 y Vol. 2, 1979).

17 Cf. la problemática puesta de relieve in J.C. JAVILLIER, "Dits et non-dits sur le droit du travail", op. cit., nota 6.

Cada cual está en capacidad, pues, de medir la importancia que puede concederse a la contestación y al conflicto en la conquista del aparato del Estado. La huelga será general y revolucionaria.<sup>18</sup> El reconocimiento de un arma en manos de los funcionarios puede revelarse entonces suicida para el Estado, observándose que sus agentes no persiguen en absoluto un objetivo de mejoramiento de su condición —bajo el exclusivo punto de vista de su "trabajo" y protección social— sino más bien el objetivo es la toma del poder. La huelga no puede ser más que excluida cuando los poderes públicos y sus juristas consideran que toda manifestación de una divergencia de intereses conduce ineludiblemente a la eliminación de uno en provecho del otro. En la mayor parte de los países permanecerá largo tiempo aún el recuerdo o la conciencia que existe una antinomia (relativa o absoluta) entre el arma de la huelga y la estabilidad del Estado. Expresada más o menos radicalmente, en términos directos o no, ésta inspira todavía numerosas teorías jurídicas. El orden público no puede continuar siendo el "noyau dur" (núcleo-duro) sino en la medida en que él no se doblegue ante las relaciones de hecho y de fuerza. Y aún más, hay quienes transfieren este propósito a otro terreno: el del servicio público.

Evidentemente, las teorías precitadas han sido, desde hace largo tiempo, vivamente refutadas. De ellas se desprende, especialmente, que puede efectuarse una disociación entre divergencia de intereses profesionales y defensa del interés general. Esto no deja de recordar los debates que han tenido lugar en determinados países a comienzos del siglo XX sobre el contrato de trabajo, implicando éste una subordinación de un individuo (el asalariado) respecto a otro (el empleador). El contrato de trabajo había sido, pues, considerado como inconciliable respecto a ciertas actividades.

¿Un médico o un cirujano podían, en el ejercicio de su arte, estar situados bajo la subordinación directa de un empleador? ¿La independencia necesaria a la realización del acto médico, no se opone a la existencia de un contrato de trabajo? Sin embargo, la mayoría de las veces, la argumentación ha cedido frente a la realidad, dado que existen muchas versiones más o menos constrictivas de la subordinación. Esta, por ejemplo, puede limitarse tan sólo a la integración del trabajador en un servicio determinado. Y respecto a la subordinación misma, física y psicológica, aún quedan muchos análisis por hacer. En general, el derecho de las obligaciones se mantiene en un plano de discreción molesta para el investigador.<sup>19</sup>

18 Algunos autores distinguen pertinentemente las concepciones "para-revolucionarias" de la huelga, de aquellas constitucionales. (Cf. esp. Bernardo DA GAMA LOBO XAVIER, "A licitude dos objetivos da greve (A propósito do artigo 59, N° 2, da constituição)": Revista de Direito e Economia, Lisboa, N° 2, Julho/Dezembro 1979, p. 267-315).

19 Se comparta o no el punto de vista de Georges RIPERT, es necesario rendir un homenaje a sus virtudes de análisis y a su lucidez respecto a muchos mecanismos del derecho. Para este autor "es la persona humana quien es, en realidad, el objeto mismo del contrato al mismo tiempo que es el sujeto de él". (Traité élémentaire de droit civil, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París,



Poco importa la calificación otorgada o la rama del derecho en la cual se inserte, un derecho "del trabajo" en la función pública se ha desarrollado de hecho. En ciertos países, este derecho, por lo demás, ha podido servir de modelo para determinadas cuestiones. Así sucede en efecto con el derecho disciplinario que ha sido explicitado a este respecto, y a menudo, de manera muy desarrollada. Ciertas garantías, tales como: el respeto de los derechos de defensa para el funcionario, antecedentes para la instrucción del expediente (comunicación de este último, examen de él por un organismo paritario, etc.), han sido consideradas por los trabajadores y por los sindicatos del sector privado como un objetivo a alcanzar por la vía legal o convencional. De igual modo, las posibilidades de organización colectiva, especialmente sindical, se han facilitado, a veces, en la función pública por medio del reconocimiento de dispensas de servicio, de las posibilidades de afectación o destinación provisoria en otras funciones administrativas (comisión de servicios) para aquellos funcionarios provistos de mandatos sindicales, etc.

Por último, es necesario subrayar la evolución que desde un punto de vista se ha producido a nivel internacional. En primer lugar, se han creado múltiples organizaciones internacionales que emplean un numeroso personal. En otras palabras, los funcionarios internacionales poco a poco han ido gozando del beneficio de estatutos que implican derechos individuales y colectivos<sup>20</sup>. En este terreno ha habido, sin duda, un desarrollo de la libertad sindical; han ocurrido conflictos laborales. La posibilidad de hacer huelga es a veces objeto de vivas controversias. El derecho de huelga no ha sido expresamente prohibido, dado que puede ser considerado como incluido en el reconocimiento de los derechos sindicales.<sup>21</sup> Por último, ciertos

11ª edición, 1935, p. 382 y s., N° 997 y s. J. M. ANGULA A., "El trabajo humano objeto de contrato", en "Estudios sobre derecho laboral. Homenaje a Rafael CALDERA", Universidad Católica Andrés Bello, Ed. Sucre, Caracas, 1977, T. I., p. 627.

Estas obras sugieren un análisis tanto del Derecho del Trabajo como de la función pública, en términos de liberación y de sometimiento del asalariado y del funcionario (Cf. A. SUPLOT, "Le juge et le droit du travail": Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad de Burdeos I, 1979, esp. p. 40-120).

20 Ya sea se trate de instituciones especializadas de la O.N.U., de organizaciones regionales, de Agencias especializadas, etc. Para un enfoque general, cf. A. PLANTEY, "Droit et pratique de la fonction publique internationale", Ediciones del Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1977. G. VANDERSANDEN, "La liberté syndicale des fonctionnaires des organisations internationales", in "Die Koalitionsfreiheit Arbeitnehmers...", op. cit., nota 6, t. 2, p. 1183-1232.

21 En este sentido, Cf. G. VANDERSANDEN, "La liberté syndicale des fonctionnaires des organisations internationales", art. cit., nota 19. Para este autor, es necesario "admitir que el ejercicio del derecho sindical conlleva el derecho de recurrir a todas las actividades de que los sindicatos pueden legítimamente prevalerse, incluido, así parece, el recurso a la huelga", op. cit., p. 1210.

acuerdos generales ("accords-cadres"), firmados entre las instituciones y los sindicatos, prevén una reglamentación del derecho de huelga.<sup>22</sup> Esta, entonces, ha sido o bien tolerada o bien "encuadrada", en marcos cuyas modalidades varían grandemente.<sup>23</sup>

En segundo lugar, es necesario señalar los trabajos preparatorios y las normas internacionales que se refieren a la situación jurídica de los funcionarios en materia de trabajo. Es así que la 64ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo que tuvo lugar en Ginebra en junio de 1978 ha adoptado una convención y una recomendación sobre las relaciones de trabajo en la función pública.<sup>24</sup> Además de las disposiciones precisas contenidas en esta convención, y en esta recomendación, es necesario subrayar dos elementos esenciales para nuestro propósito.

Por una parte, una cuestión había sido objeto de vivas controversias tanto durante los trabajos preparatorios como en el curso de la Conferencia misma: la que se refiere a la determinación de las categorías de funcionarios englobados en la convención internacional. Finalmente se efectuó una distinción, basada en el principio de un reparto según fuesen las funciones ejercidas. La norma internacional es aplicable "a todas las personas empleadas por las autoridades públicas, en la medida en que no les sean aplicables las disposiciones más favorables de otras convenciones internacionales del trabajo".<sup>25</sup> Sin embargo, inmediatamente a continuación, se instituyó la excepción concerniente a determinados agentes cuyas con-

22 Cf. Los acuerdos generales concernientes a las relaciones entre la Comisión de Comunidades Europeas y las organizaciones sindicales y profesionales, de 20 de sep. de 1974 y 31 de marzo de 1977, reprod. in Annexe III del Informe precitado de G. VANDERSANDEN, p. 1227-1232.

23 Queda por observar la elaboración de un derecho de la función internacional, así como informar de su equiparación o no con el derecho del trabajo (del sector público) de los diferentes países miembros de estas organizaciones. Cf. esp. A. PLANTEY, "Droit et pratique de la fonction publique internationale": Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, op. cit., esp., p. 150 y s., N° 422 y s. - D. RUZIE, "Les relations entre l'administration et le personnel des organisations": Annuaire International de la Fonction Publique, París, 1971-1972, p. 325. En el marco de la C.E.E., Cf. G. VANDERSANDEN, "Le droit de greve des fonctionnaires communautaires": Revue du Marché Commun, París, 1971, p. 461. En el marco de la O.N.U., Cf. Y. BEIGBEDER, "La greve dans les institutions des Nations-Unies": Revue Belge de Droit International Public, 1975, p. 968. Una comparación se impone con el estatuto de los funcionarios de los países socialistas en el marco del COMECON (Consejo de Asistencia Económica Mutua) (Cf. V. MRATCHKOV, "Le régime juridique du travail des ouvriers et des employés des organisations internationales de gestion des pays membres du CAEM": Revue Internationale de droit comparé, Journées de la Société de législation comparée, Année, París, Librairies Techniques, 1981, p. 299).

24 Cf. Revue Internationale du Travail, "La 64eme session de la Conférence internationale du Travail, Juin 1978": 1978, Vol. 117, N° 6, esp., p. 712 y s., "Liberté syndicale et procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique".

25 Revue Internationale du Travail, op. cit., p. 713.



diciones de empleo y las respectivas relaciones de trabajo son determinadas exclusivamente por la legislación nacional.

Se trata en este caso de los "agentes de alto nivel, cuyas funciones son normalmente consideradas como concernientes a la formulación de políticas a seguir o a tareas de dirección, o a los agentes cuyas responsabilidades tienen un carácter altamente confidencial, en las fuerzas armadas o en la policía".<sup>26</sup>

Por otra parte, el principio que se retuvo fue el de una "adaptación", de una "transposición" a la función pública de las normas internacionales que existen en materia de negociación colectiva, las cuales no les eran aplicables hasta entonces. Las garantías que deben gozar los funcionarios están, pues, calcadas de las normas relativas al derecho de organización y de negociación colectiva (convención N° 98 de 1949). Sucede lo mismo en lo que respecta al reglamento de los litigios laborales. Sin embargo, si la cuestión del derecho de huelga ha sido muy discutida en el seno de la comisión, la convención no ha hecho mención alguna al respecto. A decir verdad, la situación no es diferente de aquella de los trabajadores del sector privado, puesto que las convenciones y recomendaciones de la O.I.T. no consagran expresa y directamente el derecho de huelga.<sup>27</sup> Aunque el fenómeno pueda ser enfocado de cerca por las normas internacionales, él permanece tan "candente", que la mayoría de las veces la prudencia diplomática aconseja eludir el concepto.<sup>28</sup>

## 2) Los servicios públicos y la continuidad.

Las intervenciones del Estado van multiplicándose.<sup>29</sup> Ya no se trata tan solo del control del orden público, de la mantención de un orden

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Debe precisarse, sin embargo, que una importante jurisprudencia sobre esta cuestión emana de la actividad de los diferentes órganos de control, especialmente el Comité de la libertad sindical. Las prohibiciones absolutas son consideradas como excesivas, o al menos que ellas deben acompañarse de medidas de salvaguardia para la protección de los intereses profesionales de los trabajadores (Cf. N. VALTICOS, "Droit International du Travail", Traité DALLOZ du Droit du Travail, T. VIII, París, 1970).

<sup>28</sup> Existen sin embargo, algunas excepciones. El primer texto internacional que reconoció directa y expresamente el derecho de huelga es la Carta Social Europea firmada en el marco del Consejo Europeo (1961, art. 7. Cf. N. VALTICOS, *ibid.*, p. 273 y 274, N° 277).

<sup>29</sup> En la lista de los "servicios públicos" dada por el Código del Trabajo de Costa Rica (Ley N° 2 del 27 de agosto de 1943; La Gaceta, año LXXI, del 7 de nov. de 1949, N° 25, p. 2069). Trad. B.I.T., serie legislativa, 1949, C.R. 3), el artículo 369 (modif. esp. en 1954), nótese los puntos c (transportes, puertos, etc.) y d (hospitales, propiedad y alumbrado municipal, etc.).

Cf. B. VAN DER LAAT, "La Huelga y el Paro en COSTA RICA (Los Conflictos colectivos de trabajo según la legislación de Costa Rica)": Editorial Juricentro, San José, 1979, esp. "Limitaciones al Derecho de Huelga", "El concepto de servicio público en el Código de Trabajo", p. 74-89.

político, sino también de la intervención en el dominio diversos: pre-ocupación por mantener la independencia del Estado frente a las potencias económicas, a las presiones extranjeras, la firme voluntad de controlar ciertos sectores claves para la estabilidad de las instituciones políticas, etc.

Se desarrolla una ideología: la del servicio público.<sup>30</sup> El Estado toma a su cargo la gestión de los servicios en el interés del conjunto de los ciudadanos. Por esta razón se asocia al Estado el principio de *continuidad*. Puesto que se trata, para el conjunto de los ciudadanos, de servicios de una importancia capital, el Estado tiende a que éstos no puedan ser interrumpidos. Ya sea que se trate del agua, del gas, de la radio o de la televisión, de la salud o del bienestar mínimo de los ciudadanos, la interrupción de los servicios es considerada como necesariamente grave.

Sin embargo, en un plano jurídico, y sociológico, en numerosos países la situación difiere sensiblemente de la que se observa a propósito de la función pública, y del orden público. La idea de una relación "de trabajo" entre un empleador (el Estado) y los asalariados (los agentes de los servicios públicos) no parece chocar a los espíritus más clásicos. Por cierto, la construcción jurídica puede variar grandemente: estatutos particulares derogatorios de los de la Función pública, contratos de trabajo (de derecho público, incluso de derecho privado), etc. Puede aceptarse incluso el reconocimiento de las libertades colectivas: libertad de asociarse, de sindicarse. En cuanto a la huelga, ella puede tener derecho de ciudadanía jurídica. Pero su reconocimiento choca con uno de los "pilares" del orden jurídico en el dominio de los servicios públicos: el principio de la continuidad.

Esto podría constituir una nueva situación normativa. La existencia de un servicio público como tal, podría no oponerse al reconocimiento jurídico de la huelga. Pero, según algunos, es necesario inmediatamente articular, conciliar este derecho con los principios considerados fundamentales. El orden público ya no es perturbado por el solo hecho que los trabajadores recurran a un procedimiento de lucha colectiva. El orden público podría sufrir si dicho procedimiento perturba en forma demasiado grave la misión que el Estado entiende realizar por medio de sus servicios públicos. El reconocimiento de la huelga implicaría entonces una cierta proporcionalidad entre el procedimiento de lucha utilizado y los resultados pretendidos por los trabajadores.

En realidad, es necesario medir aún las implicaciones de esta nueva perspectiva en cuanto al reconocimiento de la huelga en un terreno jurídico. En efecto, la cuestión previa ha sido, desde luego, el reconocimiento

<sup>30</sup> La terminología es variada en extremo: servicios "esenciales", "públicos", o aún de "utilidad pública". (Cf. A. S. BRONSTEIN, "Las relaciones laborales en las empresas estatales de América Latina", O.I.T., op. cit., Ginebra, 1981, esp., p. 92 y p. 15, "Ensayo de Tipología").



de una relación entre el Estado y sus agentes sobre bases consideradas por el conjunto del Derecho del Trabajo. El Estado deviene casi "empleador" en el sentido habitual. Es decir que él tiene derechos pero también obligaciones, la ejecución de las cuales puede ser exigida por los trabajadores. La relación jurídica es incluso flexible. A diferencia de un estatuto de la Función pública caracterizado por la imposibilidad de ser modificado directamente mediante un acuerdo entre el Estado y sus agentes, en el marco de los servicios públicos, la flexibilidad de las normas, es, en cierta medida, cuestión de cada una de las partes interesadas.

La flexibilidad tendría entonces un límite, aquel señalado por la continuidad del servicio público. Al respecto, la mayoría de las veces, entonces, corresponderá al juez fijar el umbral de lo intolerable.

Perfectamente revelador de tal punto de vista es el análisis efectuado por el Consejo Constitucional francés. Conociendo de un recurso elevado ante él contra una ley tendiente a limitar las posibilidades de ejercicio de derecho de huelga en los establecimientos públicos de radio y de televisión, el Consejo se pronunció de la siguiente manera:

"Considerando que según los términos del preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, confirmado por el de la Constitución del 4 de octubre de 1958: "el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo reglamentan"; que al promulgar esta disposición los constituyentes han tenido la intención de señalar que el derecho de huelga es un principio de valor constitucional, pero que él tiene límites, y han habilitado al legislador a trazarlos efectuando la conciliación necesaria entre la defensa de los intereses profesionales, para la cual la huelga es un medio, y la salvaguardia del interés general al que la huelga podría perjudicar; que, en lo que concierne especialmente a los servicios públicos, el reconocimiento del derecho de huelga no podría tener por resultado obstaculizar el poder del legislador para aportar a dicho derecho las necesarias limitaciones tendientes a asegurar la continuidad del servicio público, la cual, tanto como el derecho de huelga a su vez, posee el carácter de un principio de valor constitucional".<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Consejo Constitucional, 25 de julio de 1979, decisión N° 79-105 CD.: J.O., julio 1979; A.J.D.A., septiembre 1979, Jur., p. 46 y marzo 1980, p. 191 y las obs. D., 1980, C., L. HAMON, "Greve et continuité du service public: mirage de la conciliation ou modalit  de l'arbitrage?", p. 333; D.S., 1980, nota C, LEYMARIE, "Le droit de greve a la Radiodiffusion-Tel vision française", p. 7; J.C.P., 1981, Ed. G., II, 19547, J. - C. BEGHIN y Ed. C. I, 13519, nota cit. Este contencioso es anterior al cambio político resultante de las elecciones presidenciales y legislativas de 1981; ha sido anunciada por el Gobierno una abrogación de las diferentes disposiciones legislativas restrictivas particularmente y para comenzar la ley del 13 de julio de 1963, relativa al ejercicio del derecho de huelga en el sector público).

Los sociólogos añadirán sin duda una observación que no est  desprovista, por cierto, de consecuencias jurídicas.<sup>32</sup> La opinión pública, o por lo menos lo que se puede hacer de ella, a menudo está a la cabeza cuando se trata de requerir la aplicación de normas restrictivas.  No son acaso los usuarios las eternas víctimas de las interrupciones de los servicios públicos? Además, se puede plantear la hipótesis que si para la función pública ciertas interrupciones no son siempre malas a los ojos de los "usuarios" (las aduanas, la policía, etc.), sucede lo contrario con ciertos servicios públicos (los transportes, los correos, etc.).

De allí la posibilidad de un requerimiento ( suscitado por algunos?) de limitación e incluso de prohibición de la huelga en esos servicios. Ciertos espíritus, y no sin "mala" intención, encontrarán en ello la ocasión de revelar los sutiles ropajes ideológicos a los que se presta tan bien la huelga y su impugnación jurídica.<sup>33</sup>

El reconocimiento jurídico de la huelga en los servicios públicos va acompañado, pues, lo más a menudo, de una extrema reticencia de las autoridades públicas y de los jueces. Las obligaciones propias de este sector parecen justificar para muchos un marco normativo que disminuye seriamente el alcance real de dicho reconocimiento, aun cuando éste sea formulado como un principio general.<sup>34</sup>

Tal como será examinado más adelante, el reconocimiento se efectúa, jurídicamente hablando, de una u otra forma, "de los dientes para afuera": el derecho se mantiene precario y diversos procedimientos permiten diferir

<sup>32</sup> Cf. esp. R. HYMAN, "Strikes", FONTANA/COLLINS, Glasgow, 3d. Impression, 1978, esp. "Strikes and Society", p. 140 y s. - S. CHRISTENSEN, "Unions and the Public interest. Collective bargaining in the Government sector", The FRASER Institute Vancouver, 1980.

<sup>33</sup> Para Roland BARTHES, es la ocasión de revelar una mitología ("Mythologies", Ed. du Seuil, París, Collection Point, N° 10, 1957, p. 134 y s.): "Es que en efecto nosotros volvemos a encontrar aquí un rasgo constitutivo de la mentalidad reaccionaria, que consiste en dispersar la colectividad en individuos y el individuo en esencias (...) Oponer el huelguista al usuario, es constituir el mundo en teatro, extraer del hombre total un actor particular, y confrontar estos actores arbitrarios en el embuste de una simbólica que finge creer que la parte no es más que una reducción perfecta del todo" (op. cit., p. 135 y 136). Barthes concluye: "La paradoja es que el hombre pequeño burgués invoca lo natural de su aislamiento en el momento preciso en que la huelga lo curva bajo la evidencia de subordinación" (op. cit., p. 137).

<sup>34</sup> A título de ejemplo, se puede analizar la decisión tomada por la Corte Constitucional de Italia (N° 222) el 2 de agosto de 1976, relativa al sector hospitalario (expuesta y comentada en los International Labour Law Reports, SIJTHOFF y NOODHOFF, Alphen aan den Rijn, vol. 2, 1975/1976, p. 270).

(N.B.) Esta expresión no debe ser asimilada a la "ideología de la seguridad nacional" tal y como se ha desarrollado en ciertos países de América Latina, Cf. esp. P. MENDEZ-FETTER, "Crisis de confianza en la Justicia": MENSAJE, Santiago de Chile, N° 284, Noviembre 1979, esp. p. 719-728). Sin embargo, en el fondo, existen sin duda algunos paralelos que se pueden establecer a partir del concepto de "seguridad".



su ejercicio en el tiempo. El arma podrá ser utilizada, pero en la medida en que ella haya perdido su excesiva nocividad. Los procedimientos y plazos de espera previos a la huelga, de origen administrativo o judicial, permiten velar por el principio de la continuidad de los servicios esenciales. El concepto de orden público hubiese permitido, normativamente, la absoluta continuidad. El principio de continuidad, en sus diferentes acepciones, podrá conducir a resultados próximos.

Pero la intervención del Estado se ha desarrollado a veces en sectores que no pueden ser considerados como esenciales para la vida de la Nación. De los servicios públicos, ¿no se pasará al sector público?

### 3) *El sector público de interés nacional (N. B.) y la seguridad tecnológica*

El Estado no interviene sólo para asegurar ciertos servicios considerados como esenciales para el país, sino que él deviene "empresario" por diversas razones (políticas, económicas, etc.). Esta intervención reviste formas jurídicas muy variadas. De esta manera, ocurre que el Estado pase a tener ingerencia en las empresas comerciales ya existentes, las cuales están, pues, sometidas al derecho "común" del trabajo. Es decir que no existe ningún particularismo que distinga las relaciones jurídicas entre el empleador (el Estado, total o parcialmente) y los asalariados de la empresa. Así sucede también con las relaciones colectivas de trabajo. Los trabajadores pueden organizarse colectivamente con plena libertad adherir o no al sindicato de su elección, utilizar los procedimientos de lucha reconocidos para todos los asalariados.

Sin embargo, se efectúa a veces un paralelo entre el sector de interés nacional y los servicios públicos. Las empresas que se encuentran total o parcialmente bajo el control —directo o no— del Estado, desean para ellas la aplicación de principios y técnicas jurídicas propias de los servicios públicos, invocando especialmente la necesidad de la continuidad de sus servicios. Su argumentación principal se basa en la importancia y en los riesgos que reviste para la colectividad sus respectivas producciones y servicios.

La existencia de un sector de interés nacional diferenciado del servicio público por la aplicación del derecho "común" del trabajo y de las sociedades comerciales, no excluye, sin embargo, un tratamiento "diferenciado" de la huelga. Sucede que los jueces lleguen a aplicar a este sector determinados principios que ellos extraen de las técnicas propias de los servicios públicos. De esta manera el principio de continuidad podrá ser aplicado mucho más allá de los servicios públicos esenciales. Tanto la presencia de inversiones públicas como la importancia económica de un determinado sector para la vida nacional, podrán ser considerados como justificantes de un tratamiento jurídico particular. Dicho tratamiento, restrictivo en el campo de las relaciones colectivas de trabajo y muy especialmente de la huelga, se funda la mayoría de las veces en silogismos,

expresados en términos de principios generales del derecho, y de manera alguna en normas particulares.

A este respecto, debe prestarse una especial atención a las incidencias de la tecnología sobre el tratamiento jurídico de los conflictos del trabajo, tanto en el sector público como en otros sectores. Un tratamiento jurídico diferencial corresponde, ya no sólo al dominio de intervención económica del Estado sino también al sector que representa altos riesgos, riesgos tecnológicos mayores, para la población.

En realidad, en numerosos países, sectores tecnológicos de vanguardia van acompañados de una intervención más o menos importante, directa o no, del Estado, especialmente a través de ayudas en el campo de la investigación o de la protección de la población. Así ocurre en el sector del átomo. Dado que este último a menudo está ligado a intereses militares y estratégicos, el Estado le confiere una particular atención. A causa de que los riesgos para la población son inmensos, especialmente en lo que concierne a las posibles consecuencias de violaciones de las reglas relativas a la higiene y a la seguridad, el Estado puede rodear esta producción de un cierto número de limitaciones de las condiciones de ejercicio de las libertades colectivas, especialmente del derecho de huelga.

El concepto de *riesgo tecnológico mayor* es, sin duda alguna, el origen de un tratamiento jurídico particular para los nuevos "sectores públicos", definidos no ya por el dominio estatal directo o no de las estructuras jurídicas de la empresa, sino por las condiciones de la producción y la intervención en ésta previa o posterior, del Estado. El jurista debe estar consciente de las consecuencias profundas, sobre sus propias técnicas, de las evoluciones tecnológicas sobrevenidas en este fin de siglo.<sup>35</sup>

La evolución de nuevas tecnologías de alto riesgo para la población ha originado, sin duda, un importante sector de interés público; por ello, normas particulares se le han adscrito, normas cuya característica común estriba, ciertamente en el hecho de ser restrictivas en relación al conjunto de normas aplicables a las empresas sujetas a un derecho (común) del trabajo.

<sup>35</sup> A este respecto se puede realizar un paralelo con la evolución tecnológica de fines del siglo XIX, la que tuvo importantes consecuencias en el campo del derecho civil: los mecanismos del derecho de las obligaciones fueron ampliamente sometidos a discusión para responder a las necesidades en materia de indemnización a consecuencia de nuevos riesgos (explosión de máquinas, etc.). Ciertas recientes evoluciones del derecho del trabajo deben relacionarse sin duda a los nuevos riesgos de catástrofes. Para un enfoque sociológico, cf. esp. Patrick LAGADEC, "Le risque technologique majeur. Politique, risque et processus de développement", Pergamon Press, París, Oxford, Nueva York, Sydney, Francfort, colección Futuribles, 1981; "La civilisation du risque. Catastrophes technologiques et responsabilité sociale", Ed. du SEUIL, colección "Science ouverte", París, 1981.



De manera más general y a la vez más grave, llama fuertemente la atención del observador las importantes limitaciones a las libertades públicas que se han efectuado de esta manera. Son numerosos aquellos que han subrayado el "costo" que en este terreno se ha debido pagar por los progresos tecnológicos de nuestro fin de siglo.<sup>36</sup> Cada cual se encuentra confrontado a las nuevas y delicadas cuestiones que resultan de los riesgos considerables que para la población representan ciertas producciones, especialmente las atómicas. ¿Debe realizarse entonces una nueva conciliación entre la utilización por parte de los trabajadores de procedimientos de lucha y la seguridad de las personas y bienes?

Siempre en este mismo terreno, existen decisiones administrativas o judiciales que toman en consideración la importancia práctica e inmediata de este planteamiento. Conociendo de un recurso contra una ley que reglaba la protección y la utilización de materias nucleares el Consejo Constitucional francés declaraba lo que sigue:

"Considerando que según los términos del preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, confirmado por el de la Constitución del 4 de octubre de 1958: "el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que lo reglamentan"; que al promulgar esta disposición los constituyentes han tenido la intención de señalar que el derecho de huelga es un principio de valor constitucional, pero que él tiene límites, y han habilitado al legislador a trazarlos efectuando la conciliación necesaria entre la defensa de los intereses profesionales, para la cual la huelga es un medio, y la salvaguardia del interés general al que la huelga podría perjudicar; que, en lo que concierne especialmente a la detención y a la utilización de materias nucleares, el reconocimiento del derecho de huelga no podría tener por resultado obstaculizar el poder del legislador para aportar a dicho derecho las necesarias limitaciones tendientes a asegurar la protección de la salud y de la seguridad de las personas y de los bienes, protección que, tanto como el derecho de huelga, a su vez, posee el carácter de un principio de valor constitucional".<sup>37</sup>

#### B. Las interrogantes sociológicas

Las diferentes argumentaciones que abogan por un rechazo del reconocimiento del derecho de huelga, o por la imposición de limitaciones

<sup>36</sup> Cf. esp. C.F.D.T., "Les dégats du progres. Les travailleurs face au changement technique", Ed. du SEUIL, colección "Politique", N° 85, París, 1977.

<sup>37</sup> Consejo Constitucional, 22 de julio de 1980, decisión N° 80-117: J.O., julio 1980; Actualité Juridique de Droit Administratif, 1980, p. 441, nota D. TURPIN, "Le droit de greve face a un nouveau principe de valeur constitutionnel". Este contencioso es anterior al cambio político operado a causa de las elecciones presidenciales y legislativas de 1981. Han sido anunciadas reformas que no ponen en tela de juicio, al parecer, las normas planteadas más arriba.

importantes obstaculizando tal reconocimiento en principio y en la práctica, en el sector público, en los servicios públicos y en la función pública, deben ser confrontadas a interrogantes sociológicos. Cualquiera que sea en efecto la argumentación utilizada, queda siempre por pronunciarse sobre el fenómeno sociológico que constituye la huelga, sobre su interpretación, sobre su "juridización".<sup>38</sup>

Dos observaciones pueden formularse en este aspecto. En primer lugar, el concepto jurídico de huelga lejos está de corresponder siempre a todas las formas de conflicto que pueden existir entre el Estado y sus agentes, entre las empresas públicas y sus asalariados, entre las empresas del sector público y sus asalariados. La huelga muchas veces se reduce a un conflicto "abierto" entre los unos y los otros, incluso entre sindicatos y trabajadores. Pero tal percepción del fenómeno huelga, si bien puede satisfacer al jurista, no puede ser pertinente para quien observe la totalidad de los fenómenos de los conflictos del trabajo. Conflicto abierto también es el recurso a la suspensión del trabajo u otros procedimientos evidentes de lucha (reducción de la producción, ocupación de los lugares de trabajo, etc.). La diversidad de las armas utilizadas por los trabajadores para obtener satisfacción de las diferentes reivindicaciones que ellos pretenden, es considerable.<sup>39</sup>

La gran diversidad de armas que pueden utilizar los trabajadores para hacer avanzar sus reivindicaciones sugiere, pues, una gran prudencia

<sup>38</sup> La literatura al respecto es abundante y sin duda no guarda proporción con la conciencia corriente que poseen los juristas acerca de la complejidad del fenómeno. Cf. esp. R. GUBBELS, "La greve, phénomène de civilisation": Etudes d'économie sociale, Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie E. SOLVAY, Bruselas, 1962. - F. SELLIER, "Stratégie de la lutte sociale": Les Editions Ouvrières, Collection "Relations sociales", París, 1961. G. SPITAEELS et "Les conflits sociaux en Europe": Editions MARABOUT-SERVICE, Verviers, 1971. G. ADAM y J. - D. REYNAUD, "Conflits du travail et changement social": Presses Universitaires de France, Colección "Sociologies", París, 1978. - L. FRANÇOIS, "Théorie des relations collectives du travail en droit belge": Editions E. BRUYLANT, Colección "droit social", Bruselas, 1980. - Sir OTTO KAHN-FREUND, "Labour and the Law": STEVENS & SONS, Londres, 2ª Ed. 1977. - Sir OTTO KAHN-FREUND and B. HEPPLER, "Laws against Strikes": Fabian Research Series, N° 305, Londres, 1972. - L. Enrique DE LA VILLA y Carlos PALOMEQUE, "Introducción a la Economía del Trabajo": Editorial DEBATE, Madrid, Vol. II, 1977. - R. HYMAN, "Strikes": FONTANA/COLLINGS, Glasgow, 3ª ed., 1978. - E. BATSTONE, I. BORASTON, S. FRENKEL, "The Social Organization of Strikes": Warwick Studies in Industrial Relations, BASIL BLACKWELL, Oxford, 1978. - C. MOREL, "La greve froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal": Les Editions de l'Organisation, Préface J. - D. REYNAUD, París, 1981. - G. CAIRE, "La greve ouvrière": LES EDITIONS OUVRIERES, Colección "Relations Sociales", París, 1978.

<sup>39</sup> Para un reciente y sugestivo análisis de la variedad de las armas, Cf. Christian MOREL, "La greve froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal", prefacio de J. - D. REYNAUD, Les Editions d'Organisation, París, 1981, y esp. la Parte I, "Les armes", p. 77 y s., "Les armes non diplomatiques", Comp. - E. BATSTONE, I. BORASTON y S. FRENKEL, "The Social Organization of Strikes," op. cit. nota 31.



en el análisis del alcance real del reconocimiento jurídico o no de la huelga.

En efecto, la prohibición de la huelga no podría, sin embargo, eliminar todas las hipótesis de utilización de procedimientos de lucha por parte de los trabajadores. Podría incluso existir una relación entre el grado de intervención jurídica y la capacidad de "invención" de los trabajadores. Podría elaborarse un inventario de sus múltiples respuestas a dichas normas de prohibición. Pudiendo observarse, empero, que no parece posible reducir la diversidad de los fenómenos de lucha de los asalariados a la situación de simples respuestas frente a situaciones normativas.

Pero, al contrario de la proposición que se acaba de formular, numerosos sociólogos han subrayado asimismo cómo el reconocimiento jurídico de la huelga ha tenido por consecuencia suscitar iniciativas tendientes a mantener "fuera del derecho" (*hors le droit*) el fenómeno de la lucha en el trabajo.

Sería demasiado largo considerar aquí, en toda su complejidad, las "relaciones con el derecho" (*rapport au droit*), que tienen los asalariados, derivadas de sus propias relaciones con el trabajo. Podría ser simplemente que una búsqueda (consciente o no) del "no-derecho" se expresa a través de los conflictos del trabajo. La voluntad de situarse fuera del derecho, de suspender las relaciones de obligación, de sometimiento, que caracterizan todas las relaciones entre el Estado y los funcionarios, entre los empleadores y los asalariados, conducen a un rechazo de la "juridización", incluso parcial, del conflicto de trabajo.

Quizás convendría conceder más importancia de la que aparentemente posee al desfase terminológico que existe frecuentemente entre la huelga como fenómeno sociológico. La terminología utilizada por los mismos huelguistas parece, por su acentuada coloración, por su antagonismo confirmado, contradecir la prudencia y la abstracción de las terminologías jurídicas.

Abundando en la observación que acabamos de efectuar, nos es forzoso dedicar una palabra a una eterna preocupación —incluso angustia— que aqueja a los juristas. El derecho relativo a los conflictos del trabajo, ¿es efectivo?, ¿es eficaz? Es necesario separar las dos órdenes de preocupaciones. La terminología es muy diferente. La efectividad es la medida de la puesta en práctica del derecho. Un derecho efectivo es un derecho que es plenamente respetado. De ahí esa primera constatación: que una ausencia de contencioso no significa en modo alguno una plena inefectividad. ¿No es acaso el derecho más efectivo aquel que no es controvertido? Y sin embargo, algunos subrayan que el criterio del derecho, la medida de un fenómeno de "juridicidad"<sup>40</sup> reside en la contestación

posible de la norma, lo más a menudo mediante un procedimiento y ante un organismo particular, una jurisdicción. La incertidumbre es total cuando cada cual, frente a una ausencia de contestación de las normas, piensa en una interperitación opuesta. Derecho perfectamente inefectivo. A tal punto, que nadie piensa en impugnar la aplicación de las normas, en discutir sus interpretaciones.

Así pues, llegando al término de una serie de reflexiones sobre los debates previos puede formularse una advertencia. Es preciso, absolutamente, no detenerse de manera exclusiva en las normas relativas a la huelga. Para que el análisis sea pertinente debe conducirse simultáneamente a través de diferentes terrenos. La prohibición de la huelga en el sector público puede revestir significaciones muy diferentes y sus consecuencias pueden ser de un orden especialmente divergente. Algunos llegarán a pensar que la huelga, prohibida, encuadrada con fuerza por el derecho no está lejos de haber regresado a su estado natural ("état de 'nature'"). Si el conflicto participa de la esencia misma de las relaciones entre los hombres y las sociedades, no cabe duda que las normas jurídicas no pueden conducir más que a modificaciones, a transferencias. Si el conflicto, la huelga, no constituyen tan solo fenómenos depresión, sino también de expresión,<sup>41</sup> se tratará entonces de un cambio de planeta para el jurista. Pero quizás es más prudente volver a las normas, para examinar cuáles son las respuestas jurídicas a los procedimientos de lucha en el sector público (*lato sensu*).

## II. EL "ENCUADRAMIENTO" NORMATIVO DE LA HUELGA

Sin duda algunas numerosas técnicas jurídicas coexisten en un mismo sistema normativo. Sin embargo, parece deseable proponer una tipología general que permita delimitar mejor los problemas planteados (A). No obstante, el análisis de la diferenciación de las técnicas no es suficiente, puesto que es esencialmente el dispositivo de conjunto el que otorga a las técnicas utilizadas su alcance real. *Regímenes* muy diferentes se aplican a la huelga tanto en el sector público como en el sector privado (B).

### A. Las técnicas jurídicas

Las normas relativas a la huelga, consideradas separadamente, son en extremo diferentes unas de otras. Las exigencias de calificación son más o menos detalladas, dependiendo del caso. Sin embargo, puede hacerse una distinción de conjunto. Unas veces son normas generales las que se aplican a la situación de conflicto; en otras palabras, las técnicas son indiferenciadas (1). Otras veces se utilizan técnicas propias,

<sup>40</sup> Cf. J. CARBONNIER, "Sociologie juridique", op. cit., nota 7, esp. "La distinction du juridique et du social nonjuridique", p. 174 y s.

<sup>41</sup> Cf. J. - C. JAVILLIER, "Les conflits du travail", Preses Universitaires de France, colección "Que sais-Je?", N° 1638, 2ª ed., París, 1981, esp. 11, N° 3.



diferenciadas (2). Evidentemente lo que ocurre más a menudo es que ambas clases de técnicas se utilizan simultáneamente. Pero frecuentemente pueden observarse al respecto ciertas características "dominantes".

1) *Las técnicas indiferenciadas*

Los primeros pasos de todo trámite jurídico corresponde al de la *definición* de una situación y al de su *calificación* respecto al Derecho. Y cada cual bien sabe que este último puede tomar partido por no hacerse cargo más que de ciertos hechos. Al rehusar tomar en consideración ciertas situaciones, el Derecho entiende rechazarlas. Así sucede con la definición jurídica de la huelga. Que esta última provenga de la ley, de la jurisprudencia o de la doctrina, los elementos que se retienen para su definición constituyen otras tantas limitaciones. Definir mejor puede equivaler a veces a restringir las posibilidades de acción de los interesados. La libertad o el derecho reconocidos se limitan en efecto al campo tomando en consideración por la definición.

No carece de interés subrayar aquí que existen en numerosos sistemas jurídicos diferentes definiciones de huelga según se trate del sector "público" o del sector "privado". De esta manera se puede denotar una tendencia a excluir todo tinte político de la huelga desde el momento en que el Estado está directamente o indirectamente concernido por el conflicto del trabajo.<sup>42</sup>

Asimismo, ciertas modalidades del ejercicio del derecho de huelga están expresamente excluidas de la definición del movimiento considerado como lícito. La idea de una necesaria continuidad en los servicios públicos sugiere la eliminación de procedimientos de lucha que conducen muy pronto a sus utilizadores a desorganizar los servicios. Las huelgas sorpresas, las huelgas escalonadas o por turnos serán expresamente eliminadas en la definición aceptada, y por lo tanto necesaria, para que el movimiento de los trabajadores pueda tener acceso a ese derecho.

De igual modo, es frecuente que ciertos procedimientos de lucha, que acompañan el recurso a la huelga, sean directamente suprimidos, en razón del particularismo de la situación de los trabajadores. Cuando se trata de la función pública, los lugares mismos de trabajo son considerados como excluidos de toda utilización con fines "privados", especialmente cuando se les utiliza para hacer valer intereses profesionales. La ocupación

42 La huelga (solamente) "política" frecuentemente está excluida (especialmente por remisión a una definición del objeto de la acción sindical, que debe permanecer "profesional") la combinación ("mixité") de reivindicaciones permite en el sector privado, más fácilmente, considerar el movimiento como lícito. En el sector público (lato sensu), la teoría de la combinación ("théorie de la mixité") la mayoría de las veces es rechazada.

de los locales de trabajo, la huelga de brazos caídos,<sup>43</sup> son expresamente desechadas, entonces, como modalidades de huelga. Por lo demás, a menudo se prevén calificaciones penales por medio de textos represivos. No obstante, es necesario proponerse para tales casos un nuevo orden de reflexión.

Recurrir a las técnicas indiferenciadas significa también, evidentemente, aplicar las sanciones previstas por el derecho del trabajo y las otras ramas del Derecho, interviniendo por supuesto tanto el derecho de la función pública, los estatutos particulares, como el derecho del trabajo.

Aplicar reglas disciplinarias puede dar lugar a ásperos debates; que bastante evocar al respecto el problema que se ha planteado en todas partes, consistente en saber si los funcionarios o los trabajadores del sector público que utilizan procedimientos de lucha ilegales se encuentran o no en una situación comprendida en las disposiciones legales. ¿Tienen derecho los funcionarios de invocar las disposiciones estatutarias que les otorgan ciertas garantías en materia disciplinaria? Puede preverse un respeto mínimo de los derechos de la defensa (derecho a ser escuchado previamente a cualquier tipo de sanción, de ser asistido por un tercero, de obtener la comunicación previa del expediente administrativo, etc.).

Con el fin de evitar toda penetración en el terreno jurídico de la huelga, ciertas legislaciones, como ciertas decisiones de los tribunales de justicia, han excluido expresamente la posibilidad de una aplicación de las reglas estatutarias, en la hipótesis que un conflicto del trabajo haya sobrevenido ilegalmente. Los mismos huelguistas se han colocado fuera de las normas; no pueden pretender beneficiarse de ningún tipo de protección, cualquiera que sea.

A decir verdad, la argumentación no sólo se limita a la huelga en el sector público. En numerosos países, el reconocimiento jurídico de la huelga en el sector privado no ha tenido por consecuencia la exclusión de los mecanismos jurídicos clásicos, tal como la aplicación del derecho de las obligaciones. La huelga ha podido ser considerada como una inexecución culpable de las obligaciones por parte del asalariado. A partir de ese momento, en consecuencia, el empleador al invocar esta culpa, se desliga de todas sus obligaciones contractuales.<sup>44</sup>

43 Las dificultades de la calificación jurídica son aquí evidentes. ¿Cómo distinguir la huelga de brazos caídos de la ocupación de los lugares de trabajo? Esta tendría lugar tanto durante como fuera de las horas de trabajo habituales, mientras que aquélla (huelga de brazos caídos) estaría limitada a estas últimas así como al lugar mismo del puesto de trabajo. Sin embargo, la complejidad del sistema de producción hace a menudo inutilizable tal distinción.

44 Es la técnica llamada de la "toma de acta" o "toma de nota" (prise d'acte). El autor de la ruptura no es aquel que (aparentemente) aleja al asalariado de la empresa. No se trata pues de una revocación o de un despido. Desde ese momento las reglas protectoras del asalariado no entran a actuar. La doctrina denuncia, en todas partes, los peligros de tales calificaciones, subrayando que hay una ficción: ya que se trata del empleador quien ha decidido separarse del asalariado; de esta manera, las reglas relativas a la revocación o al despido deberían, pues, aplicarse.



Fue a menudo bajo el impulso de una crítica doctrinal (a partir de una voluntad de hacer eficaz el reconocimiento de la huelga) que la jurisprudencia y la legislación suprimieron toda técnica de la "toma de acta". ("prise d'acte") ya aludida (cf. nota 44). Esta era la condición previa para hacer triunfar plenamente la técnica de la suspensión del contrato de trabajo a continuación de haber recurrido los trabajadores a la huelga.

Otra técnica indiferenciada de tratamiento de la huelga es la concierne al derecho relativo a la remuneración<sup>45</sup> percibida por el funcionario, el agente o el asalariado, en contrapartida a su trabajo. Mientras que por regla general se ha consagrado el principio de la proporcionalidad en el sector privado, salvo acuerdo convencional, lo más frecuente es que dicho principio esté excluido en el sector público (lato sensu).

El principio de proporcionalidad conduce a considerar que debe existir una relación entre la duración de la huelga y la pérdida de la remuneración. Esta pérdida debe corresponder a la proporción de la remuneración que el agente habría debido percibir si él hubiera trabajado normalmente. Evidentemente, diversas disposiciones, especialmente convencionales, permiten ampliar la pérdida del salario en relación a la duración de la utilización del procedimiento de lucha, echando mano, especialmente, a los mecanismos del derecho de las obligaciones (convenciones individuales o colectivas de asiduidad, previendo en contrapartida primas por continuidad en el trabajo, etc.)<sup>46</sup>

En el sector público, el respeto del principio de proporcionalidad no está asegurado, incluso en la hipótesis en que la huelga se considere lícita. Se rompe entonces, la relación de proporcionalidad entre la duración de la huelga y la parte de la remuneración retenida.<sup>47</sup>

45 La diferencia terminológica es muchas veces profundamente reveladora de una cierta elección y nos remite a los debates previos mencionados en la Parte I de este informe. Así se hablará de salario para el sector privado y para las empresas del sector público sometidas al derecho del trabajo, y de *tratamiento* para los agentes, funcionarios del Estado. Esto puede constituir un rechazo de un "salarido" en este último dominio.

46 Esto puede plantear delicados problemas relativos a la jerarquía de las normas. La huelga, cuando ella constituye un derecho (especialmente constitucional), puede ser objeto de limitaciones convencionales, aceptadas, pues, por los asalariados? O más aún, si el principio de mejoración de la norma superior por la norma inferior —en el sentido solamente favorable al asalariado— es considerado por el derecho positivo, es normativamente posible un "encuadramiento" del derecho de huelga? El debate apasionará seguramente a aquellos que se declaran partidarios de una concepción kelsesiana del derecho. Cf. esp. N. ALIPRANTIS, "La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque d'Ouvrages de Droit Social, T. XXII, prefacio de la Sra. Prof. H. SINAY, París, 1980, esp. "Les Conventions collectives et la liberté de greve, p. 18 y s.

47 Bajo la reserva de las protecciones que pueden concenir a una parte inembargable de la remuneración, que no es susceptible de ser descontada cualquiera que sea el motivo, a causa de su naturaleza alimentaria. De igual modo, estas últimas reglas pueden conducir a una progresividad del descuento y a su escalonamiento en el tiempo.

Tal caso se presenta, por ejemplo, cuando se aplican las reglas de contabilidad pública que prevén la indivisibilidad de una fracción del tratamiento (pago) correspondiente a una duración mínima como es la jornada de trabajo.<sup>48</sup>

Para sancionar el recurso a procedimientos de lucha ilícitos, el principio de proporcionalidad es a veces en gran medida impugnado. La idea consiste entonces en aplicar una verdadera sanción financiera en caso de huelga ilegal, diferente de las reglas contables que pueden existir para otros casos de ausencia no autorizada por la Administración o la empresa.

Así sucede, por ejemplo, en ciertos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>49</sup> En efecto, la gran mayoría de los Estados prohíben la huelga de los empleados públicos, cualesquiera que fuesen las razones y las modalidades.<sup>50</sup> Así, en el Estado de Nueva York, en el artículo 210 (1) de la Taylor Law (1967), que condena todo recurso a la huelga por parte de los agentes públicos<sup>51</sup> se prevé una penalidad especial de "dos por uno". Es decir, que la pérdida de remuneración por cada día de huelga es igual al doble de tratamiento correspondiente que habría sido percibido si el agente hubiera trabajado.<sup>52</sup> Así se efectúa, entonces, la aplicación de la técnica antedicha. Uno de los casos que ilustra mejor esta situación se puede encontrar en la huelga de los guardias de prisión que tuvo lugar en abril y mayo de 1979.<sup>53</sup>

48 De esta manera, en Francia, una regla denominada del "30avo indivisible", prevé que todo descuento por servicio no cumplido no puede ser inferior al monto de la remuneración percibida por el agente durante una jornada completa de trabajo. Algunos han visto en ello una especie de "incitación" a hacer huelga por una duración a lo menos igual a la jornada de trabajo. Pero no es tal el objetivo, seguramente, perseguido por las autoridades públicas. En el cuadro de la exención de los derechos sindicales que deben ocurrir como consecuencia de los cambios políticos producidos en 1981, está previsto abrogar la regla contable precitada.

49 Cf. B. V. H. SCHNEIDER, "public Sector Labor Legislation An Evolutionary Analysis", in Benjamin AARON, Joseph GRODIN and James STERN, eds. "Public Sector Bargaining", Madison, Wis., Industrial Research Association, 1979, Harry T. EDWARDS, R. Theodore CLARK and Charles B. Craver. "Labor Relations Law in the Public Sector": 2da ed., Nueva York, Bobbs-Merrill, 1979, esp. p. 527-534.

50 Parece que sólo ocho Estados Permiten la huelga de los empleados Públicos.

51 Allí se prevé: ningún "public employee or employee organization shall engage in a trike, and no public employee organization shall cause, instigate, en courage,

52 Está prescrito que el "chief fiscal officer" está autorizado a "to deduct from the compensation of each (alleged strike participant) an amount equal to twice his daily rate of pay for each day or part thereof that was determined that he had" participated in a strike).

53 Cf. Lynn ZIMMER and James B. JACOBS, "Challenging the Taylor Law: Prison Guards on Strike": Industrial Labor Relations, Cornell University, New-York, 1981, Vol. 34, N° 4, p. 531-544. - Andrew A. PETERSON, "Deterring Strikes by Public Employees: New-York's Two-For-One Salary Penalty and the 1979 Prison Guard Strike": Ibidem, p. 545-562.



Evidentemente corresponde efectuar un análisis exhaustivo de la utilización de los mecanismos de disuasión y de sanción financieras. Este análisis debe hacerse tanto sobre un plano estrictamente normativo como sobre uno de sociología del derecho, como también en el plano más general de las relaciones profesionales. Es así que la automaticidad de la distancia existente entre la duración de la huelga y la pérdida de salario derivada normalmente de la duración de la suspensión del trabajo, puede revelarse como teniendo resultados muy contradictorios (escasa utilización en la práctica, búsqueda de rodeos para aplicar la coacción por medio de otros mecanismos disciplinarios, etc.). Estas son las razones que predisponen a algunos a abogar por suavizar el mecanismo presentado más arriba.<sup>54</sup>

Por último, una ilustración final de las técnicas indiferenciadas puede encontrarse en el empleo de las responsabilidades civiles y penales. Esta es, sin duda, la tentación más común en que caen las legislaciones y los jueces. Muchos textos represivos permiten, en efecto, dejar caer el peso de calificaciones penales —a menudo agravadas en lo que concierne al sector público— sobre los movimientos de huelga. Es frecuente advertir allí la utilización de normas previstas para fines muy diferentes a los conflictos del trabajo. Cualesquiera que hayan podido ser las promesas adelantadas a los compromisos contraídos por el legislador, subrayando que las incriminaciones no atañen más que a delitos "de derecho común", siempre puede suceder que un texto sea objeto de aplicaciones diferentes. Pues la norma no pertenece nunca plenamente a sus autores; ella no está destinada necesariamente a vivir sola. El jurista sabe por experiencia que cada cual podrá conceder a una regla cualquiera interpretación que no sea contradicha por su formulación misma.<sup>55</sup> Sin duda, uno de los rasgos

54 Cf. a propósito del "Two-For-One-Penalty" aplicable en el Estado de Nueva York, las críticas y las proposiciones de modificación formuladas por Andrew A. PETERSON en su artículo precitado.

55 La literatura es abundante; sin embargo, es difícil, tanto para el práctico como para el investigador y el profesor, dejar de efectuar una reflexión basada en sus propias prácticas y a partir de contribuciones fundamentales. Lo que implica que el jurista del trabajo necesariamente debe estar en contacto con las publicaciones de las otras especialidades. La autonomía del Derecho del Trabajo, desde este punto de vista, no tiene sentido. Acerca de la interpretación del derecho y la "lógica" jurídica, cf. esp. Archives de philosophie dudroit. "L'interprétation dans le droit". SIREY, Paris, T. XVII, 1972. - M. VAN KERCHOVE et alii, "L'interprétation en droit. Approche interdisciplinaire", Faculté de Droit de L'Université Saint-Louis, Bruselas, 1978. - Ch. FERELMAN, "Logique juridique. Nouvelle rhétorique", Ed. DALLOZ, Paris, 1976. Les Publications du Centre National de Recherches de Logique de Bruselas. - W. GOLDSCHMIDT, "Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 6ª Ed., 1980, esp. N° 261 y s., p. 253 y s. Y evidentemente las obras clásicas y siempre pertinentes, tales como las de Francois GENY, "Methodes d'interpretation et sources en droit privé positif", prefacio de R. SALFILLES, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Paris, 2ª Ed., nuevo tiraje, 1954, 2 tomos. Desde luego, en nombre del materialismo histórico, algunos proponen análisis completamente diferentes. Cf. esp. M. MIAILLE, "Une introduction critique au droit", Ed. Francois MASPERO, Colección "Textes à l'appui", Paris, 1976.

fundamentales del Derecho consiste en poder evolucionar con el curso de los acontecimientos, en sentidos "imprevistos",<sup>56</sup> lo cual está ligado, desde luego, a esta irreductible polisemia del Derecho.<sup>57</sup>

La puesta en juego de las responsabilidades civiles, contractuales, o no, está muy difundida. Combinada a menudo con técnicas penales, ella pretende compensar las pérdidas sufridas por la colectividad pública a causa de la interrupción de los servicios; pudiendo también permitir una indemnización por las pérdidas de remuneración sufridas por aquellos que no hayan querido asociarse al movimiento ilícito o abusivo.

Pero la técnica clásica de la responsabilidad civil tropieza con muchas dificultades teóricas y prácticas cuando ella se confronta con los conflictos del trabajo. Conceptos tales como los de perjuicio, de falta, relación de causalidad entre ésta y aquél, resultan muy difíciles de aplicar. Por cierto cuando el movimiento es considerado ilícito, los conceptos de falta y perjuicio son susceptibles de aplicación. Aunque es preciso efectuar una apreciación de la extensión exacta de las pérdidas derivadas de la suspensión del trabajo. ¿No puede el comportamiento del empleador estar encaminado a acrecentar considerablemente las consecuencias de la desorganización de la producción originada por un conflicto del trabajo? ¿No pueden las transferencias de producción permitir neutralizar el efecto nocivo del movimiento? ¿Puede el jurista contentarse con un análisis de la responsabilidad en el solo marco del servicio afectado directamente por la huelga? ¿El derecho de las obligaciones es siempre pertinente al parcelar, segmentar, el campo de análisis? El debate es pues de envergadura y atañe a la filosofía.

Siempre quedarán cuestiones fundamentales que resolver en este camino de la responsabilidad civil aplicada al conflicto del trabajo,

56 Lo cual puede entristecer o regocijar al filósofo o al sociólogo del derecho, "pues es una maravillosa invención, cuando se reflexiona en ello, esta posibilidad de poner en reserva la voluntad soberana, de almacenar en palabras un poco de poder, un mandamiento que vivirá perpetuamente (la perpetuidad está siempre en la intención, en el deseo de la ley), que se perpetuará desprendida de la boca, de la mano (mundium, manus) de las fuerzas físicas que lo han creado", Jean CARBONNIER, "Essais sur les lois", Editions du Répertoire du Notariat Défrénois, Paris, 1979, prefacio, p. 9), agregando que "incluso para las leyes sin futuro, puede haber un porvenir" (ibid., p. 17); constatando por último que "es bueno que así suceda, que la hoja desprendida del árbol, vaya adonde la lleven los vientos", J. CARBONNIER, op. cit. Capítulo I, "La Tutelle", p. 21.

57 ¿Tiene la impresión el jurista que por fin ha definido un concepto con rigor? ¿Que incluso ha forjado una expresión particular para un hipótesis definida? A las primeras confrontaciones con las realidades contenciosas, él tropieza con la imposibilidad de conservar para el concepto sólo un sentido jurídico original. La sociología del Derecho puede constatar a este respecto un hecho que puede sorprender: la mayoría de las veces son los científicos, y más generalmente los no-juristas de profesión, quienes poseen una mayor propensión a ignorar o a descartar esta irreductible polisemia. ¿Huellas de "lo sagrado" en el Derecho? Voluntad de mantener aparte ciertos hechos mediante un tratamiento jurídico? A cada cual su razón, o sus razones, de "crear" en el Derecho.



cuestiones tales como la existencia de una responsabilidad individual y/o colectiva. ¿Debe ser analizado cada comportamiento para determinar con certidumbre si existe un delito que pueda comprometer una determinada responsabilidad en el conflicto? ¿O bien hay que atenerse a un análisis en términos colectivos?

Esto equivale a plantear el problema de los delitos o faltas necesariamente individuales o colectivos. La más radical de las soluciones para los jueces puede consistir en utilizar la *máscara* de lo individual para tratar, sin confesarlo de manera técnica, directamente lo colectivo.<sup>58</sup> Desde el momento en que el agente ha participado en un movimiento considerado como ilícito o abusivo, el magistrado tomará en cuenta la existencia de un delito individual. Es sin duda esta una técnica en extremo eficaz, que permite la eliminación de esas formas de conflictos tan temidos. Tendiendo el derecho de las obligaciones a no hacerse cargo más que de las relaciones entre individuos aisladamente considerados, con la huelga se ha franqueado un paso hacia lo colectivo. Pero ese paso es radical. Los riesgos de "resbalar" hacia lo colectivo son demasiado importantes, dado que el Estado, el empleador, podrá escoger automáticamente a los que "caigan" en ello, partiendo de una calificación previa del conflicto. La discriminación puede efectuarse bajo la forma de una simple puesta en juego de la responsabilidad civil.

Por otra parte, nos aproximamos aquí al problema de la aplicación de las sanciones profesionales. No aplicar las normas habitualmente previstas, recurrir a un mecanismo colectivo de responsabilidad, bien podría constituir el triunfo de una completa arbitrariedad en materia de derecho de los conflictos del trabajo. Los procedimientos estatutarios, como las condiciones previas de la responsabilidad individual, son en efecto indispensables para permitir de verificar al menos si el conflicto invocado puede o no ser motivo de sanción. Una vez pasado ese "filtrado" previo no puede existir ya ninguna garantía para los funcionarios o agentes.

Muchas otras técnicas indiferenciadas pueden utilizarse para tratar los conflictos del trabajo en el sector público "lato sensu". No es el caso, por supuesto, de considerarlos en este lugar. Es necesario, sin embargo, decir dos palabras en lo que concierne al *derecho de la seguridad social y de la ayuda social*.

<sup>58</sup> Sería necesario reflexionar en las "máscaras" del derecho, en su importancia y en su utilización práctica en las sociedades. La parte correspondiente a lo sagrado, a lo lúdico en el fondo de toda norma, de todo silogismo, nos convida a realizar un examen crítico de nuestras razones de argumentar, de nuestras finalidades confesadas o no, en la actividad intelectual que necesaria y cotidianamente tiene todo hombre. Algunos se han internado en estos difíciles caminos. Cf. esp. Claude LEVY-STRAUSS, "La voie des masques", Editions Albert SKIRA, colección "Les sentiers de la création", Ginebra, 2 tomos, 1975. Roger CAILLOIS, "L'home et le sacré", Editions GALLIMARD, N.R.F., colección "Idées", N° 24, París (1950), 1970.

En efecto, la protección social a la cual puede acogerse el asalariado o el agente, son de una importancia capital para éstos. Su suspensión o su pérdida son, pues, esenciales, para la prosecución de una huelga. La reglamentación relativa a las condiciones necesarias para gozar del beneficio de una "cobertura" social y de las prestaciones correspondientes, debe examinarse con detención. Es raro que la duración del conflicto tenga incidencia sobre la existencia misma de una protección social en la función pública. Pero sucede frecuentemente que en el sector público (para los asalariados que gozan especialmente de una protección común a las empresas privadas) la prolongación de un conflicto pueda generar la suspensión o pérdida de la protección.<sup>59</sup> El beneficio de la protección proviene a menudo y fundamentalmente de las cotizaciones deducidas del salario percibido por el trabajador. Puede preverse un cierto plazo más allá del cual, a falta de pago de las cotizaciones, se suspende o incluso se suprime el régimen de protección. El papel representado, en materia de seguridad social, por las asociaciones o sindicatos profesionales está en ciertos países directamente ligado a la suspensión o ruptura ante-dichas.

El análisis a este respecto debe ser llevado más adelante. Podemos ofrecer aquí un ejemplo ilustrativo concerniente a los accidentes del trabajo y a las enfermedades profesionales. En aquellos países donde la definición de accidente del trabajo implica la existencia de una subordinación del trabajador respecto a sus empleadores, delicadas cuestiones pueden plantearse en este sentido. Es preciso entonces determinar cuál es precisamente la situación jurídica en que se halla un agente o un asalariado que está en huelga.<sup>60</sup> ¿Se ha roto el contrato de trabajo? ¿Se infiere automáticamente de ello que no pueden ya los trabajadores ser favorecidos con las prestaciones propias del régimen de accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales? Si el contrato simplemente está suspendido, queda por precisar las implicaciones que reviste este hecho sobre el elemento de subordinación. ¿La obligación del trabajador puede incluir elementos de exención o dispensa de ella misma? Cuando el trabajador ejerce

<sup>59</sup> En lo que concierne a la situación de los trabajadores en caso de *enfermedad* pueden consultarse los informes y trabajos del IX Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Munich, 12-15 de septiembre de 1978), Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, HEIDELBERG, 1978, T. 1, p. 405 y s. y T. 2, p. 531-727.

<sup>60</sup> A decir verdad la cuestión es técnicamente delicada pero siempre fundamental, ya sea se trate del derecho de las representaciones de los trabajadores (ejercicio de atribuciones) o del derecho de huelga. Sobre esta última cuestión pueden consultarse los análisis doctrinales. Cf. esp. A. BRUN y H. GALLAN "Droit du Travail", Ed. SIREY, París, 2da. Ed., 1978, T. 2, p. 464 y s., N° III y s. R. LATOURNERIE, "Le droit français de la greve", Ed. SIREY, París, 1972, p. 443 y s. H. SINAY, "La greve", Traité DALLOZ de Droit du Travail, T. 6, París, 1966, p. 243 y s., N° 108 y s. S. SINAY y J. - C. JAVILLIER, "La greve", op. cit., puesta al día al 1° de enero de 1979, p. 94, N° 112 y s. Del mismo modo pueden seguirse la evolución de los análisis doctrinales. Cf. H. SINAY et J. - C. JAVILLIER, "La greve", Traité DALLOZ de Droit du Travail, París, T. 6, 2da. Ed., 1982, de próxima publicación.



un mandato de representación, una función sindical, ¿cesa él, total o parcialmente, de encontrarse en situación de subordinación? ¿Se encuentra entonces sometido al interés de la empresa que es común al empleador y a los trabajadores? Se trata entonces de determinar claramente si una conciliación entre las representaciones de los trabajadores y los métodos de luchas laborales debe realizarse con el contrato de trabajo o el concepto de institución que podría reflejar la empresa.

Cuando se toma en cuenta la versión "institucional" de la utilización de los procedimientos de lucha, se favorecen atenuaciones e incluso una neutralización de las reglas habituales que implican la pérdida de la protección en materia de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales. La "relación de trabajo" no es solamente una relación de ejecución del contrato de trabajo, sino también una relación general de cooperación e incluso una relación conflictual.

Se puede apreciar de esta manera cuán reveladora es toda utilización de técnicas indiferenciadas de opciones fundamentales y siempre de graves consecuencias tanto para el derecho de los conflictos del trabajo, como de manera general para el derecho de las representaciones de los trabajadores en la empresa o el servicio respectivo.

## 2) Las técnicas diferenciadas

El "tratamiento" de la huelga por el Derecho puede provenir de la utilización de técnicas propias. En otras palabras, no se emplean en este caso los mecanismos habitualmente aplicables o, más aún, las técnicas que otras disciplinas podrían proponer en las situaciones previstas. Como ya se ha dicho, no se trata aquí de efectuar un inventario exhaustivo de estas técnicas diferenciadas. Solamente pueden presentarse algunos ejemplos que sugieren la importancia y la urgencia de una investigación en la materia.

Una primera técnica es aquella de la "inmunidad".<sup>61</sup> Es decir, que el o los comportamientos no serán analizados o medidos con la misma

61 El ejemplo más clásico es el del Reino Unido. Un "elaborate set of protections confers upon trade unions and those organising them or taking industrial action a series of negative immunities against civil and criminal liabilities imposed by the common law", B. KEPPLER, "The freedom of the worker to organise in the United Kingdom", in "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers (...)", op. cit., nota 6, T. I, p. 1017, N° 1-5. - Cf. P. DAVIES and M. FRIEDLAND, "Labour Law, Texts and Materials", Weidenfeld and Nicolson, colección "Law in Context" Londres, 1979, esp. 591 y s. y "Supplement to the First Edition (updated to July 1980)", Londres, esp., p. 8-01 y s. - P. ELIAS, B. NAPIER, P. WALLINGTON, "Labour Law. Cases and Materials" BUTTERWORTHS, Londres, 1980, esp. p. 210 y s. O. KAHN-FREUND, "Labour and the Law", op. cit., nota 31, esp. p. 225 y s.

vara de las técnicas habituales.<sup>62</sup> El jurista debe entonces ponerse las gafas adecuadas según sea la situación. Y la inmunidad puede tener diferentes acepciones. Es posible que la huelga constituya un paréntesis en los mecanismos jurídicos habituales, tales como los relativos a la disciplina o la responsabilidad penal y civil. La inmunidad es entonces la garantía de un tratamiento particular. La mayoría de las veces, esta técnica está ligada a un enfoque global del conflicto del trabajo. Este último se integra en una perspectiva de relaciones profesionales o industriales, constituyendo uno de los elementos, que relacionados con otros, confiere un relieve propio al conjunto.

Es así como, en el sector público, y especialmente en la función pública, una concepción "orgánica" de la huelga se articula a veces con un sistema de inmunidad sindical. El Estado, o el empleador, pierde sus poderes habituales respecto a los agentes que han recurrido a un procedimiento de lucha admitido legalmente. Aquéllos, salvo excepción, no pueden poner en juego las reglas disciplinarias, así como tampoco la responsabilidad civil o penal. Si esto no sucede, no es para permitir la aplicación, en tal perspectiva de la técnica de "toma de nota" ("prise d'acte) ya considerada (exclusión del estatuto y de las normas aplicables habitualmente en una situación comparable). Todo lo contrario, la inmunidad es considerada como una protección contra todo sistema represivo en el marco de un conflicto determinado. Muy generalmente esto es la consecuencia de una estrecha ligazón entre huelga y asociación profesional o sindicato. Estos últimos son considerados como los titulares, directos o no, del derecho de huelga. Lo que a su vez implica obligaciones que permiten un "encuadramiento" de la huelga, en la mayoría de los casos mediante una remisión o traslado a los modos de reglamento de los conflictos del trabajo.

Tal sistema no puede ser analizado ni comprendido sin consideraciones previas de carácter sociológico.<sup>62 bis</sup> Frecuentemente los analistas

62 El sistema de inmunidad es a menudo la respuesta del legislador a la voluntad manifestada por los jueces de restringir las posibilidades de organización y de lucha de los trabajadores. Respecto al Reino Unido, el Prof. Bob HEPPLER observa: "The immunities therefore represent a series of responses by Parliament to judicial decisions which appeared to undermine —the freedom to organise and to strike. In this respect the basic assumption of Parliamentary intervention for over a century has been summed up as one of "collective *laissez faire*" that is securing the freedom of management to manage and the freedom of organised labour to regulate the terms on which workers will work" (in "The Freedom of Worker to Organise in the United Kingdom", op. cit., nota 50, p. 1018, N° 1. 6.). La Lectura tanto de los artículos como de las obras publicadas en el Reino Unido se revela de gran interés. Cf. esp. Lord WEDDERBURN OF CHARLTON, "Industrial Relations and the Courts": The Industrial Law Journal, 1980, p. 65-94, así como el libro fundamental de P.S. ATIYAH, "The Rise and Fall of Freedom of Contract", CLARENDON PRESS, Oxford, 1979.

62 bis Cf. esp. ADAM et J. -D. REYNAUD, "Conflits du travail et changement social": PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, colección "Sociologies", París, 1973. Ch. MOREL, "La grève froide. Stratégies syndicales et pouvoir patronal": Prefacio J. -D. REYNAUD, Les Editions d'Organisation, París, 1982.



subrayan el particularismo tanto del sindicalismo como de las asociaciones profesionales en el sector público, y singularmente en la función pública. En diferentes grados, existiría una "integración" o solamente una cooperación reforzada entre autoridad pública y representantes de los trabajadores, cooperación más o menos desarrollada, pero determinante. Es así que en el campo disciplinario se prevén a veces procedimientos que constituyen condiciones previas para la aplicación de sanciones, con la participación de los sindicatos o de las asociaciones profesionales.

La inmunidad, especialmente en materia de conflictos laborales, puede ser estrechamente dependiente de un sistema de prevención de tales conflictos. Estos conflictos laborales están sometidos a una especie de "autorreglamentación" por los mismos interesados, en un marco sindical o asociativo. La contrapartida de esto es la "puesta fuera del derecho común" (la mise "ors droit commun") de las relaciones jurídicas en tiempo de huelga. La extensión de esta medida excluyente puede variar apreciablemente, concerniendo solamente al derecho del trabajo, o a este último y a los derechos civil y penal.

Por último, es necesario tener en cuenta una técnica diferenciada del tratamiento de la huelga que se sitúa en la línea de prolongación de las antedichas observaciones. Se trata de ligar estrechamente la utilización de los procedimientos de lucha la oral a los modos de arreglo o solución de los conflictos.<sup>63</sup> La utilización de aquéllos está subordinada a la previa observación de éstos. En el sector público sucede bastante frecuentemente que la admisión del conflicto laboral esté asociada a una reducción inmediata y sensible de su nocividad. Las exigencias del orden público, la necesidad de la continuidad de los servicios —que han sido considerados más arriba—, abogan por una técnica de "encuadramiento" mediante la combinación de ambos elementos. La huelga debe entonces necesariamente permanecer en calidad de "última ratio". Para permitir esto, se ha impuesto el recurso previo a los modos de arreglo de los conflictos, ya sea se trata de procedimientos internos de los servicios o de la empresa (procedimientos "la queja" ("griefs")),<sup>64</sup> o de procedimientos exteriores.

63 Cf. esp. International Labour Office, "Conciliation and Arbitration. Procedures in Labour Disputes. A comparative Study", Ginebra, 1980, esp. "Conciliation in major Disputes", "Regulation of strikes and lock-out in major disputes", p. 126 y s.

64 Se trata entonces de permitir un tratamiento de lo contencioso relativo al funcionamiento del servicio, a la disciplina, a procedimientos formalizados y susceptibles de desembocar en recursos exteriores.

(N.B.) Algunos sindicatos, especialmente en el plano internacional, manifiestan su inquietud frente a una degradación de los derechos sindicales en el sector público. (Cf. la resolución de la Confederación Internacional de Sindicatos Libres "sobre los servicios públicos y los derechos sindicales"; Comité ejecutivo, 1º - 2 de julio de 1981, Bulletin Economique et Sociale de la C.I.S.L., Bruselas, 1981, vol. XXIX, N° 3 y 4, p. 20).

## B. Los regímenes jurídicos (N.B.)

La combinación de las diferentes técnicas utilizadas conduce a una situación normativa de conjunto que sobrepasa a cada uno de sus componentes.

El Derecho puede dar lugar a perspectivas de análisis muy diferentes. Para algunos, cada rasgo, cada coloración presentada, se debe analizar en sí; cada norma llega a constituir un mundo jurídico que se basta a sí mismo. El jurista debe describir, analizar, penetrar cada mecanismo jurídico, siendo el derecho comparado quien debe dar cuenta de cada uno de esos elementos. Este es el punto de vista más estrictamente normativista. La norma: tal es el lugar donde se realiza y se acaba la tarea del jurista, el santuario donde reposa la esencia de derecho.

Pero existe otra perspectiva. Ninguna norma existe en estado aislado. Ninguna regla jurídica puede soñar con el estado de aislamiento de Robinson Crusoe, pues toda regla no es nada más que una península, jamás una isla. Ella necesariamente debe estar combinada con otras normas; no existe nunca en estado "puro y duro". La norma virgen es una norma desconocida. Para comprender realmente el Derecho, no es necesario siempre hablar en términos de conjunto<sup>65</sup> o de sistema.<sup>66</sup>

Sería necesario, en efecto, no dejarse llevar por el gusto del "espléndido" aislamiento de la especulación jurídica fragmentada. Normas jurídicas muy parecidas pueden existir de manera evidente en sistemas jurídicos en extremo diferentes. Norma, dínos dónde estás y te diremos quién eres y lo que tú haces realmente.

65 Lo que significa en otros términos que el Derecho es una *totalidad discontinua*. Totalidad, puesto que el conjunto de normas, su interpretación, su aplicación, es la condición previa al análisis de una regla particular, sobre todo para cualquier estudio de derecho comparado. El calificativo "discontinua" tiende a traducir la posibilidad de variación contingente del dispositivo técnico de una regla particular. En una misma perspectiva de conjunto se presentan opciones técnicas. Así pues, la variación, la diversidad de las normas puede unas veces tener poca importancia, y otras, revelar profundos cambios, anunciar mutaciones de fondo en la legalidad y en las instituciones de un país. La norma más pequeña puede tanto permitir un análisis penetrante como esconder la realidad, y por esta causa ser completamente reveladora. El comparatista debe estar advertido de ello, si quiere dedicarse a cualquiera investigación, por muy modesta que ella sea.

66 El concepto de *sistema* no podría en este caso conducir al analista por los caminos de la equivalencia de las normas y de las situaciones de conjunto. El análisis llamado "sistemático" es pertinente en la medida (esencial) en que él no pretenda (sin confesarlo) eliminar de su campo todos los debates de orden ideológico o político. Se desprenden del sistema, como de la institución grandes ambigüedades y utilidades para los juristas. Pero cada cual debería, como mínimo, expresar lo más claramente posible los presupuestos fundamentales a los cuales se remiten los conceptos que se invocan. Cf. J. C. JAVILLIER, "Dits et non-dits sur le droit du travail", art. cit., nota 9.



Nuestra perspectiva de análisis es, y esto no puede sorprender a nadie, la segunda, expuesta más arriba.<sup>67</sup> Es en un análisis de la interacción de las diferentes normas que es necesario detenerse, para dar cuenta del derecho del trabajo en sus técnicas y realidades. Así se puede intentar reducir los riesgos de "contrasentidos" dramáticos en Derecho, especialmente en el Derecho comparado del Trabajo.

No es pertinente en este lugar considerar los diferentes tratamientos de los procedimientos de lucha laboral y de los modos de arreglo de los conflictos.<sup>68</sup> Lo importante es, por ejemplo, señalar si la huelga está ligada o no al agotamiento de todas las formas previstas de solución de las divergencias o, todavía, si ella está subordinada a la imposición por parte de la autoridad pública, en función de circunstancias particularmente graves, de procedimientos previos de arreglo, que suspenden la posibilidad de recurrir a las armas habitualmente disponibles. Pero aquí, una vez más, tales disposiciones están en la mayor parte de los casos ligadas a un reconocimiento particular de la organización sindical o de las asociaciones profesionales.

Queda pues por presentar, rápida y superficialmente, las finalidades de la utilización de las técnicas consideradas más arriba. Algunos hablarán de regímenes jurídicos de la huelga, y más generalmente de los conflictos del trabajo.<sup>69</sup>

67 Cf. J. -C. JAVILLIER, "Droit du Travail", 2ª Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981, esp. los "Méthodes d'analyse", p. 23 y s. N° 11 y s. "Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1982, eod. loc., y puesta al día al 17 de octubre de 1981, L.G.D.J., Paris, 1982.

68 Cf. esp. O. KAHN-FREUND, "Quelques réflexions sur le règlement des conflits du travail au point de vue du droit comparé", Revue Internationale de Droit comparé, Paris, 1960, p. 325. - P. LAROQUE, "Comment résoudre les conflits collectifs du travail", Libre Justice, Paris, 1965, N° 1; K. W. WEDDERBURN y P. L. DAVIES, "employment Grievances and Disputes Procedures in Britain", University of California Press, Berkeley, 1969. - BLANC-JOUVAN et alii, "Labor Courts and Grievance Settlement in Western Europe", University of California Press, Berkeley, 1971. - Rapports et Travaux du 9ème. Congrès de l'Association Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Munich, 12-15 de sept. 1978, Tema I, "Arbitraje y papel de los tribunales del trabajo: Administración de la Justicia en el Derecho del Trabajo, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1978, T. I, p. 1-402.

69 Prolongando las observaciones formuladas más arriba, admitiéndose que es necesario señalar una "totalidad discontinua" en lo que concierne a los conflictos del trabajo, es esencial buscar las tipologías, las interacciones entre las normas que efectúan el "encuadramiento" de la huelga. No se trata aquí de restablecer éstas y aquéllas. Pero algunas parecen esenciales: conflictos "justiciables" y "negociables" y modos de arreglo "heterónomos" o "autónomos". Cf. J. -C. JAVILLIER, "Droit du Travail", op. cit., 2ª Ed., 1982, esp. p. 577 y s., N° 688 y s.

Pero, una vez más, hay que relacionar los diferentes elementos normativos relativos a los conflictos del trabajo. El "puzzle" jurídico no puede, por ejemplo, ser resuelto sin que los procedimientos de lucha de los empleadores y de los trabajadores hayan sido puestos en paralelo. Una de las cuestiones previas no es la que concierne a la igualdad de armas? Cf. J. -C. JAVILLIER, op. cit., esp. p. 519 y s., N° 634.

Compenetrémonos, pues, del estado de espíritu de los artistas "impresionistas". Cada trazo importa menos que la realidad del conjunto. La pincelada discontinua importa sólo en la medida que revela una totalidad.

Pueden observarse en el mundo tres dominantes existentes en materia de huelga en el sector público, que corresponden respectivamente: ya sea a la prohibición, a la tolerancia y al reconocimiento de ese tipo de huelga.<sup>70</sup>

### 1) La prohibición de la huelga

Sin duda es el régimen jurídico que parece a primera vista el más simple, mediante el cual se rehúsa toda clase de procedimientos de lucha individual o colectiva a los funcionarios, a los agentes de los servicios públicos, a los asalariados de las empresas públicas. La prohibición de la huelga va acompañada entonces de sanciones penales. Se efectúa, por lo demás, una distinción entre simples participantes de estos movimientos ilícitos y sus "instigadores", previéndose para estos últimos calificaciones penales agravadas y sanciones civiles más rigurosas, que constituyen las secuelas naturales de aquéllas.

Así como lo observa el Prof. Lucien FRANCOIS: "El estatuto de huelga más difundido es aquel de la prohibición. Es, en todo caso, el régimen normal en las dictaduras, ya sea en las llamadas "dictaduras del proletariado" o en aquellas del "mundo libre". Estamos persuadidos que ciertas dictaduras no solamente prohíben la huelga, sino que han nacido con el objeto de prohibirla".<sup>71</sup>

Sin embargo, es esencial determinar cuáles son las modalidades y la extensión de la prohibición de la huelga. Puede ser una prohibición defi-

70 Evidentemente, pueden presentarse otras tipologías. Es así que pueden leerse con gran interés los análisis propuestos por el Prof. Lucien FRANCOIS, in "Théorie des relations collectives du travail en droit belge", Et. Emile BRUYLANT, Colección "Droit Social", Bruselas, 1980, esp. p. 56 y s., N° 30 y s. Este colega distingue cuatro tipos de regímenes: los regímenes de prohibición, el régimen de permisión, los regímenes de estímulo y, por último, los regímenes compuestos.

En lo que se refiere a la huelga de los agentes públicos, Hans KRUCK efectúa la distinción siguiente: "1. General ban on strikes for public servants. 2. Ban on strikes for special categories of public servants. - 3. Ban on strikes of special branches of State administration. - 4. Ban on strikes for especial grades. 5. Restrictions on the exercise of the right to strike. - 6. Unlimited right to strike for public servants. - 7. Special cases: Countries which no longer enforce the ban on strikes" in "The Freedom to Organize of Public Servants": "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers Rechtsvergleichung und Völkerrecht", op. cit., nota 6, T. 2, p. 1305-1308.

71 L. FRANCOIS, op. cit., p. 57, N° 31, agrega: "Por ejemplo, después de un golpe de Estado militar, no es raro que uno de los primeros decretos publicados en el Diario Oficial esté destinado a poner la huelga fuera de la ley, o, lo que resulta prácticamente lo mismo, a disolver toda organización de tipo sindical que no esté colocada bajo la autoridad del gobierno". (Ibidem, en nota).



mitiva, englobando todas las categorías de trabajadores, tanto del sector público como del sector privado. Pero puede suceder también que la prohibición sólo sea temporal o que no considere sino a ciertas categorías de trabajadores.

En esta última hipótesis, el régimen de prohibición puede no ser válido más que para un núcleo ("noyau") más o menos "duro" del orden público o de los servicios indispensables al interés general. A través del mundo se puede constatar que ciertas categorías de trabajadores poseen la característica común de estar sometidos a tal régimen de prohibición. Nos referimos, por ejemplo, a los responsables de las administraciones del Estado, policías, bomberos, militares,<sup>72</sup> guardias de prisión, magistrados, controladores del tráfico aéreo, etc. Existen legislaciones especiales para estas diferentes categorías de funcionarios, las cuales si bien no eliminan la posibilidad de organizarse colectivamente (sindicatos y/o asociaciones profesionales), por lo menos excluyen el recurso a procedimientos de lucha, especialmente la huelga.

La prohibición es temporal cuando la reglamentación concede al Estado, a las administraciones, a los empleadores, la posibilidad de recurrir a procedimientos que tienen por resultado privar del derecho de huelga a ciertas categorías de agentes.<sup>73</sup> Tal mecanismo es a menudo complementario del precedente, permitiendo entonces al Estado y a sus administraciones completar la lista de servicios esenciales. El procedimiento de "requisición", y a veces de "militarización",<sup>74</sup> del sector público, puede estar ligado a una obligación de negociar, impuesta durante un cierto período a los agentes y a las organizaciones de los sectores concernidos.

72 Algunos hablan de una "permanencia de un acantonamiento jurídico del ejército". (Cf. Michel SENECHAL, "Droits politiques et liberté d'expression des officiers des forces armées", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Public, T. LV, París, 1964, esp. p. 83 y s.). Se trata de dejar de lado las normas generales relativas a las libertades, especialmente sindicales, exclusión que puede resultar de explicaciones muy diferentes (defensa del país por parte del ejército, neutralidad política de éste, defensa de la democracia contra el ejército, etc.). - Para un estudio del derecho comparado, f. - Société Internationale de Droit pénal militaire et de Droit de la Guerre, "Les droits de l'homme dans les forces armées, 7ème Congrès international, San Remo, 23-28 Septembre 1976: Recueils de la Société, Tome VII, 2 Volumes, Bruxelles, 1978.

73 La técnica más clásica y la más difundida en el mundo, es sin duda la de la requisición, que hace del trabajador, la mayoría de las veces, un soldado. Cf. esp. J. -P. DORCY, "Les réquisitions personnelles", L.G.D.J., Bibliothèques d'ouvrages de droit social, T. VI. Prefacio de R. VOUIN, París, 1965, p. 209 y s. Existe también la técnica de la suspensión de ciertas garantías constitucionales por parte del Gobierno o de una Asamblea parlamentaria. Cf. el artículo 369, e), del Código del Trabajo, Costa Rica, ya citado, traducción del B.I.T., 1949. C.R. 3.

74 La "militarización" puede presentar una doble naturaleza: ya sea que ella "apunte" al estatuto del asalariado que está sometido a un régimen de trabajo obligatorio (cf. supra nota 73), ya sea que ella efectúe la sustitución de los trabajadores en huelga por trabajadores sometidos a un estatuto militar. Cf. para

## 2) La tolerancia de la huelga

En el marco de tal régimen, el derecho no interviene directamente para eliminar los procedimientos de lucha. El los ignora, o por lo menos pretende "positivamente" no tratarlos. A este respecto, puede que no exista ninguna derogación de los regímenes existentes en materia de ejecución del trabajo, de disciplina, de responsabilidad civil o penal. Cada cual, entonces, puede medir la distancia que puede separar la prohibición de la tolerancia. Aquel que cesa el trabajo, principalmente, no se expone a ninguna sanción específica.

Pero quedan por determinar las consecuencias "ordinarias" de tal acción. La tolerancia puede aproximarse a un régimen de prohibición de hecho (o por oposición a un régimen de prohibición de derecho). Es decir que el huelguista perderá su empleo como consecuencia de su "deserción" (abandon de poste) y de la "toma de nota" ("prise d'acte") (Cf. nota 44 supra) de la administración o del empleador, y podrá incurrir en diferentes inculpaciones penales no específicas de los conflictos laborales (atentado contra la libertad de las personas y contra los bienes, ocupación de lugares públicos, atentado contra las funciones de la policía y contra la seguridad, etc.).

A estas alturas es necesario dar cuenta de un debate jurídico que en ciertos países ha cobrado una gran importancia. Conviene hablar de *libertad* o de *derecho de huelga* en un régimen jurídico de tolerancia?<sup>75</sup>

el Reino Unido, Christopher J. WHELAN, "Military intervention in Industrial Disputes": The Industrial Law Journal, 1979, vol. 8, N° 4, p. 222-234. Este último autor observa: "The role of the military in industrial disputes in thus becoming increasingly significant. The balance of industrial power; trade union activities; the interface between capital and labour; the relationships between the armed forces, the police, the public and the Government; the process of collective bargaining and the impact of incomes policies, particularly in the public sector, are all factors which are affected by military intervention" (art. precit., p. 222 in fine y 223 in princ.); agregando que: "when using emergency powers in industrial disputes, governments usually claim that they are not aimed against those participating in industrial action" (Ibidem, p. 231 in fine y 232), para terminar señalando que: "the use of the military to do the works of strikes often aggravates a dispute or leads to further industrial action" (ibidem, p. 223).

James B. JACOBS, "The role of military Forces in Public Sector Labor Relations": Industrial and Labor Relations Review, CORNELL UNIVERSITY, NEW YORK, 1982, Vol. 35, N° 2, p. 163.

75 Los errores de terminología pueden ser fatales. Así sucede con la expresión *huelga-derecho* o *huelga-libertad*. La distinción puede reflejar la diferencia entre régimen de tolerancia y de reconocimiento (lo cual será considerado más adelante). Aquí la distinción es de índole filosófica: hay que preguntarse lo que representa una "abstención" del Derecho en términos de facultad real de recurrir a determinado procedimiento de lucha. Sin embargo, algunos subrayarán cuán inadecuada es esta última terminología. Puesto que no reconocer garantías positivas, no significa abstenerse. Es tratar la huelga, bajo cierta forma.



La huelga es una libertad, y ese es el sentido que reviste que cada cual pueda recurrir a ella. Pero la libertad cesa donde comienza la aplicación del "derecho común". Demás está subrayar la importancia que tiene el examen de las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga. Sin garantías positivas (en materia disciplinaria, de responsabilidad civil, especialmente), cómo pensar que la libertad de hacer huelga pueda ser seriamente utilizada? Pero esto significa volver a enfrentarnos con el debate fundamental en todo derecho, que es la noción de libertad. En todo caso, algunos rehusarán reconocer en tal tipo de régimen la existencia de una huelga-libertad, pues esta última implicaría a su vez la existencia de garantías positivas e incluso de un sistema de inmunidad, y lo que caracteriza, precisamente, la existencia de las libertades públicas es la protección activa de estas últimas; en otras palabras su adecuada habilitación, acompañada de una vigorosa protección de su ejercicio.

### 3) El reconocimiento de la huelga

En este último régimen el legislador y los jueces tratan la huelga específica y positivamente. De manera concreta, esto quiere decir que el principio, la regla, es la libertad de ejercicio y la excepción, la limitación. Es decir, que los trabajadores que recurren a un procedimiento de lucha no cometen en absoluto, al actuar de esa manera, una falta disciplinaria o contractual. Ellos no pierden, entonces, ninguna de sus garantías estatutarias o contractuales, debiendo proseguirse todos los procedimientos que se aplican habitualmente. La nocividad del procedimiento de lucha utilizado es en sí mismo admitido a priori, al menos en parte. En consecuencia, a continuación de una huelga, no se puede dar curso a ningún procedimiento en que se ponga en juego la responsabilidad particular.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho de huelga reviste coloraciones muy diferentes, según que la técnica diferenciada de la inmunidad, tal como se ha examinado más arriba, sea considerada o no. En el marco de un sistema de *inmunidad*,<sup>76</sup> desde el momento en que el movimiento

76 Tal técnica de inmunidad puede abarcar el Derecho sindical en general, incluido el derecho de huelga (Cf. supra, II, 2), nota 50). En el cuadro de las reformas relativas a las relaciones profesionales que realiza la "Dama de Hierro" británica (la Sra. THATCHER, Primer Ministro de Gobierno conservador), se prevé reducir la inmunidad sindical directa e indirectamente. Cf. "Trade Union Immunities". Presented by the Secretary of State of Employment by Command of Her Majesty, January 1981, Her Majesty's Stationery office, London. - Informe de R. BENEDICTUS y D. NEWELL, "Green Paper on Industrial Conflict Law Trade Union Immunities (Cmnd. 8128, January 1981)", The Industrial Law Journal, 1981, vol. 10, N° 2, p. 119-124). La limitación directa resultaría especialmente de una concepción individual de la inmunidad, que permite al empleador demandar en ciertos casos a los sindicatos por reparación de daños y/o por orden sumaria del tribunal. De igual modo, allí se propone no aplicar la inmunidad a las acciones secundarias (dirigidas contra un empleador diferente al empleador con quien están directamente ligados los huelguistas). Cf. esp. J.R. BELLACE, "Regulating Secondary Action: The British and American

no es ilícito o abusivo, no puede iniciarse a continuación de una huelga ningún procedimiento disciplinario, ni ponerse en juego la responsabilidad del agente. Si tal no es el caso, quedará por determinar si hay lugar, en la especie, a un eventual abuso de derecho.

La técnica clásica del abuso de derecho es tomada en cuenta para encuadrar el ejercicio del derecho de huelga. Pero, sin poder entrar en esta oportunidad en el corazón del debate, el fundamento de tal teoría permanece en el misterio. Consistiría dicho fundamento en la expresión de la finalidad que necesariamente posee todo derecho? Desde el instante en que este último no es utilizado para la finalidad que originariamente es la suya propia (y es por ello precisamente que el Derecho lo ha reconocido), es forzoso hablar de abuso y condenar las consecuencias de éste. O bien ello sería la comprobación que un derecho no puede, en su ejercicio, causar un perjuicio a un tercero que sea desproporcionado a su objetivo.

De esta manera el juez se entrega a una verdadera labor de "pesaje", de sopesar nocividades. Si la empresa, el servicio, la administración, son desorganizados por el procedimiento de lucha utilizado, más de lo que razonablemente fuese necesario, es conveniente entonces condenar este exceso. Pero es necesario, en tal caso, preguntar a cada cual qué es lo razonable, es decir son las reglas del juego que no conviene violar; y estas reglas del juego están constituidas por el simple respeto de los procedimientos previos, o, a cada momento, por la proporción entre el arma utilizada y el objetivo perseguido. Como se puede apreciar, respecto a lo "razonable" existen versiones muy diferentes, como las hay, por lo demás en relación al ruido y al exceso de movimiento. Esto nos remite al "casillero de partida" de este "juego de la Ley". Pueden existir, entonces, "reglas del juego" en estos conflictos del trabajo?

### C. Propositiones finales

Ya al término de estas observaciones que hemos formulado a propósito de la huelga en el sector público, es posible plantear algunas proposiciones simples, que son, a nuestro juicio, dignas de ser debatidas. 1) Es imposible eludir la reflexión sobre las relaciones jurídicas, con motivo del trabajo, que existen entre empleador del sector público y trabajadores. Puede admitirse que todas estas relaciones deben ser tratadas de idéntica manera por el Derecho, el derecho del trabajo o el derecho administrativo?

Approaches". Comparative Labor Law, Los Angeles, 1981, vol. 4, N° 2, p. 115-154. Hay también limitaciones indirectas de la inmunidad que resultan de una restricción de la definición de conflicto del trabajo (las "trade disputes" ya no podrían, especialmente, concernir las relaciones entre trabajadores y sindicatos, debiendo ser necesariamente una de las partes un empleador). De igual manera, el "Picketing" de solidaridad ("Sympathetic picketing") ya no estaría incluido en los casos considerados por la inmunidad.



Sin duda, dos posiciones extremas nos parece que deben ser criticadas y evitadas.<sup>77</sup> Una, que consiste en negar toda diferencia de situación, en la realidad y en el derecho, entre trabajadores de los sectores privado y público. Singularmente, en lo que concierne a la función pública, las administraciones del Estado, parece imposible poner en duda el particularismo de ciertas funciones, las exigencias particulares de todo orden público, cualquiera que fuese.

Existe otra posición que nos parece igualmente excesiva. Ella conlleva a extender le "noyau dur" ya mencionado, para aplicar al conjunto del sector público, servicios públicos, sector de interés nacional, un cuerpo de reglas inflexibles o muy difícilmente flexibles. Tanto las libertades sindicales como el derecho de huelga serían impugnados por el solo hecho que el Estado o la colectividad nacional fuesen afectados globalmente por la actividad concernida por la huelga.

A través del mundo, los equilibrios políticos y económicos conducen situaciones normativas en extremo variables. No sería sólo una ilusión (de jurista, de teórico) el proponer un análisis global, con sus consiguientes expresiones normativas monolíticas, para el sector público?

Escuchemos al estudiante japonés, a quien Yukio MISHIMA hace decir: "Extraña disciplina, por cierto, aquella del estudio del derecho. Red de mallas tan finas, que ellas atrapan los más banales incidentes de la vida cotidiana, y sin embargo, ella se extiende en el tiempo y en el espacio para delimitar hasta los movimientos eternos del sol y de las estrellas. Ningún pescador que anhela engrosar su botín, podría ser más insaciable que cualquiera que estudie la Ley".<sup>78</sup>

Lo que el análisis comparado del derecho de la huelga nos sugiere, no es en absoluto la búsqueda de una arquitectura, de una ambición de los grandes conjuntos, sino una percepción de las más diversas realidades. El derecho del trabajo debe siempre permanecer en un plano concreto. El jurista del trabajo no puede, desde ese momento, tener otra pretensión que la de la modestia y la de la duda científica.

Si fuese necesario bosquejar una tendencia frecuentemente observada, ella sería la de una oscilación: entre la prohibición y la tolerancia de la huelga, y entre la prohibición y el reconocimiento de la huelga. Es muy raro que un sistema de prohibición pueda, en la realidad, eliminar todos los conflictos. Es que acaso éstos no toman otras vías? Pero, al contrario, es que existe algún sistema jurídico que conceda verdaderamente una consagración total al fenómeno de la huelga? Es que los sistemas de inmunidades no poseen siempre sus secretas excepciones?

<sup>77</sup> Se observa que a menudo se plantea la cuestión siguiente: el Estado, las administraciones, las empresas públicas, pueden ser consideradas como empleadores "ejemplares"? Cf. "Government as Employer-Setting an Example?", by P. B. BEAIMON, Royal Institute of Public Administration, Londres, 1981.

<sup>78</sup> "Neige de printemps", T. 1, trad. francesa, Ed. GALLIMARD, Paris, 1981, p. 76.

2) Es entonces oportuno proclamar la insuficiencia de todas nuestras proposiciones jurídicas. El jurista del trabajo no está, más que otros, habituado a formas jurídicas atenuadas, secundarias. Hay quienes llegarán a hablar de infra-derecho, ese derecho que existe entre las mallas de la red legal, oficial. En ciertos países, tales como Francia, el jurista demasiado a menudo es un jurista preocupado del derecho del Estado. El Derecho se reduce entonces a la norma legal, reglamentaria, a las decisiones de justicia. En otros países, sin embargo, para sólo atenernos a la estructura jurídica de las relaciones entre Estado y ciudadanos, empleadores y asalariados, es tomada en cuenta, con la más grande consideración, la autonomía normativa, lo informal, lo tácito.

Junto con tener una gran consciencia de la importancia y del delicado carácter del problema de la huelga<sup>79</sup> en el sector público, es indispensable suscitar al respecto debates a fondo, para que cada cual pueda medir mejor los presupuestos y las incidencias de toda proposición normativa. Es que la actitud más rigurosa no consiste para algunos en reevaluar la "parte" correspondiente al infra-derecho, al no-derecho en el derecho del trabajo? Y para los otros, en preguntarse, puede existir realmente una "abstención" del Estado en las relaciones profesionales y una autonomía normativa en nuestras sociedades modernas, e incluso en toda sociedad o en todo grupo humano?

El derecho de huelga plantea a cada cual una de las cuestiones más esenciales para toda sociedad: qué es, pues, el pluralismo político y jurídico? qué sucede con la tolerancia intelectual? Los universitarios, a través del mundo, deben plantearse tales cuestiones. Sin embargo, hay algo en las palabras de Raymond ARON:

El mundo universitario es demasiado dulce; no se conoce allí de manera suficiente la maldad, la dureza de la existencia humana".<sup>80</sup> De todas formas, ayudar y obligar a plantear la cuestión del pluralismo y de la tolerancia es una de las motivaciones más profundas que puede tener un universitario. En este sentido él es, necesariamente, un "espectador comprometido".

<sup>79</sup> Cf. esp. M. DEVEALI, "A propósito de la huelga en los servicios públicos", nota a fallo: Revista de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1965, p. 489. B. VAN DEL LAAT, "La Huelga y el paro en Costa Rica (Los conflictos colectivos del Trabajo según la legislación de Costa Rica)", esp. p. 71.

<sup>80</sup> Raymond ARON, "Le spectateur engagé. Entretiens avec Jean-Louis - MISSIKA y Dominique WOLTON", Ed. JULIARD, Paris, 1981, p. 28.



**"ENTUSIASMO"\***

Yo sé de un hombre que perdió su rifle  
en pleno corazón de la batalla,  
y ese hombre fue un héroe  
con su vida por arma.

Y sé de un hombre que perdió su vida  
en pleno corazón de la batalla,  
y ese hombre fue un héroe,  
con su muerte por arma.

Y sé de un hombre que perdió el cadáver  
en pleno corazón de la batalla,  
y ese hombre fue un héroe  
con su fantasma como un arma.

Y sé de un hombre que perdió el fantasma  
en pleno corazón de la batalla,  
y ese hombre fue un héroe  
blandiendo su entusiasmo como un arma.

*Jorge Debravo*

Antología Mayor

\* Este poema el Prof. Javillier solicitó que se reprodujera en su artículo.

**REFUGIADOS Y AUTOGESTION**

**(LAS ASOCIACIONES COOPERATIVAS DE AUTOGESTION PARA REFUGIADOS Y NACIONALES, UNA ALTERNATIVA JURIDICAMENTE VIABLE EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE).**

*Dr. Víctor Pérez Vargas*

Catedrático Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica



SUMARIO: I. Introducción; II. Objetivos. a) Generales; b) Específicos; III. Criterios. a) Premisas. b) Criterios propuestos por CONAPARE, 1) Fórmulas diversas de las utilizadas, 2) Prioridad de formas comunitarias sobre formas individuales, 3) Participación amplia de los integrantes, 4) Importancia de una reserva, 5) Estímulo a pequeña industria y artesanía, 6) Soluciones permanentes, 7) Absorción de mano de obra; IV. La escogencia de la forma jurídica idónea; V. Caracteres de la estructura cooperativa autogestionaria, a) Propiedad social, b) Participación directa, c) Gestión democrática, d) Excedentes, e) Interés limitado al capital, f) Separación de poderes, g) Retiro libre, pero regulado, h) Organos, 1) Asamblea, 2) Consejo de administración, 3) Gerente (o Comité de gestión), 4) Comité de Vigilancia, 5) Comité de Educación; VI. Algunas ventajas de las cooperativas de autogestión, a) Ventajas tributarias, b) Ventajas comerciales; VII. Algunos problemas prácticos que se presentan con los proyectos; VIII. Bibliografía.

## I.—INTRODUCCION.

Con base en los lineamientos metodológicos establecidos en el "Plan Global de Criterios de CONAPARE", se ofrece en este estudio un marco de posibilidades operacionales, mediante alternativas jurídicas diversas. Entre ellas se selecciona, como la más correspondiente a los criterios generales y lineamientos metodológicos, la cooperativa de autogestión.

Se determina la razón de la correspondencia de esta forma con los criterios; se exponen sus ventajas y problemas y, finalmente, se propone un modelo de estructura. Estos últimos aspectos, las actividades en las que se podrá desarrollar este marco formal y las dimensiones de las empresas dependerán de concretas y circunstanciales variables que quedan por fuera de los alcances jurídicos de este trabajo.

Se intenta con este estudio un enfoque integral de las alternativas posibles, a la luz de una serie de elementos de importancia, tales como los de tipo jurídico formal y como los de tipo socio-económico. Dentro de los primeros no podremos dejar de tomar en cuenta las múltiples resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que han tratado la materia, la Convención y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados y las leyes nacionales reguladoras de los diferentes tipos de personas jurídicas. En el plano fáctico será necesario tomar en consideración la experiencia que se ha tenido con otras formas de organización de la empresa (tales como las sociedades anónimas), lo mismo que las características de la población a que se dirigen los proyectos, en particularidad su inestabilidad personal, laboral y migratoria.

## II.—OBJETIVOS.

### a) *Objetivos generales*

Este estudio se propone, como objetivos generales:

- 1) Determinar alternativas prioritarias de formas de dotar de personalidad jurídica a unidades productivas de refugiados y nacionales.
- 2) Establecer la forma con base en la que podría estructurarse la solución que se escoja como prioritaria.



b) *Objetivos específicos.*

Los objetivos específicos de este trabajo son:

- 1) Establecer un elenco de los criterios fundamentales para afrontar integralmente la problemática de los refugiados en Costa Rica.
- 2) Determinar, en función de estos criterios, la forma jurídica idónea.
- 3) Establecer los caracteres que deberá tener la forma seleccionada, con relación a:
  - a) propiedad de los medios de producción
  - b) participación de los asociados
  - c) gestión
  - d) utilidades o excedentes
  - e) papel del capital
  - f) dirección técnica y administrativa
  - g) retiro
  - h) organización (órganos).
- 4) Determinar algunas ventajas adicionales que pueda tener la forma seleccionada.
- 5) Identificar algunos problemas prácticos que se presentan con los proyectos.

III.—CRITERIOS.

a) *Premisas.*

Antes de proceder al desarrollo de la tarea propuesta es importante aclarar lo siguiente:

La definición de la estructura formal empresarial que conviene para dar atención y propiciar soluciones duraderas al problema de los refugiados depende, en definitiva, de una escogencia ideológica:

En palabras simples:

- 1) Para un socialista estatizante, probablemente la mejor solución será aquella en la que los refugiados sean "dependientes" del Estado, por medio de empresas públicas dueñas de los medios de producción (o, al máximo, aquellas de cogestión Estado-trabajadores). Es pronosticable que tal sujeto recomendará como estructura óptima la de las empresas públicas o de participación estatal.

2) Para un liberal-capitalista, el mejor sistema será probablemente aquel donde se dé al individuo el máximo radio de acción "libre", sin intervención pública. Es pronosticable que este sujeto recomendará como estructura óptima a la sociedad comercial en alguna de sus formas: Sociedad de responsabilidad limitada, Sociedad anónima, Sociedad en comandita o Sociedad en nombre colectivo, o a la empresa individual de responsabilidad limitada, o en fin, a la figura del empresario individual (persona física).

3) Sin embargo, la disyuntiva anterior no es de obligado curso:

Frente a la primera posición sostenemos que es posible "SOCIALIZAR SIN ESTATALIZAR", que la persona humana, más que un ser colectivo, es un ser comunitario y que además tiene una dignidad esencial insuprimible.

Frente a la segunda tesis, creemos que las sociedades no se componen solamente de individuos, sino también de grupos sociales y el avance social no es únicamente resultado de la exclusiva acción individual, lo que ha llevado a un florecimiento de la economía de grupo, con interesantes implicaciones en lo político. Creemos que es posible una tercera opción capaz de rescatar, equilibradamente, los aportes de las otras concepciones y capaz de ofrecer una dimensión acertada del hombre como "persona", no ya como "individuo aislado", ni como "número dentro del todo social". "Persona" implica una dimensión de orden participativo: la persona es un ser "de relación", además de ser físico, afectivo, racional y espiritual.

Buscamos fórmulas que nos aparten de la simple colectivización y de la propiedad estatal, pero también del liberalismo individualista, sin negar que, bajo especiales circunstancias, el Estado empresario (por un lado) y el lucro privado individualista (por otro) se pueden revelar aconsejables para determinados proyectos. La experiencia ha demostrado, sin embargo, que con modelos colectivizantes o capitalistas estamos lejos todavía de encontrar fórmulas jurídicas verdaderamente humanas.

b) *Criterios propuestos por CONAPARE.*

La perspectiva autogestionaria-comunitaria a la que hemos hecho referencia coincide con los criterios que han sido establecidos por parte de CONAPARE, así como por la Asamblea General de Naciones Unidas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Ministerio de Justicia, lo mismo que las sugerencias y observaciones de Caritas.

Sin intención de ser exhaustivos, es importante determinar cuáles son estos criterios para obtener luz sobre la modalidad de personalidad jurídica que más responde a ellos. Pasamos de inmediato a establecer su elenco:

- 1) La necesidad de buscar fórmulas diversas de las ya utilizadas (sociedades comerciales), las que se han mostrado inadecuadas.



De los diversos informes analizados se desprende claramente la inadaptación de los mecanismos asociativos usados hasta ahora.

Además de que las sociedades comerciales, en particular la sociedad anónima, "son altamente despersonalizadas" (1), sus mecanismos "no permiten control efectivo sobre los bienes de inversión y gestión de los proyectos" (2). La evaluación llevada a cabo por Caritas refleja claramente que "la estructura legal actual de la sociedad anónima es una fuente de problemas en varios proyectos" (3).

- 2) La prioridad de formas "colectivas" sobre formas individuales de propiedad de los medios de producción.

La experiencia ha demostrado que los proyectos individuales son los que menos garantías de estabilidad ofrecen; en esto coinciden los diagnósticos de CONAPARE, ACNUR y CARITAS.

- 3) La importancia de que los integrantes tengan una amplia participación.

De conformidad con el Plan Global de Criterios de CONAPARE, se trata de crear una estructura democrática donde las decisiones fundamentales estén en manos de aquellos que participan con su trabajo directo en el proceso productivo. Se trata, en consecuencia, de buscar una forma de organización en la que sean los propios trabajadores los que nombren a sus directivos y gerentes, puedan revocar tales nombramientos, se fijen sus salarios, determinen sus horarios, establezcan las condiciones de trabajo y participen de los excedentes y en general de la vida de la empresa.

- 4) La importancia de excedentes que permitan crear una reserva.

Es importante pensar en el establecimiento de una reserva para cubrir pérdidas imprevistas y atender necesidades básicas; ésta debe ser permanente y no se debe poder distribuir en ningún caso entre los asociados.

- 5) El estímulo a la pequeña industria y artesanía.

Sin perjuicio de que en el futuro las organizaciones empresariales que se desarrollen lleguen a ser de gran escala, conviene atender prioritariamente la pequeña industria y la artesanía, tomando en cuenta el grado real de capacitación laboral de la población refugiada y de los nacionales que hayan de participar.

(1) RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, Alternativa ideológica. Comunitarismo. Iustitia et Ius, N° 7, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1971.

(2) CALLE, Sergio. ACNUR, Carta, 236 de 27-VI-1983 (Oficina Regional para el Norte de América Latina).

(3) CARITAS, Evaluación de los proyectos. V. págs. 6, 19 y 22.

- 6) La necesidad de buscar soluciones permanentes o duraderas a los problemas de los refugiados.

Estamos ante una realidad permanente que debe enfocarse desde un punto de vista permanente; no se trata de una situación que deba ser atendida con medidas temporales (4).

La solución debe ser igualmente permanente o duradera para el refugiado, quien en definitiva puede integrarse a nuestro medio, si no opta por repatriarse o reubicarse en otro país (5); esta es la tesis que se ha mantenido incontestada en la Asamblea General de Naciones Unidas, la que ha hecho mención del "valioso trabajo que ha sido realizado por la Oficina del Alto Comisionado al proporcionar protección internacional a los refugiados promoviendo soluciones permanentes a sus problemas" (6).

Más recientemente se ha hablado de soluciones duraderas. En las actas de la sesión número 35 de la Asamblea General se lee:

"Considerando además que un esfuerzo humanitario internacional importante y continuado debe ser hecho para promover soluciones duraderas a los problemas de los refugiados. . .

"... Reafirma la importancia vital de la acción del Alto Comisionado dirigida a proporcionar una protección internacional a los refugiados y a promover soluciones duraderas y rápidas. . ." (7)

- 7) Absorción de mano de obra.

De conformidad con los lineamientos de CONAPARE debe pensarse en proyectos que consientan absorción de mano de obra tanto refugiada como nacional, mediante una metodología sistematizada (8).

(4) GUTIERREZ, Carlos José, Ministro de Justicia. Declaraciones "Gobierno anuncia mayor control sobre refugiados". La Nación, 22 de setiembre de 1982.

(5) "... the search for permanent solutions to their problems through voluntary repatriation, voluntary integration in countries of asylum or resettlement in other countries". ACNUR, Report. Resolutions adopted by the General Assembly during its Twenty-first session. 20 oct. 1966, Supl. N° 16 (A/6316), United Nations, New York, 1967, p. 48. V también Convención y protocolo sobre el estatuto de los refugiados.

(6) Resolutions adopted by the General Assembly during its Twenty second session. Vol. I, 19 sept. 1967. Supl. N° 16 (A/6716) United Nations, New York, 1968.

(7) Resolutions et décisions adoptées par l'Assemblée Générale au cours de sa Trente-cinquième session. Doc. S N° 48 (A/35/48) Nations Unies, 1981, p. 212.

(8) Plan Global de Criterios, CONAPARE, Cap. 1, Objetivo General.



#### IV.—LA ESCOGENCIA DE LA FORMA JURIDICA IDONEA.

"Es tan imposible buscar una estructura permanente como pretender una definitiva organización del trabajo... Querer fijar las condiciones del trabajo de una manera definitiva, establecer para el mismo una modalidad permanente, es simplemente imposible y sería la muerte de la actividad industrial. El trabajo tiene historia, como todas las actividades humanas, y continuará teniéndola en lo por venir, y la historia supone vaivenes, supone vida y, de consiguiente, cambios".

(Torres y Bages)

Las formas jurídicas y la eficacia particular que a cada una de ellas asigna el Ordenamiento jurídico, con base en una perspectiva real-objetiva de lo jurídico, deben corresponder a determinadas configuraciones de intereses para ser válidos instrumentos de transformación de la realidad. "El modelo legal debe coincidir con las necesidades organizacionales de los proyectos y las personas" (9).

Lo anterior se logra mediante la atribución de respuesta jurídica a las situaciones de hecho que la reclaman, a los intereses jurídicamente merecedores de protección dentro del sistema y, en definitiva, al ser humano, portador de los valores cuya realización demanda la existencia misma de tales estados carenciales.

En pocas palabras: la forma jurídica debe "convenir" (en sentido lógico y axiológico) a las necesidades reales.

La elaboración de una forma jurídica idónea para un propósito determinado debe partir de una indagación de la problemática real. El Derecho tiene sentido en cuanto instrumento de respuesta a la vida en sus diversas esferas (10).

Como consecuencia de lo expuesto, cabe afirmar que no parece metodológicamente acertado imponer el modelo ideal u óptimo, sino que "lo preferible, cuando se va a formalizar una organización empresarial, es que sean sus mismos protagonistas quienes definan su estructura, lo que implica la necesidad de "que exista un núcleo humano relativamente cohesionado alrededor de ciertos ideales y propósitos, con clara conciencia de las necesidades que busca satisfacer por medio de ella" (11).

(9) CARITAS, Evaluación.

(10) Sobre la metodología real-objetiva en que se basan los postulados expresados v/FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*. Giuffrè-ed. Milano, 1975. VIEHWEG, Theodor, *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè-ed. Milano, 1962. BINDER, Julius, *Legal Method in private law*. Harvard, 1948. HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961. POUND, Roscoe, *Giustizia, Diritto, Interesse*, Il Mulino, Bologna, 1962.

(11) JARAMILLO, Francisco. *El cooperativismo en la perspectiva comunitaria*. Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1982, pág. 20.

Dentro de la problemática de los refugiados en Costa Rica diversas modalidades de "personas jurídicas" pueden tener funcionalidad. Lo que parece más correcto es detectar las necesidades concretas y ver la compatibilidad entre ellas. Las mismas sociedades anónimas, en algunos casos, han funcionado adecuadamente, por lo que no deben descartarse totalmente y bien pueden ser consideradas como alternativas subsidiarias.

Podría igualmente admitirse que las capacidades jurídicas y de actuar de las personas físicas individuales, sin mayores formalidades, ofrecen, en algunas hipótesis, garantía suficiente para el funcionamiento de empresas familiares o unipersonales. Lo mismo ocurre con relación a las sociedades de hecho.

Tampoco se descartan totalmente, por las mismas razones, las empresas públicas y las formas de cogestión. Con relación a estas últimas cabe recordar que "la propiedad comunitaria puede presentar dos modalidades: una incompleta o imperfecta, que es cuando la propiedad de la empresa es compartida entre los trabajadores y los capitalistas... y la otra... que es la comunidad de los trabajadores, puesto que solamente estos son dueños de la empresa, produciéndose un desplazamiento del capital a manos del trabajo organizado, desapareciendo totalmente la antítesis capital-trabajo. Esta máxima expresión comunitaria nos coloca en el ejercicio de la democracia dentro de la empresa..." (12). A ella corresponde la autogestión.

Dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico se encuentran reguladas fundamentalmente dos formas de organización empresarial autogestionaria:

- a) La empresa comunitaria de autogestión campesina, agrícola y pecuaria.
- b) La asociación cooperativa de autogestión.

Las empresas comunitarias de autogestión campesina agrícolas y pecuarias están constituidas por agricultores para los fines de parcelación y colonización de la legislación agraria (13). En estas empresas encontramos algunos caracteres coincidentes con los que existen en las cooperativas de autogestión, pero en forma menos desarrollada, tales como la explotación y posesión en común, el trabajo personal directo de los miembros, la existencia de mecanismos de participación, la capacitación como uno de sus fines y la imparcialidad racial y religiosa. Se trata de un modelo propio

(12) RODRIGUEZ ARIAS, Lino, Jacques Maritain y la sociedad comunitaria, Monte Avila, Editores, Caracas, 1980, p. 130.

(13) Reglamento de empresas comunitarias de autogestión campesina agrícolas y pecuarias. 14 de mayo de 1975, Colección de Leyes, I semestre, III Tomo, de 1975, pág. 1218 a 1222 y Ley 5496 de 30 de marzo de 1975, Colección de Leyes, I semestre, II tomo, pág. 641 y 642.



del Derecho agrario que surge frente a la asignación individual de tierras (14).

Confrontada con la cooperativa de autogestión esta forma (la empresa comunitaria de autogestión campesina) se muestra más limitada; veamos esquemáticamente:

	Empresa comunitaria de autogestión campesina.	Cooperativa de autogestión
Objeto de explotación	Tierras	Tierras, fábricas, etc. (mayor amplitud)
Utilidades	copropiedad de las utilidades	propiedad de los excedentes
Fin	Agrupar campesinos	(más amplio)
Constitución número	Quince miembros mínimo	Doce miembros mínimo
Formalidades especiales para su existencia	Proyecto de constitución; estudios sobre sus beneficios y posibilidades. Registro IDA.	Registro INFOCOOP y Ministerio de Trabajo
Disciplina	Sanciones a cargo de la directiva del IDA	Autonomía disciplinaria

De la simple lectura de esta comparación resulta que, si bien, hay varios puntos de coincidencia entre estas formas jurídicas, la verdad es que, sin descartar la posibilidad de empresas comunitarias de autogestión campesina para situaciones especiales, parece mucho más conveniente la cooperativa de autogestión.

(14) ZELEDON, Ricardo. Un nuevo instituto del Derecho Agrario; la empresa comunitaria de autogestión campesina. Revista de Ciencias Jurídicas, Colegio de Abogados, Facultad de Derecho, U.C.R., N° 34, enero-abril, 1978. pág. 42.

En la práctica, a juicio de nuestros principales especialistas en Derecho Agrario (15), "la experiencia de estas empresas ha sido en muchos casos un fracaso y un medio de repartición de la miseria, más que un instrumento de promoción social" (16).

Sin eliminar alternativas diversas subsidiarias, que eventualmente podrían ser consideradas idóneas en ciertos sectores de la economía, consideramos que la única forma (dentro del Ordenamiento costarricense) que realmente se ajusta a los criterios establecidos y a la realidad de la población cuya problemática se intenta afrontar es la asociación cooperativa de autogestión.

Las características de esta forma jurídica responden plenamente a los rasgos de la población refugiada, el más sobresaliente de los cuales es su inestabilidad laboral, personal y migratoria. Por esta razón parecen aconsejables formas de organización donde, quienes efectivamente trabajen en ellas, sean los que tengan su conducción y sean sus titulares a través de la propiedad social. Esto garantiza la permanencia del núcleo productivo aunque se produzca la repatriación o reubicación del asociado, perdiendo éste por tal circunstancia el carácter de tal. "El problema no consiste en suprimir el interés privado sino en purificarlo y ennoblecerlo, aprehenderlo en estructuras sociales ordenadas al bien común y también (y este es el punto capital) transformarlo interiormente por el sentido de la comunión" (17).

Sobre la base de la experiencia se ha buscado aquí un mecanismo que supere las desventajas que se han presentado con las sociedades comerciales, dando prioridad, más bien, a una estructura de tipo democrático-comunitario, especialmente con relación a la llamada "propiedad social de los medios de producción" y con la amplia posibilidad de participación de sus integrantes.

Otro de los criterios enunciados, la importancia de excedentes que permitan crear una reserva, se ajusta plenamente a la filosofía y a la estructura cooperativa autogestionaria, solución duradera a pesar de las variaciones que puedan darse en su integración subjetiva.

Los criterios establecidos y las evaluaciones realizadas son el marco político y fáctico de este trabajo; ellos llevan a la afirmación de la prioridad (aunque no necesariamente exclusividad) de la forma:

(15) Entrevista al Dr. Rodrigo Barahona, Profesor de Derecho Agrario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

(16) BARAHONA, Rodrigo. Presentación en tesis de ALVAREZ, Agustín: Perfiles de la empresa comunitaria en Costa Rica y Panamá. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983.

(17) MARITAIN, cit. p. RODRIGUEZ, op. cit., supra 12, p. 127.



## "ASOCIACION COOPERATIVA DE AUTOGESTION"

A la definición teórica y a la "implementación" práctica de esta figura estará preferentemente dedicado el resto de este estudio.

### V.—CARACTERES DE LA ESTRUCTURA COOPERATIVA AUTOGESTIONARIA.

"Las experiencias demuestran que fuera del cuadro de la lógica capitalista es posible construir unidades productivas que, en cuanto a la calidad de sus productos, al rendimiento y costes, estén en grado de competir ventajosamente con el tradicional tipo de empresa, confiando además a quien aporta a ella el propio trabajo un papel que satisface plenamente las exigencias del desarrollo de la personalidad" (18). En tal sentido se expresó Pío XII en su carta dirigida a la Semana Social Católica de 1946: "creemos que la institución de asociaciones o unidades cooperativas en todas las ramas de la economía es al mismo tiempo más ventajosa para el fin que buscáis y para el mejor rendimiento de las empresas" (19).

Dentro del cooperativismo la autogestión significa el control de los trabajadores sobre todo el proceso productivo; implica, en primer término, la propiedad social de los medios de producción, pero también gestión de las unidades de producción por los propios trabajadores.

Veamos, separadamente, los caracteres fundamentales de la estructura cooperativa autogestionaria:

#### a) *Propiedad social.*

Esta forma se caracteriza por la propiedad social sobre la tierra, los medios de producción y los recursos operacionales del crecimiento.

De conformidad con el texto del Plan Global de Criterios de CONAPARE "se considera enteramente compatible con los criterios estipulados el régimen de propiedad social con carácter indivisible que es el establecido para las cooperativas de autogestión en la legislación vigente" (20).

(18) BRUGAROLA, Martín. La ordenación social de las empresas, Compañía Bibliográfica Española S. A., Madrid, 1952, pág. 139.

(19) PIO XII, loc. ult. cit.

(20) CONAPARE, Plan Global de Criterios. 3.2.1.

#### b) *Participación directa.*

La participación directa de los asociados en la explotación es otra de las características de la forma seleccionada como prioritaria. Es condición de la autogestión que quien participa en las decisiones sea el protagonista directo de la actividad empresarial. "La fuente de los derechos decisivos está en el trabajo" (21). Este aspecto tiene particular importancia debido al carácter inestable del refugiado; no se pretende "dar títulos representativos de capital regalado" a estas personas, sino de buscar mecanismos donde la razón de ser misma del status en la empresa (socio-trabajador) sea el trabajo, elevado a especial dignidad, superando el mecanismo clásico de la plusvalía capitalista y la relación de subordinación socio-económica para pasar a una dimensión comunitaria (que no es ni individualista, ni colectivista).

#### c) *Gestión democrática.*

Las cooperativas son instituciones netamente democráticas. Las administran, como principio, asociados electos democráticamente y las decisiones fundamentales están en manos directamente de ellos por medio de su participación en asambleas.

"...este tipo de figura (cooperativa de autogestión) plantea regulaciones claras y congruentes con los criterios de CONAPARE en cuanto a la gestión empresarial..." (22)

#### d) *Distribución de excedentes de acuerdo a la actividad realizada por los asociados dentro de la empresa.*

Se llama "retorno" al monto que recibe cada uno de los asociados; esta suma representa y refleja la parte que le corresponde a cada uno por la actividad operacional desarrollada.

#### e) *Interés limitado al capital.*

Aunque unos asociados puedan aportar más que otros, esto no conlleva mayores derechos, pero dicho aporte es compensado con un interés previamente fijado.

#### f) *Retiro libre, pero regulado.*

La cooperativa tradicional plantea algunos problemas relacionados con el carácter híbrido de la figura, por sus condicionamientos históricos. Re-

(21) ARRIETA, José Ignacio. La autogestión como movimiento social alternativo, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 1982, pág. 30.

(22) CONAPARE, Plan Global de Criterios. 3.2.1.



cordemos que el cooperativismo original, el de los tejedores de Rochdale (1844) surgió precisamente en el momento más crucial y agresivo del capitalismo. Es por ello que conserva algunos ingredientes de corte individualista, como el libre retiro, que desde una perspectiva autogestionaria-comunitaria, resulta inaceptable en ciertos momentos; es por ello que, frente al libre retiro, debe pensarse en el retiro sujeto a ciertos requisitos (que no pueden ser tales que eliminen del todo este derecho). "Cabría exigir ciertos requisitos al socio a fin de que no pueda darse una retirada intempestiva de la sociedad cooperativa, que perjudique el bien común que se propone realizar" (23).

g) *Separación de poderes de gestión, propiamente dichos, y la dirección técnica y administrativa de los negocios.*

Este aspecto quedará aclarado en el punto siguiente cuando se destaque la competencia de cada uno de los órganos.

h) *Existencia de los siguientes órganos: Asamblea general, Consejo de Administración, Gerente o Comité de gestión, Comité de Vigilancia y Comité de Educación y Bienestar Social* (24).

1) Asamblea:

La asamblea de asociados (denominada en algunos sistemas autogestionarios "colectividad de trabajo") es la depositaria de los poderes de gestión; es la autoridad suprema de la cooperativa de autogestión; estará integrada por todos los asociados que estuvieren en el goce de sus derechos, los que tendrán voz y un voto por asociado. Delega el derecho de gestión en el Consejo de Administración a cuyos integrantes designa. Toma sus decisiones democráticamente y establece las reglas generales que han de regir la vida de la empresa.

2) Consejo de administración:

Es más un órgano de coordinación, organización y supervisión que un órgano ejecutor. En general tiene atribuciones para realizar cualquier acto que sea conveniente para la buena marcha y engrandecimiento de la cooperativa.

3) Gerente o Comité de gestión:

El Gerente es quien se encarga de los aspectos operativos de la gestión empresarial; es un empleado con responsabilidades administrativas

(23) RODRIGUEZ, op. cit., supra 1, p. 174.

(24) V. CRUZ, Fernando, Nuevas formas de organización de la empresa. Revista Judicial Número 11, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1979.

particulares que ocupa una posición preeminente (si bien subordinada a los parámetros de órganos superiores) inclusive frente a miembros de órganos superiores, quienes en la relación interna son sus subordinados; es el guardián de la legalidad en la gestión de la empresa como propiedad social.

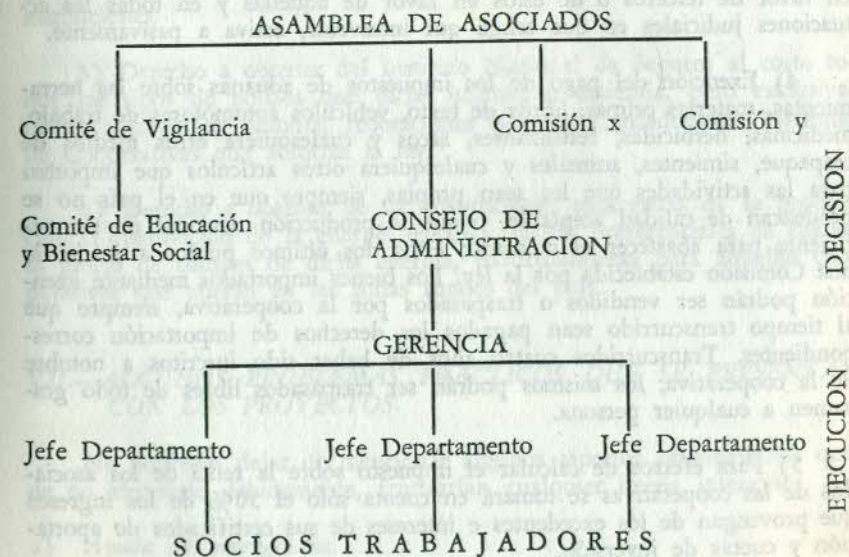
4) Comité de Vigilancia:

Su misión consiste en fiscalizar y comprobar la documentación y contabilidad de la cooperativa. Ejerce la auditoría interna y para ello tiene acceso a toda la información de la empresa.

5) Comité de educación y bienestar social.

Vela por la capacitación de los asociados y sus familias y por su bienestar social y promueve en general la educación cooperativa autogestionaria.

ESQUEMATICAMENTE:



"Podemos observar la estructura de una empresa de autogestión con la delimitación en cuanto a niveles de ejecución y de toma de decisiones. La asamblea general de la organización, autoridad máxima en la toma de decisiones, aparece en la parte inferior como trabajadores ejecutores y ya no como agentes de decisión. El Director de la empresa (gerente)



no es la máxima autoridad a nivel decisorio y a este nivel está por debajo de otros escalones, mientras que a nivel de administración es el máximo responsable. El organigrama se invierte de acuerdo a la función ejecutada: gobierno o ejecución" (25).

#### VI.—ALGUNAS VENTAJAS DE LAS COOPERATIVAS DE AUTOGESTION (Según Ley de Cooperativas).

##### A. Ventajas tributarias:

1) Exención del pago del impuesto territorial por un término de diez años a partir de la fecha de su inscripción legal.

2) Exención de todo impuesto o tasa, nacional o municipal, sobre los actos de formación, inscripción, modificación de estatutos y demás requisitos legales para su funcionamiento.

3) Rebaja del cincuenta por ciento en los impuestos de papel sellado, timbres y derechos de registro, en los documentos otorgados por ellas en favor de terceros o de estos en favor de aquellas y en todas las actuaciones judiciales en que tenga que intervenir, activa a pasivamente.

4) Exención del pago de los impuestos de aduanas sobre las herramientas, materias primas, libros de texto, vehículos automotores de trabajo, medicinas, herbicidas, fertilizantes, sacos y cualesquiera otros medios de empaque, simientes, animales y cualesquiera otros artículos que importen para las actividades que les sean propias, siempre que en el país no se produzcan de calidad aceptable, o que la producción nacional no sea suficiente para abastecer el mercado; estos dos últimos puntos a juicio de una Comisión establecida por la ley. Los bienes importados mediante exención podrán ser vendidos o traspasados por la cooperativa, siempre que al tiempo transcurrido sean pagados los derechos de importación correspondientes. Transcurridos cuatro años de haber sido inscritos a nombre de la cooperativa, los mismos podrán ser traspasados libres de todo gravamen a cualquier persona.

5) Para efectos de calcular el impuesto sobre la renta de los asociados de las cooperativas se tomará en cuenta sólo el 50% de los ingresos que provengan de los excedentes e intereses de sus certificados de aportación y cuotas de inversión.

6) Exoneración del impuesto de consumo, ventas y estabilización económica, en la adquisición de todos los elementos materiales que necesiten para desarrollar la producción.

7) Tanto el capital invertido en las cuotas (de inversión), como los intereses y demás beneficios que de ellos provengan estarán exentos de toda clase de impuestos, derechos, contribuciones, gravámenes, nacionales o municipales.

8) Los saldos a favor que arroja la liquidación del ejercicio económico correspondiente, son ahorros o excedentes que pertenecen a sus miembros producidos por la gestión económica de la asociación por los que no se pagará el impuesto sobre la renta.

##### B. Ventajas comerciales:

1) Prioridad en el transporte terrestre, marítimo y aéreo, en empresas estatales o particulares que reciban subvención oficial y rebaja del diez por ciento en los fletes de los artículos de giro de ellas que se transporten en dichas empresas.

2) Derecho a contratar preferentemente con el Estado, en igualdad de condiciones para la venta, adquisición o distribución de productos o prestación de servicios que sean requeridos por aquel o cualquiera de sus instituciones.

3) Derecho a obtener del Instituto Nacional de Seguros al costo todos los tipos de pólizas que dicha institución extienda, pero exclusivamente a través de uniones, federaciones o de la Confederación Nacional de Cooperativas que autoriza la ley.

4) Derecho a obtener de las instituciones encargadas de la producción o distribución de la energía eléctrica, tarifas preferenciales en cuanto al precio de compra de dicha energía, particularmente para aquellas cooperativas que operan en las zonas rurales del país.

#### VII.—ALGUNOS PROBLEMAS PRACTICOS QUE SE PRESENTAN CON LOS PROYECTOS.

No podemos dejar de mencionar algunos aspectos problemáticos que, de no atenderse debidamente, frustrarían cualquier buena intención:

##### a) Ayuda de emergencia.

La ayuda de emergencia funciona como un factor desmotivador para que el refugiado se integre en una empresa productiva en forma estable; se ha llegado a determinar que en algunos casos la ayuda de emergencia es SUPERIOR al ingreso que eventualmente tendría el trabajador *trabajando*. Parece indispensable transformar el sistema de la "ayuda de emergencia" que en algunos casos se ha prolongado meses y hasta años.

(25) ARRIETA, op. cit., supra 21, pág. 25.



- b) *La pertenencia a los proyectos es fruto de una presión y no de una motivación espontánea real.*

Es importante ir transformando cualquier presión (por ejemplo, la de tipo financiero) por la motivación inducida, la cual es posible únicamente mediante una previa o concomitante educación cooperativa-autogestionaria, especialmente con relación a la población refugiada centroamericana que, como se deriva del estudio de CONAPARE, se caracteriza por un individualismo y un relativamente bajo nivel educativo promedio. "Desde el punto de vista humano se han dado serios problemas para lograr un acoplamiento aceptable para el buen funcionamiento de las empresas" (26). Se ha constatado en otros países también que "la resistencia de los corporativistas a participar en los asuntos de su cooperativa, se advierte más en la cooperación provocada, o sea, organizada desde las alturas de la autoridad estatal, que en la cooperación espontánea de los pequeños grupos autónomos" (27).

Se ha llegado a afirmar que: "La autogestión por su mismo principio no puede ser "programada" de antemano: el teórico no puede pretender señalar un porvenir a quienes llama a la autodeterminación" (28).

### C. *La imposibilidad de determinar magnitudes ideales.*

La determinación de la magnitud aconsejable para cada empresa autogestionaria no puede ser abstracta e indiscriminada, sino que debe depender del tipo de producción, localización, exigencias del suelo, tradiciones y patrones culturales de la región donde se ubique el asentamiento o la empresa, tipo de población refugiada y políticas nacionales sobre población y empleo (29).

(26) CALLE, cit. supra 2.

(27) RODRIGUEZ, cit., supra 1. p. 174.

(28) ARRIETA, cit., supra 21, p. 35.

(29) Sobre la necesidad de considerar tal multiplicidad de factores. V. GARCIA, Antonio. Modelos operacionales de reforma agraria y desarrollo rural en América Latina, IICA, San José, 1982.

## VIII.—BIBLIOGRAFIA:

- ABAD, Gil. La empresa cooperativa, Agecoop, Zaragoza, 1977.
- ACNUR, Estatutos, 14 de diciembre de 1950, Res. 428-50.
- ALVAREZ, Agustín. Perfiles de la empresa comunitaria en Costa Rica y Panamá, Tesis, Facultad de Derecho, U.C.R., 1983.
- ARRIETA, José Ignacio. La autogestión como movimiento social alternativa, Mérida, 1982.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Resolutions adopted by the General Assembly during its twenty first session, 20 sept. 20 dec. 1966, Supl. N° 16 (A/6316), United Nations, New York, 1967.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, Resolutions adopted by the General Assembly during its twenty second session, Vol. I, 19 sept. 19 dec 1967. Supl 16 (A/6716), United Nations, New York, 1968.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolutions et décisions adoptées par l'Assemblée Générale au cours de sa Trente-cinquième session, 1981, S N° 48 (A/35/48) Nations Unies, 1981.
- BINDER, Julius. Legal Method in Private Law, Harvard, 1948.
- BENECKE, Dietes. El movimiento cooperativo en Chile. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Santiago, 1972.
- BLANCO-HERNANDEZ-MAINIERI-ORTEGA. Las empresas comunitarias campesinas como institutos de Derecho Agrario en Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Tesis, Facultad de Derecho, U.C.R., 1983.
- BRUGAROLA, Armando. La ordenación social de las empresas. Biblioteca de Fomento Social, Madrid, 1952.
- CENTRO NACIONAL DE EDUCACION COOPERATIVA. Documentos de educación cooperativa, Zaragoza, 1974.
- CONFEDERACION ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO, Análisis económico y sociológico del cooperativismo agrícola. Madrid, Industrias gráficas de España, 1972.
- CRUZ, Fernando. Nuevas formas de organización de la empresa, Revista Judicial, N° 11, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1979.
- EQUIPO TECNICO INTERINSTITUCIONAL. CONAPARE. Plan Global de criterios. San José, mayo de 1983.
- FALZEA, Angelo. Introduzione alle scienze giuridiche. Giuffre-ed. Milano, 1975.
- GANDARA FEIJOO, Alfonso. La sociedad autogestionada: un proyecto liberador. Centro de estudios políticos y sociales de América Latina, Mérida, 1982.



- GONZALEZ, Fortunato. La prestación del transporte colectivo y el modelo de autogestión en Mérida, Venezuela, 1982.
- GUTIERREZ, Carlos José, Declaraciones "Gobierno anuncia mayor control sobre refugiados", La Nación, 22 de setiembre de 1982.
- HAUT COMMISSAIRE DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES. Rapport. 25 de noviembre de 1980. S N° 48 (A/35/48), p. 211.
- HECK, Phillipp. El problema de la creación del Derecho, Ariel, Barcelona, 1961.
- HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, Report 2197 XXI (en Resolutions 1966, pág. 48).
- HOGELAR, Joze. Bases filosóficas de la autogestión yugoslava. Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1982.
- JARAMILLO, Francisco. El cooperativismo en la perspectiva comunitaria, Mérida, Venezuela, 1982.
- KONINGS, Gerard. La sociedad autogestionada frente a la sociedad actual, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1982.
- LLUIS y NAVAS, Jaime. Derecho de cooperativas, I y II, Bosch, Barcelona, 1972.
- MOIRANO, Armando. Organización de las sociedades cooperativas, El Ateneo, Buenos Aires, 1944.
- MORA, Fernando. Sociedad, asociación y cooperativa. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 16, San José, noviembre de 1970.
- OFICINA REGIONAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS PARA EL NORTE DE AMERICA LATINA, Seminario sobre el régimen legal aplicable a refugiados, Informe, Conclusiones y recomendaciones, Managua, Setiembre de 1981.
- POUND, Roscoe. Giustizia-Diritto-Interesse. Il Mulino, Bologna, 1962.
- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. Alternativa ideológica. Comunitarismo Justicia et Jus, N° 7, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1971.
- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. Jacques Maritain y la sociedad comunitaria, Monte Avila, Caracas, 1980.
- SOLDEVILLA, Antonio. El asociacionismo agrario, Ceres, Valladolid, 1976.
- VARGAS ZAMORA, Otto. Cooperativas. Tesis, Facultad de Derecho, U.C.R., 1979.
- VELA, Jaime. Las cooperativas agrarias por dentro. Manual de organización y funciones para las cooperativas agrarias de producción, Desco, Lina, 1975.
- VIEWHWEIG, Theodor. Topica e giurisprudenza, Giuffre-ed. Milano, 1962.
- ZELEDON, Ricardo. Un nuevo instituto del Derecho Agrario: la empresa comunitaria de autogestión campesina. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 34, enero-abril, 1978.

## CODIGO DE COMERCIO

- Convención sobre el estatuto de los refugiados, Ginebra 28 de julio de 1951. Ley N° 6079 de 1977. Colección de Leyes y Decretos, II semestre, II tomo, 1977, pág. 544, San José.
- Decreto Ejecutivo N° 11939-P de creación de la Comisión Nacional de Refugiados.
- Ley de asociaciones N° 4179 de 1958, ref. por leyes 185 de 1973, 5513 de 1974, 6605 de 1981 y 6756 de 1982.
- Ley de asociaciones cooperativas, N° 6756 de 5 de mayo de 1982. Alcance N° 10 a La Gaceta N° 87 de 7 de mayo de 1982.
- Ley de Fundaciones, N° 5338 de 28 de agosto de 1975.
- Protocolo sobre el estatuto de los refugiados. Colección de Leyes. 1977. El sem. II tomo, pág. 559.
- Reglamento de empresas comunitarias de autogestión campesina agrícolas y pecuarias de 14 de mayo de 1975. Colección de Leyes y Decretos, I sem. III tomo, 1975, páginas 1218 a 122 1222.



VICISITUDES DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO AGRARIO EN AMERICA LATINA (\*)

Dr. Ricardo Zeledón Z.

Presidente de la Fundación Internacional de Derecho agrario comparado y de la Asociación de Derecho agrario costarricense. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas; Profesor y Coordinador de Postgrado en Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica.

- (1) El Derecho agrario comparado es una disciplina jurídica que se ocupa de estudiar y analizar los aspectos del Derecho agrario de los diferentes países de América Latina y del mundo. Este estudio se realiza desde el punto de vista de la teoría general del Derecho agrario y de la teoría particular del Derecho agrario de cada país. El estudio del Derecho agrario comparado es importante porque permite conocer mejor el funcionamiento del Derecho agrario de cada país y de la América Latina en general. Véase Zeledón Z., *El Derecho Agrario Comparado*, Ed. UCR, 1982, p. 9-15, 22.
- (2) En el Derecho agrario comparado se puede distinguir dos tipos de estudios: el estudio de "derecho agrario" y el estudio de "derecho agrario comparado". El estudio de "derecho agrario" se refiere al estudio de los aspectos particulares del Derecho agrario de cada país. El estudio de "derecho agrario comparado" se refiere al estudio de los aspectos generales del Derecho agrario de América Latina y del mundo. Véase Zeledón Z., *El Derecho Agrario Comparado* (Costa Rica, 1982), p. 9-15, 22.
- (3) Este estudio puede realizarse particularmente por medio de la comparación de los aspectos de los diferentes países de América Latina y del mundo. La comparación puede realizarse desde el punto de vista de la teoría general del Derecho agrario y de la teoría particular del Derecho agrario de cada país. Véase Zeledón Z., *El Derecho Agrario Comparado* (Costa Rica, 1982), p. 9-15, 22.

(\*) Trabajo presentado al Seminario titulado *Profili sistematici e linee di tendenze del Diritto agrario comparato* (celebrado en las ciudades italianas de Perugia y Pisa los días 20 a 25 de octubre de 1982) dentro de la investigación internacional del mismo nombre, que dirige el Profesor Alfredo Massart de la *Università degli Studi di Perugia*, con el patrocinio del *Consiglio Nazionale delle Ricerche*, en la cual el autor de este trabajo es el responsable latinoamericano.



## SUMARIO:

1.—Premisa. 2.—El origen del Derecho agrario moderno, y en particular en América Latina. 3.—La formación doctrinaria A) En Europa, B) En América Latina. 4.—La actitud tradicional de la doctrina frente a la teoría general. 5.—Contenido del Derecho agrario (como sistema) y su influencia en la naturaleza (del Derecho agrario como Ciencia). Respuesta a los problemas de la autonomía, de las fuentes y de la interpretación. 6.—Influencia de la moderna ciencia iusagraria europea en la doctrina latinoamericana. 7.—Posibilidades de un planteamiento de teoría general del Derecho agrario en América Latina frente a la riqueza normativa existente. Los primeros pasos en la recepción de las nuevas teorías: el estudio por institutos, la fijación de fronteras y la agrariedad. 8.—Necesidad de fortalecer el estudio del Derecho agrario comparado en América Latina como forma de incorporar la teoría general.

1.—El Derecho agrario en América Latina constituye una de las ramas jurídicas más novedosas<sup>(1)</sup>, y de mayor importancia, pues su estructura económica se basa fundamentalmente en la agricultura, por lo que se presencia en el presente siglo su nacimiento y desarrollo. El conjunto normativo permite afirmar la existencia de un verdadero "Derecho agrario latinoamericano", con características y particularidades propias que lo identifican y diferencian de los existentes en otros sistemas jurídicos<sup>(2)</sup>, e incluso dentro del mismo sistema romano-germánico se diferencia del "Derecho agrario europeo"<sup>(3)</sup>.

Este Derecho agrario, como es lógico, sólo hasta el momento en que se le comienza a identificar debidamente estructurado, con ciertos rasgos de organicidad y completez, es que se puede ubicar la presencia de una cierta doctrina que ha iniciado la labor de investigar sus particularidades, analizar sus institutos, perfilar sus características, buscar sus principios generales, como forma de afirmar científicamente su existencia<sup>(4)</sup>.

- (1) El Derecho agrario como disciplina jurídica se ubica históricamente —como se verá más adelante— entre finales del siglo XIX y principios del XX, correspondiendo en nuestro continente a las primeras décadas de esta centuria. Para todo véase ZELEDON, R., *El origen del moderno Derecho agrario*, publicado en *Temas de Derecho agrario Europeo y Latinoamericano* (Editorial de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, San José, 1983) p. 9-23, 22.
- (2) En el Derecho comparado se suele dividir todo el conjunto normativo mundial en "sistemas" e "familias", dentro de las cuales se encuentran la romano germánica, el *common law*, el sistema de los países socialistas, y los ordenamientos jurídicos religiosos y tradicionales. En este sentido puede verse DAVID, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (Cedam, 2º, Padova, 1973).
- (3) Esta distinción puede verificarse perfectamente pues existen importantes diferencias entre un continente y otro. Basta observar las diferencias que existen en relación con específicos institutos, tal es el caso de los contratos agrarios de arrendamiento, desarrollados en Europa y discutidos en Latinoamérica, la empresa, poco desarrollada en nuestro continente, la propiedad agraria con importantes concepciones en América que superan las concepciones europeas, e incluso en materia procesal donde nuestras particularidades han generado un interesante sistema más avanzado que el europeo. Para este último ejemplo puede verse, a título de confrontación, las obras GERMANO, A., *Il processo agrario* (Giuffrè, Milano, 1973) y ZELEDON, R., *Proceso agrario comparado en América Latina* (Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982).
- (4) Es solo a partir del momento en que se da este fenómeno que puede distinguirse entre el Derecho agrario como disciplina y el Derecho agrario como ciencia, dos aspectos sobre los cuales debe existir claridad meridiana en este trabajo.



Naturalmente no se puede afirmar el nacimiento de una verdadera doctrina iusagraria latinoamericana (5), como si podría firmarse del sistema, pues la mayoría de los autores se han limitado a verificar tareas específicas en relación con sus propios ordenamientos jurídicos, sin embargo, utilizando un criterio de Derecho comparado, bien podría acercarse al descubrimiento de una cierta doctrina latinoamericana que se devanea y debate en torno a los problemas fundamentales del Derecho agrario (6).

Debe entenderse claramente que si esa doctrina latinoamericana se puede identificar, sobre todo a través del inmenso cúmulo de obras que todos los días se publican en el Continente (7) —o bien por las actividades académicas que se celebran—, señalar la existencia de la elaboración de una teoría general para el Derecho agrario latinoamericano es otro problema, quizá aún no enfrentado, pese a que si se han verificado algunos planteamientos.

En efecto a América Latina llega la información mundial en torno a la teoría general (8), pero la elaboración verificada es realmente escasa cabalmente porque el desarrollo doctrinal —aun cuando en algunos países se puede identificar con los inicios del Siglo— no ha alcanzado una madurez suficiente como para darle un carácter altamente científico a la materia. En algunos países se ha logrado un verdadero desarrollo en cuanto a su tratamiento, pero en la mayoría se está en una etapa embrionaria, lo que imposibilita adecuadamente un desarrollo de la teoría general.

¿Cuáles son los problemas que afronta el Derecho agrario latinoamericano? ¿existe o no? ¿cuáles son las vicisitudes en las que se devanea y debaten los primeros planteamientos en torno a la teoría general del Derecho agrario en el continente? ¿cuáles con los problemas que se deben sortear? y ¿cuál la estrategia para iniciar la lucha por la construcción de una teoría general de la materia en América Latina?, son algunos de los principales temas que se pretenden abordar en esta investigación con el objeto de colaborar adecuadamente con la modernización iusagraria pues, sin la menor duda, el Derecho agrario, como sistema, permite un tratamiento científico en América Latina, cuyo arranque no debe hacerse esperar.

(5) Desde un punto de vista cuantitativo, aún cuando un movimiento estructurado no existe. Quizá la única manifestación que se dio, pero carente de importancia hoy día, opera cuando se pretendió —después de la década de los años 60— identificar al Derecho agrario con la reforma agraria.

(6) Este método es totalmente válido tal y como se desprende de la interesante labor desplegada en la Universidad de Konstanz, Alemania, en relación con el Derecho agrario europeo. Al respecto véase KREUZER, K., *Agrarrechts in Europa*, *infra*, nota 69.

(7) Para todo véase *infra* 3, B.

(8) Las publicaciones mundiales realmente circulan bastante, en especial las revistas y dentro de ellas la *Rivista di Diritto Agrario* que es la de mayor circulación, por lo cual el jurista de hoy cuenta con información suficiente en torno al Derecho Agrario.

Para abordar los argumentos esbozados se procederá a ubicar históricamente el origen del Derecho agrario moderno, y en particular en América Latina, lo mismo que los grandes rasgos sobre los cuales se puede ir identificando la doctrina agraria de Europa y América Latina, como forma de poder incursionar —sobre bases sólidas— en los demás temas.

2.—El Derecho agrario, como fenómeno ius-histórico, no ha existido siempre. Aparece a partir del momento en que se dan una serie de condiciones económicas, políticas, sociales y culturales determinadas que permiten su nacimiento. Es, en consecuencia, un Derecho que —al igual que otras ramas jurídicas (9)—, entendido como sistema, no se conforma como un fenómeno constante en los ordenamientos jurídicos del mundo.

Aún cuando la agricultura va paralela al progreso de la Humanidad (10), a pesar de que se encuentren disposiciones legislativas de muchos siglos que hacen referencia al derecho de propiedad de la tierra (como sucede en Babilonia con el Código de Hamurabi, o en Egipto, China, Judea y Grecia), o se perfilen instituciones como las del Derecho romano que ahora son reclamadas por la disciplina iusagraria, o se emitan monumentos jurídicos como el *Code Napoléon* que tuvo en su centro el derecho de propiedad, pese a todo esto, es hasta hace poco que el Derecho agrario como disciplina jurídica existe en forma autónoma, afirmándose, y con diferencias concretas que lo distinguen del Derecho civil y de las demás ramas jurídicas (11).

(9) En este sentido véase ASCARELLI T., *Appunti di Diritto commerciale* (Soc. Foro italiano, 2º ed., Roma 1933) p. 4.

(10) Una reciente obra que recoge la historia de la agricultura en forma global, y que permitiría a los sostenedores —contrarios a nuestra tesis— de la existencia del Derecho agrario a partir de las primeras manifestaciones de la actividad agrícola, es el libro LUELMO, J., *Historia de la agricultura en Europa y América* (Ediciones Istmo, 2º ed., Madrid, 1975).

(11) Parte reducida de la doctrina ha encontrado antecedentes histórico-ius-agrarios en épocas anteriores a la Moderna y ubican el nacimiento del Derecho Agrario en el tiempo de los romanos, cuando no en Babilonia, Egipto o Grecia. Entre ellos se encuentran Fulvio MAROI en Italia y Abraham MALDONADO en Bolivia.

MALDONADO hace un desarrollo histórico del Derecho agrario que se inicia con lo que él llama la pre-historia del régimen agrario (analizando la agricultura del salvajismo, la barbarie y la civilización) pasando por Babilonia, Egipto, Judea, Grecia y Roma lo mismo que por los acontecimientos históricos que marcaron el Cristianismo, la Edad Media, la emancipación norteamericana y la Revolución Francesa; en igual forma, antes de analizar el Derecho agrario en Bolivia, hace una historia de algunas instituciones del Derecho Agrario Indiano. Véase MALDONADO, A., *Derecho Agrario (doctrina histórica y Legislación)* (Imprenta Nacional, La Paz, 1956) especialmente p. 25-110, y 173-258.

MAROI, por su parte, encuentra los orígenes y el desarrollo del Derecho agrario itálico en época prehistórica de "Liguri" y "Siculi" pasando luego por el derecho etrusco y el romano. Véase MAROI, F., *Lezione di*



Ni la antigüedad, ni Grecia, ni Roma conocieron de un Derecho agrario que no fuera precisamente el *ius civile*.

El origen del moderno Derecho agrario se ubica en Italia a finales del Siglo XIX<sup>(12)</sup>, y en España<sup>(13)</sup>, Francia<sup>(14)</sup> y América Latina<sup>(15)</sup> en este Siglo.

El nacimiento del Derecho agrario como fenómeno normativo opera hasta el momento en que confluyen una serie de circunstancias económicas, políticas, y sociales<sup>(16)</sup>. La transformación, perfeccionamiento y perfiles característicos dependen siempre de estos factores motivo por el cual el Derecho agrario debe ser calificado como un Derecho histórico.

Los dos límites que condicionan este Derecho: la época en la cual se reputa vigente y la historicidad que le da sus características propias,

*Diritto agrario* (Stamperia Nazionale, 2ª ed., Roma, 1956) p. 11-20, pero especialmente sus *Scritti giuridici* (Giuffrè, Milano, 1956) en que se reúnen un conjunto de estudios sobre el tema, sobre todo en el volumen II, p. 41-52, 53-70, 97-120, 121-151, 185-211 y 269-282.

(12) En este sentido CROSSI, P., *Nascita del Diritto agrario come scienza* que es la conferencia dictada en las *Prime giornate italo-brasiliane di Diritto agrario* (Porto Alegre, noviembre-diciembre 1976) publicado ahora en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, p. 464-71, 464.

(13) Así LUNA SERRANO, A., *La formación dogmática del concepto de Derecho Agrario*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1972, p. 497-519, especialmente p. 502 y ss.; y, recientemente, SANZ-JARQUE, J. J., *Actualidad y fuentes del Derecho Agrario* en *Rivista di Diritto agrario*, 1978, p. 13-22; y BALLARIN, Marcial A., *Derecho Agrario* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965), p. 13-21, especialmente p. 14 al afirmar que "la formación propiamente dicha del Derecho Agrario como tal, no comenzó hasta que surgieron, en las mentes preclaras del XVIII, las reflexiones sobre el Expediente de la Ley Agraria".

(14) MEGRET, J., *Droit agraire* (Librairie Techniques, París, 1973) I, p. 1 que lo califica como "récent" y "étonnamment jeune".

(15) En América Latina, entre tantos, véase, a manera de ejemplo, en México MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Introducción al estudio del Derecho agrario* (Porrúa, 3ª ed., México 1975) p. 11-28; en Costa Rica, SALAS, O., BARRAHONA, R., *Derecho Agrario* (Universidad de Costa Rica, San José, 1973) p. 43-45; en Venezuela VENTURINI, A. J., *Derecho agrario venezolano* (Ediciones Magón, Caracas, 1976) p. 252-63; en Brasil PEREIRA SODERO, F., *Direito Agrario e reforma agraria* (Libr. Legislação Brasileira, S. Paulo, 1968); en Uruguay, GELSI BIDART, A., *Criterios sobre fronteras del Derecho agrario*, en *Rivista di Diritto agrario*, 1976 p. 236-52.

(16) GROSSI, P., *Nascita del Diritto agrario come scienza*, supra nota 12, p. 464 entiende que el Derecho agrario nace en el momento en que "di fronte a una realtà tecnica e socio-economica tanto particolare come quella inerente all'agricoltura, e alla sua organizzazione, comincia ad emergere una particolare coscienza di giurista che porta nel suo discorso scientifico note di autonomia sostanziale". En esta evocación, naturalmente, la referencia es al Derecho agrario como ciencia, no como conjunto normativo.

definen su existencia; sin embargo, ni uno ni otro definen su cientificidad, pues hay que tener presente que existe una gran diferencia entre el Derecho agrario, como fenómeno normativo, y la ciencia que tiene como objeto el Derecho agrario<sup>(17)</sup>.

Las primeras manifestaciones de la ciencia que estudia el Derecho agrario tiene su origen en las investigaciones realizadas en Italia a finales del Siglo XVIII y principios del XIX<sup>(18)</sup>, específicamente por un grupo de juristas que se dieron al estudio profundo de la normativa agraria dictada, llamados —por las características comunes y homogeneidad de planteadas, llamados —por las características comunes y homogeneidad de planteadas, llamados —por las características comunes y homogeneidad de planteadas— la Escuela Toscana<sup>(19)</sup>, posiblemente como modo de diferenciarse de la Escuela Napolitana que estudió los demanios y los *usi civici*.

Sin embargo no se toman estos estudios como origen de la Ciencia del moderno Derecho agrario porque bien pronto su labor se vio desvirtuada, y no resultan más que una noticia histórica.

(17) En este sentido CARROZZA, A., y ROMAGNOLI, E., *L'orientamento attuale del Diritto agrario*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1974, p. 741-42.

(18) IRTI localiza los primeros estudios del Derecho agrario en la Toscana Leopoldina del Siglo XVIII pues PIETRO LEOPOLDO se convierte en Duque de la Toscana (coincidiendo precisamente con la influencia de los círculos del iluminismo y de audaces reformas de carácter político y económico) quien pide a la ACADEMIA DE GEORGOFILI en 1766 que estudie y discuta el modo de mejorar y ampliar la agricultura", de ahí nacen una serie de medidas legislativas que tienden a abolir los antiguos vínculos al comercio de los tratantes de grano, eliminar las prestaciones serviles de los campesinos y la renta de terrenos de entes eclesiásticos y laicos de los que surgen nuevas categorías de propietarios.

En este ámbito de estudios económicos y reformas legislativas se inicia el despertar por la profundización de las normas agrarias por parte de los juristas. Sobresalen Gregorio FIERLI que hizo una serie de ensayos sobre acciones edilicias, sobre mano de obra no utilizada, y sobre la división de bienes entre los campesinos; estas obras tuvieron influencia notable en las decisiones jurisprudenciales, y así como en la práctica y el foro. Con mayor penetración en el análisis y gran capacidad de sistematización se encuentra la obra de Gerolamo POGGI quien elaboró el *Piano d'istituzioni agrarie*, que es un esquema de desarrollo de la materia unido al esbozo de un código rural: sostuvo la autonomía legislativa del Derecho agrario —sobre todo a través de la emanación de un código rural— por sobre la científica. El hermano, Enrico POGGI en 1859 fue Ministro de Gobierno Toscano y elaboró su *Cenni storici delle leggi sull'agricoltura dai tempi romani fino ai nostri* (Firenze, 1845-48) que reúne muchos datos y referencias doctrinarias. E igualmente deben citarse a Napoleón PINI que en 1841 edita en Florencia su *Saggio di un corso di legislazione rurale*.

Las referencias históricas hechas provienen del excelente ensayo: IRTI, N., *Le due scuole del Diritto agrario*, publicado como parte del libro *Introduzione allo studio del Diritto privato* (Giappichelli, Torino, 1974) p. 221-97 que en forma autónoma aparece en la *Rivista di Diritto agrario*, 1975, p. 3-55, 3-6.

(19) ARCANGELI, A., *Istituzioni di Diritto agrario. Parte Generale* (Soc. Foro italiano, 2ª ed., Roma, 1936) p. 149.



En efecto, estos primeros estudios del Siglo XVIII —carentes de continuidad del método científico, pero con idéntica orientación ideológica— se vieron anulados por la codificación. El *Code Napoleon* de 1804 fue una oleada que llegó a calar hondo en todos los ordenamientos jurídicos. En Italia, una vez declarado el Estado unitario, se siguió la codificación francesa, y su filosofía, al aprobar el *Codice Civile* de 1865, por lo que aquellas primeras manifestaciones de la Ciencia iusagraria se encontraron enfrentadas ya no a una legislación especial con institutos particulares propios, en que existía una evidente tutela a la producción agrícola, sino, por el contrario, a una legislación en que primaba la propiedad por sobre cualquier otra institución, y en que los principios inspiradores resultaban totalmente distintos.

En síntesis se presencia un fenómeno negador totalmente del Derecho agrario. Efectivamente, el Código Civil francés es la representación jurídica política de las ideas revolucionarias de 1789: es la instauración del derecho de libertad del individuo y de la tierra como símbolo de destrucción del feudalismo. Libertad y tierra son conceptos paralelos: a la unidad política del ciudadano corresponde la unidad jurídica de la propiedad (20). La revolución burguesa afirma la libertad del individuo con la unidad jurídica de la propiedad (21). La doctrina de la revolución es la del individuo, la del individuo como centro de toda preocupación. El individuo está contrapuesto a la sociedad. La filosofía revolucionaria es, pues, la de la parte (22). La propiedad nace junto al poder político porque antes de éste lo único que existe es una aprehensión personal, sea, el derecho subjetivo se resuelve en el problema de la pertenencia, atribuyéndole una parte del mundo corpóreo al individuo (23). Pero, como la propiedad de la tierra es la propiedad por excelencia, la tierra se encuentra ligada a la voluntad del individuo.

(20) Para un amplio análisis histórico véase GERAUD, M., *Histoire générale du Droit privé français (de 1789 à 1804). La révolution et la propriété foncière* (Sirey, París, 1959; VIAU, P., *Revolution agricole et propriété foncière* (Les éditions ouvrières, París, 1962); y MARONGIU, A., *La rivoluzione francese e la proprietà fondiaria*, publicado en *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1960, p. 569-77.

(21) La Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, del 26 de agosto de 1789, incluida como preámbulo de la Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791, establece que la propiedad es un derecho natural e imprescriptible.

(22) Pues "para la mayor parte del pueblo de Francia del año 1789 significó la victoria del individualismo contra la sociedad representada por el príncipe", en DE VITA, A., *La Proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea (Analisi comparativa del Diritto francese)* (Giuffrè, Milano, 1969) p. 9.

(23) Véase en este aspecto ROMANO, S., *Sulla nozione di proprietà*, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1960, p. 337-52, especialmente 341 ss.

He aquí las fuerzas ante las cuales sucumbieron los primeros intentos de estudio del Derecho agrario del Siglo XVIII. Hubo de pasar mucho tiempo, pero sobre todo fue necesaria la existencia de una serie de factores particulares, para que los ordenamientos jurídicos, con su economía basada en la agricultura, se vieran compelidos a dictar normas distintas de las del tronco común del Derecho Civil, como única forma de normar una realidad en rápida transformación (24) cuyo reclamo consistía en la incapacidad del Derecho civil para resolver todas sus vicisitudes. Estos fenómenos fueron los que luego permitieron la aparición de la Ciencia del Derecho agrario moderno a finales del siglo pasado y principios de éste en Europa y América Latina.

Los factores que permiten el nacimiento del Derecho agrario moderno son el capitalismo, la ruptura de la unidad del Derecho privado y la evolución del esquema jurídico constitucional de los diversos ordenamientos.

El capitalismo introduce, aparte de la división de la sociedad en clases, la categoría de la tierra como instrumento de producción a la par del trabajo y el capital, y los fenómenos económicos que originan su nacimiento (en cuanto relaciones de producción determinadas) condicionan, en general, el proceso social, político y espiritual, marcando el progreso de la formación económica de la sociedad (25). En cuanto al aspecto agrario se refiere, la revolución industrial afecta también la agricultura: una vez superados los avances del Siglo XVII del uso del abono animal, la práctica del barbecho y la alternatibilidad de cosechas (26), la agricultura del Siglo XX

(24) En este sentido véase CAPPELLETTI, M., *Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze evolutive delle costituzione moderne*, publicado en *Atti della seconda assemblea del' Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) 11, p. 475-514.

(25) Véase, la obra MARX, C. y ENGELS, F., *La concezione materialistica della storia* (Riuniti, 2ª ed., Roma, 1974) p. 94-105, especialmente p. 100. En el mismo volumen, a la Introducción de F. DODINO cfr. p. 8-9.

(26) LUELMO, J., *Historia de la agricultura en Europa y América*, supra nota 10, p. 321. Sin embargo hay que tomar en cuenta que "como la storia dell'industria non si limita generalmente alla storia delle machine e della ingegneria, così la storia della agricultura no ni può identificare, secondo noi, sic et simpliciter, con la storia della tecnica agricola o delle scienze agronomiche" (DEL PANE, L., *Per una storia dell'agricoltura italiana* publicado en *Rivista di Storia dell'agricoltura*, 1963, p. 5-19-12) pues "la coltura dei campi non implica soltanto un rapporto fra la terra e l'uomo, ma anche dei rapporti fra uomini, rapporti economici, psicologici, giuridici, morali. La coltura dei campi é essenzialmente un fenomeno di produzione e in questo fenomeno concorrono, comb'nantis in varia guisa, quelli che, secondo il linguaggio dei vecchi economisti si chiamavano i fattori della produzione: la natura, il lavoro, il capitale (DEL PANE L., *Ibid.*, p. 11). Es por ésto que la historia de la tenencia de la tierra "costituisce come un filo rosso sul quale si agganiano da un lato la storia della tecnica o dalla coltura agraria, dall'altro le forme di conduzione, la struttura delle classi, i loro rapporti e le loro lotte" (DEL PANE, L. *Ibid.*, p. 12).



continúa haciendo progresos notables sobre todo porque se intensifican los drenajes, se descubren los abonos químicos, y se comienza un acelerado desarrollo con la invención de la maquinaria agrícola (27), que implica, en el plano social, la destrucción definitiva de la Comunidad medieval y el desplazamiento de la agricultura colectiva por el sistema "moderno" de cultivo individual (28). Es el capitalismo y su filosofía el que va a ocasionar la ruptura de la unidad del Derecho privado.

La transición de la sociedad feudal a la sociedad capitalista fue lenta y gradual, la nueva clase no se había aún emancipado de la anterior y coexistían ambas con sus propias leyes: el código civil y el código de comercio (29). El *Code Napoléon* como código de la burguesía rural era el "derecho perfecto", en él se protegía la propiedad, se garantizaba su disfrute y se conservaba la riqueza. Con el Código de comercio, por el contrario, código de la nueva clase: de la burguesía industrial y comercial, por su influencia decidida —que todo impregna— se da la "comercialización" de las relaciones civiles (30), pues el Derecho comercial es la categoría jurídica por excelencia del capitalismo (31).

El fundamento de la ruptura de la unidad del Derecho privado acontece porque la codificación napoleónica resolvía el derecho de la tierra en el Derecho civil, en el derecho de la propiedad, con el problema de que en materia comercial aparecen categorías de unidad y actividad, manteniéndose la tierra en la esfera de la voluntad del individuo. La crisis es más clara al profundizar el contenido del derecho subjetivo (el centro pasa de la voluntad a la relación individuo-bien), las necesidades humanas y la naturaleza del bien, la diferencia entre bienes de consumo y bienes de producción. La propiedad pasa de poder de la voluntad a poder económico (32).

(27) Ya a partir de este momento se habló de *revolución agraria* pese a que en el mismo siglo XVIII hay rasgos distintos que permiten retrotraer sus efectos a esa época en LUELMO, J., *Historia de la agricultura en Europa y América*, *supra* nota 10, p. 326-28.

(28) LUELMO J., *Ibid.*, p. 328-37.

(29) GALGANO, F., *L'imprenditore* (Zanichelli, 2ª ed., Bologna, 1975) p. 2.

(30) GALGANO, F., *Storia del Diritto commerciale* (Il Mulino, Bologna, 1976) p. 95-99.

(31) COTTINO, G., *Diritto commerciale* (Cedam, Padova, 1976) p. 6-7.

(32) Afirma ASCARELLI que "alla proprietà-signoria, alla proprietà quasi sovranità —chiamamola—, alla proprietà tinta un pó di colori politici o almeno connessa con elementi di atribuzione di potere politico, che abbiamo visto é quella che ancora viene combattuta nei Paesi le cui condizioni sono piú arretrate; alla proprietà i cui avanzi nei vincoli feudali erano stati distrutti dalla affermazione della proprietà individualista, si contrappone una nuova proprietà ormai mero strumento di produzione economica come perciò si

En el aspecto constitucional, como tercer fenómeno que coadyuva para el origen del moderno Derecho agrario, opera una evolución al pasar de un sistema "liberal" en el que solamente habían encontrado protección los derechos políticos, clásicos o individuales de libertad, a un sistema "social" en que esos mismos son integrados con los derechos "sociales" o "económicos" de libertad (33). A partir del artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 (34), luego la de la República de Weimar en 1919 (35), se comienza a institucionalizar el tránsito de la "propiedad-señoría" con los antiguos caracteres de individual, absoluta, sagrada e inviolable (36), a una "propiedad-instrumento de producción", a una "pro-

voul attribuire in relazione a criteri meramente economici —diciamo così— e sprovvisti di quell'accento sull'attività piuttosto che sull'investimento" (p. 58).

Luego agrega: Una volta ammessa una concezione privatistica della proprietà terriera, intesa alla attività economica ed alla produzione, l'intervento pubblicistico sull'attività e così sulla gestione del bene diventa naturale; diventa naturale in quanto questa attività economica non ha giustificazione se non su un terreno generale, si che la terra si presenta come uno strumento di produzione e finisce per essere assoggettata a una disciplina pubblicistica che trova parallelo in altre dettate per altri strumenti di produzione. Il limite assoluto, all'intervento pubblicistico non aveva la sua origina su un terreno economico; il limite assoluto all'intervento pubblicistico trovava la sua origine in un concetto di proprietà-sovranità nella concezione del mio fondo come piccola zona dove esercito l'impero. Caduta questa concezione, proprio in seguito al carattere privatistico assunto del concetto di proprietà, sorge naturale, viceversa, l'intervento pubblicistico. Ecco perché, da questo punto di vista mi sembra che i vari motivi (...) possono trovare una unità, che é quella che ci permette di vedere, non già come fasi contrastante, ma come fasi successive di uno stesso sviluppo, provvedimenti, diversi in Paesi per il loro livele economico, e che quindi riproducono quasi le tappe di un comune cammino".

En ASCARELLI, T., *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, publicado en el volumen *Dopo il primo convegno internazionale di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1958) p. 49-62.

(33) MORTATI, C., *Istituzioni di Diritto pubblico* (Cedam, Padova, 9ª ed., 1976) II, p. 1016 ss.

(34) Entre otros véase MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El sistema agrario constitucional* (Porruá, 4ª ed., México, 1975).

(35) Para todo GALLONI, G., *Il diritto agrario nelle costituzione europee*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1961, p. 86-111. El autor, como sucede en casi la totalidad de la doctrina europea, ubica a la Constitución de Weimar como el instrumento que introduce el concepto de "función social de la propiedad" cuando, contrariamente, es la de México de 1917.

(36) Para una interesantísima crítica a las características que introdujo la revolución francesa en el Derecho de propiedad, y que aún son aceptadas por parte de la doctrina, véase la obra de NATOLI, U., *La proprietà* (Giuffrè, 2ª ed., Milano, 1976) especialmente p. 1-30.

Paralelamente véase PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare a la proprietà terriera)* que fue la relación presentada al tercer congreso de Derecho agrario italiano, publicado en *Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1954) p. 46-210,



piEDAD-actividad" que pasa a ser un derecho-deber por la obligación del cumplimiento de su "función social", para el racional disfrute y justa distribución.

El Derecho agrario nace como Derecho civil, pero no como traslado del estudio del derecho de la tierra. El Derecho agrario es derecho de actividad, no sólo de propiedad, nace como la unidad de la organización y utilización de la tierra en la producción agrícola (37).

Contrariamente, la ciencia que estudia el Derecho agrario no nace al mismo tiempo. El Derecho agrario y su ciencia se encuentran históricamente desfazados, y en casi todos los ejemplos difícilmente confluyen en tiempo y espacio.

Dicho todo lo anterior conviene verificar un primer acercamiento para ubicar temporalmente al Derecho agrario Latinoamericano.

Partiendo siempre de los tres factores que permiten señalar el origen del moderno Derecho agrario, lo que exige proceder a incursionar en argumentos referidos a un eventual origen en la época de los Incas, Mayas o Aztecas, o bien al momento en que en el Continente se incorporaron los códigos civiles por la influencia liberal francesa, resulta obvio que el Derecho agrario latinoamericano debe ubicarse en este Siglo, y a lo sumo en las últimas décadas del anterior. Pero esta hipótesis requiere demostración.

En efecto un estudio detallado de los ordenamientos jurídicos del continente excluye la afirmación de la existencia del Derecho agrario en la época en que los países latinoamericanos aún dependían de la Corona Española o de Portugal, pues las características de sus normas, al igual que sucedió con la época liberal y la adopción de los códigos civiles, tienen características propias del *ius civile* y no específicamente de Derecho agrario. Dentro de este mismo marco aún cuando en el Siglo pasado se encuentran normas de colonización —tal es el caso de México con características más interesantes— no se les puede identificar un carácter iusagrario, aparte de que esas leyes —como dice Lucio Mendieta y Núñez—

ahora en el volumen *La proprietà nel nuovo Diritto* (Giuffrè, Milano, 1964) p. 145-306; RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà* publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252-1341; COSTANTINO, C., *Contributo alla teoria della proprietà* (Jovene, Napoli, 1967; NEGRO, F., *La storia economica e sociale della proprietà* (Ed. Forni, 4ª ed., Bologna, 1970); RODOTA, S., *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà* publicado en *Politica del Diritto*, 1970, p. 463-78; COCO, G. S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà* (Giuffrè, Milano, 1965); ASCARELLI, T., *Proprietà e controllo della ricchezza*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950.

(37) Para todo véase ZELEDON, R., *El origen del moderno Derecho agrario*, *supra* nota 1, p. 22-23.

realmente fueron las que crearon el "problema agrario", toda vez que al verificar su labor las compañías colonizadoras pronto se convirtieron en las grandes latifundistas con las mejores tierras, dejando a los más pobres las peores y de inferior calidad (37bis).

Un hito indudable para fijar algún rasgo de origen es la introducción del concepto de la función social de propiedad institucionalizado a través del artículo 27 de la Constitución Política mexicana de 1917, como resultado del levantamiento campesino que originó la revolución mexicana a partir de 1910. Esa norma, los conceptos que en torno a ella se fueron elaborando, pero principalmente la humanización que del régimen de propiedad se pretendía lograr pronto se difundió entre los más preclaros pensadores del continente para originar todo un importante movimiento de opinión, en el cual se podrían buscar los orígenes conceptuales de la nueva doctrina iusagraria latinoamericana.

En todo caso si debe indicarse con claridad que los diferentes ordenamientos jurídicos desde la segunda mitad del Siglo XIX presentan normas referidas a la producción agropecuaria, sobre todo por la necesidad marcada de comercializar los productos con Estados Unidos y Europa, y en ese sentido se encuentran leyes referidas a la producción bananera, cafetalera, cañera, ganadera, de productos básicos, cacao y otros muchos productos, que estructuradas sobre criterios técnicos muestran una incipiente normativa agraria, cuyo perfeccionamiento se ha venido dando durante los últimos cien años, hasta encontrar actualmente impresionantes conjuntos normativos en todos los países que sin duda sumados constituyen cuerpos normativos que superan hasta 10 veces el código civil de cada país.

En síntesis, el Derecho agrario latinoamericano puede ubicarse temporalmente a finales del Siglo XIX y principios del XX, aparecido como explicación frente a la incapacidad del Código Civil de resolver adecuadamente las relaciones nacidas del agro, y en virtud de una profusa legislación especial, que se vio pronto complementada, a principios de Siglo, con la orientación social que busca superar los viejos criterios clásicos de la propiedad como forma de que se introduzcan criterios de Justicia.

3. En la formación del Derecho agrario —tanto en el plano legislativo como doctrinario— hay notables diferencias en los diversos países que le han dado importancia. Actualmente sólo en Europa y América Latina, a la par de las disposiciones iusagrarias dictadas, se le ha dado un tratamiento científico que merezca denotarse.

A) En Europa, es en Italia, donde se encuentra la cuna y mayor profundidad doctrinaria en el tratamiento de la materia, le sigue España con un notable desarrollo sobre todo en los últimos veinte años, luego

(37bis) MENDIETTA Y NUÑEZ, L., *El problema agrario en México* (Porrúa, México, 1977).



Francia que no ha logrado incorporarse al movimiento mundial, y finalmente Alemania con un desarrollo impresionante en los últimos tiempos.

a) El fenómeno de la doctrina del Derecho agrario en Italia se remonta al Siglo XVIII, sin embargo, el hito más importante dentro de su historia se encuentra constituido por la aparición del primer número de la *Rivista di Diritto agrario*, en la primavera de 1922, dirigida por Giangastone Bolla, casi paralela a la instauración de la primera cátedra de *Diritto agrario*, en la *Università degli Studi di Pisa*, en el otoño del mismo año, a cargo de Bolla. Aún cuando en esta época aparecen una serie de publicaciones<sup>(38)</sup>, es realmente la Revista<sup>(39)</sup> a la que corresponderá impulsar la nueva ciencia y en torno a ella es que vive todo un complejo grupo de autores de monografías y manuales<sup>(40)</sup> forjadores primeramente de reformas al ordenamiento jurídico incorporadas con el *Código Civil* de 1942<sup>(41)</sup>, y luego, de la nueva generación, un poco menos civilista que la de los iniciadores<sup>(42)</sup>. Con la Revista también se dan las grandes discusiones doctrinarias, hoy propiedad de la historia univer-

(38) Los primeros libros referían generalmente a *legislazione rurale* o *legislazione agraria*, estructurados sobre la base del *codice civile*, destinados a ser libros de texto para cursos universitarios. Ejemplo de éstos son SPOTO, S., *Elementi di legislazione rurale* (Dante Alighiere, 3ª ed., Milano-Padova-Roma, 1924); SISTO, A., *Istituzioni di Diritto agrario* (L. Cappelli Ed., Bologna, 1926); RE, L., *Corso di Diritto agrario* (Ed. Giulio Vannini, Brescia, 1931).

(39) La Revista fijó un doble fin: práctico, para seguir y conocer las normas que tienen relación con los agricultores, y, teórico, en cuanto interesa realizar estudios que coordinen las normas y disposiciones, se revisen los institutos anticuados para ser sustituidos por nuevos, reduciendo a unidad y a principios generales del Derecho normas que se encuentran fragmentadas y dispersas. Véase, principalmente, BOLLA, G. G., *Programa en Rivista di Diritto agrario*, 1922, p. 1-4.

El nacimiento de la revista abre la posibilidad a un amplio y continuo debate en el plano científico entre los cultores de las diferentes materias, por eso por sus páginas desfilan privatistas, publicistas, procesalistas, filósofos, historiadores del Derecho, economistas, y personalidades de todas las latitudes del mundo.

(40) Entre ellos valga citar, fundamentalmente, ARCANGELLI, A., *Istituzioni di Diritto agrario* (Soc. Ed. Foro italiano, 2ª ed., Roma, 1936); CARRARA, G., *Corso di Diritto agrario* (Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firenze, 1937); CICU, A., *Corso di Diritto Agrario* (Giuffrè Milano, 1937); PALAZZO, G. A., *Istituzioni di Diritto agrario e legislazione rurale* (Ed. E. L. T., Milano, 1938); CICU, A. y BASSANELLI, E., *Corso di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1940).

(41) El ejemplo más importante se encuentra constituido por la incorporación de la teoría de la empresa, impulsada por LORENZO MOSSA, cuyos efectos comprendieron también al Derecho agrario pues en el artículo 2135 del *Código civil* se da el concepto de "Imprenditore agricolo" y en ese capítulo se regula la empresa agraria.

(42) Después de 1942 los manuales más importantes son DE SIMONE, M., *Lineamenti di Diritto agrario* (Pellerano del Gaudio Ed., Napoli, 1944); BASSANELLI, E., *Corso di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1946); FUNAIOLI, G. B., *Corso di Diritto agrario* (Pellegrini, Pisa, 1948); PERCO-

sal del Derecho agrario, que constituye verdaderas etapas con sus características propias<sup>(43)</sup>. Sin embargo el aporte de Italia al desarrollo del Derecho agrario no se agota ahí: sus congresos<sup>(44)</sup>, permitieron un tra-

LESI, F. y ROSSI, B., *Elementi di Diritto agrario* (Edizione agricole Bologna, 1948); PARGLILOLO, A., *Elementi di Diritto agrario* (Soc. Ed. del Foro italiano, Roma, 1948); LONGO, M., *Profili di Diritto agrario italiano* (Giappichelli Ed., Torino, 1951); ORLANDO-CASCIO, S., *Corso di Diritto agrario* (S. F. Flaccovio Ed., Palermo, 1952); ROSSI, B., *Istituzioni di Diritto agrario* (Edagricole, Bologna, 1954); MAROI, F., *Lezioni di Diritto agrario* (Stamperia Nazionale, Roma, 1956); BETTI, E., *Lezioni di Diritto agrario sui contratti agrari* (Giuffrè, Milano, 1957); BUSCA, M., *Elementi di Diritto agrario* (Ed. Agricole, Bologna, 1958); NICOLINI, G., *Diritto agrario* (Ed. Univ. Casanova, Parma, 1972); SALVESTRONI, U., *Nozioni di Diritto agrario* (Cedam, Padova, 1976); MILANI, F., *Lineamenti di Diritto agrario* (Patron Ed., Bologna, 1976); y recientemente, el *Manuale di Diritto agrario italiano* (al cuidado de Natalino Irti) (U. T. E. T., Torino, 1978) que es una obra conjunta escrita por los mejores agraristas de Italia.

(43) La primera etapa está constituida por el debate doctrinario sobre la autonomía del Derecho agrario (1928-31) que permitió afianzar la materia; la segunda va de 1931 hasta la promulgación del *Código Civil* de 1942, en que el tema principal fue el de *le opere di bonifica* y su tratamiento jurídico, pues constituía un aspecto importante de la legislación fascista dictada en esa época; la tercera arranca a partir de la promulgación del Código hasta 1950 en que el estudio por su parte se afianza por la gran manualística, pero, a su vez, se nota una fuerte influencia pues en ese momento lo fundamental era el tratamiento monolítico del Derecho privado; la cuarta etapa, marcada por la promulgación de la normativa de la reforma agraria no fue suficiente para que los estudios iusagrarios alcanzaran importancia, por el contrario, los civilistas obstaculizaron la creación de más cátedras como efecto inmediato a la oposición y desconfianza que despertaba un tema considerado "extrajurídico" (y peligroso, pues era tesis de la Democracia cristiana como medio de satisfacer a los campesinos que regresaban de la guerra —y de paso montar una estructura de poder antagónica al régimen anterior— que no era bien aceptado por los juristas, en su mayoría fascistas); una quinta etapa se puede ubicar a partir de la promulgación de la ley N° 756 del 15 de setiembre de 1964, en que va incluida también la N° 11 del 11 de febrero de 1971, con sus respectivas reformas e inconstitucionalidades, que hizo a algunos definir la disciplina como el derecho de la "nueva" contratación agraria; y, la última se encuentra constituida por varios factores —aparentemente sin relación entre sí— acaecidos en 1972, son ellos la muerte de GIANGASTONE BOLLA, la existencia de nuevos valores frente a las responsabilidades de la conducción del Derecho agrario en Italia (precisamente en el cincuentenario de la *Rivista di Diritto agrario*) y la aparición de la teoría de la agrariedad de ANTONIO CARROZZA que implicará un vuelco bastante importante en la concepción de la materia y la base para la construcción de una teoría general que a la fecha no se ha construido.

(44) En Italia se han realizado tres congresos nacionales, el primero se verificó en Florencia en 1935 (véase *Atti del primo congresso nazionale di Diritto agrario*, Tip. M. Ricci, Firenze, 1935) con el patrocinio de la *Accademia dei Georgofili*; el segundo se desarrolla en Mussolinia, Cagliari y Sassari, en el octubre de 1938 (ver *Atti del Secondo congresso nazionale di Diritto Agrario*, Ed. Universitarie, Roma, 1939) con una definición enteramente fascista; el tercero (*Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1954) se verifica con posterioridad a la II Guerra Mundial, en Palermo, en el octubre de 1952.



tamiento más internacional al promover y difundir la novísima ciencia jurídica, y más tarde sus demás revistas<sup>(45)</sup> especializadas. Es la doctrina de este país, aún hoy, la máxima representante del desarrollo científico del Derecho agrario por su inmensa producción jurídica, pero, por haber adquirido esta ciencia acogida mundial, no es el único.

b) El segundo gran país donde se desarrolla el Derecho agrario —no sólo por la vecindad con Italia, sino fundamentalmente por su especial situación agrícola y social propicia a la existencia de una adecuada normativa agraria, además de la sensibilidad de sus juristas— es España, convertida hoy también en la segunda doctrina mundial por lo profundo del tratamiento científico. Antes de la promulgación del Código Civil de 1889 se encuentran obras referidas a la agricultura<sup>(46)</sup>, como en otros países, pero el nacimiento del Derecho agrario corresponde a este Siglo<sup>(47)</sup>, al promulgarse nuevas leyes inspiradas en principios de orden social au-

En la primera década de los cincuenta se realiza el famoso *Primo Convegno internazionale di Diritto agrario* (Ver *Atti* con ese nombre, Giuffré, Milano, 1954) celebrado en Florencia del 28 de marzo al 2 de abril de 1954 con juristas de más de 38 países de Europa, Asia y América, con el cual se bautizó a Florencia como "la capital mundial del Derecho Agrario", y se impulsó la creación del *Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato*, en 1957, que patrocinaría más tarde dos grandes acontecimientos: la *Prima assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (véase actas en tres volúmenes, Giuffré, Milano, 1962) y la *Seconda Assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (actas en tres volúmenes, Giuffré, Milano, 1964); además de conferencias, mesas redondas, y jornadas con otros países desarrollados en el campo del Derecho agrario.

(45) Pese a que existen algunas revistas referidas a la agricultura en sus diversos aspectos, de Derecho agrario específicamente se encuentran *Giurisprudenza agraria italiana* (Ramo editoriale degli agricoltori, Roma) fundada en 1954, de orientación un tanto conservadora, y la novísima *Il nuovo diritto agrario* (Alleanza nazionale dei contadini, Roma) fundada en 1974, con una orientación progresista.

(46) Sin haberse promulgado el Código civil de 1889 en España ya se habían publicado un primer estudio sobre la materia jurídica agraria, se trata de VALLEDOR, R. y QUINTANA, L. N., *Manual de legislación rural* (Madrid, 1882) e incluso en la época se nota gran interés por la problemática agraria según se colige de la publicación de las siguientes obras: CARDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad y su estado actual en Europa* (Madrid, 1879); CAMACHO, A. M., *Historia jurídica del cultivo y de la industria ganadera en España* (Madrid, 1912), y, COLMEIRO, *Historia de la Economía política en España* (Madrid, 1863) todos citados por BALLARIN MARCIAL, A., *Derecho Agrario*, *supra* nota 13, p. 5, 13, y 14.

(47) En sentido contrario BALLARIN MARCIAL, quien encuentra el nacimiento del Derecho agrario español en el Siglo XVIII, cuando se discutía el expediente de la Ley agraria, pues "sería vano buscar en la historia del Derecho anterior al Siglo XVIII, un ordenamiento jurídico que mereciera el nombre de Derecho agrario y menos todavía, preocupación doctrinal o legislativa por regular, de forma coherente y ordenada, los problemas de la agricultura española", en BALLARIN MARCIAL, A., *Derecho agrario*, *Ibid.*, p. 14.

sentes en la codificación. En la década de los treinta, mientras en Italia se discute sobre la autonomía de la materia, juristas provenientes del campo notarial sostenían la independencia legislativa y doctrinal respecto al "tronto común del Derecho civil"<sup>(48)</sup> para sentar las bases inspiradoras de la doctrina<sup>(49)</sup> de una primera época desarrollada en los cincuenta por Federico De Castro y Bravo y Manuel María De Zulueta<sup>(50)</sup> <sup>(51)</sup>. En todo

(48) La referencia concreta, corresponde a ULIARTE, J., *Derecho español* publicado en la *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1935, p. 422 ss.; CAMPUZANO, F., *El Derecho agrario español*, en *Revista de Derecho privado*, 1933, p. 361 ss., del mismo CAMPUZANO: *La transformación de las instituciones civiles en el Derecho agrario*, en el *Libro homenaje al profesor Felipe Clemente de Diego*, 1940, p. 69 ss., *Observatorios de Derecho agrario*, en *Revista de Derecho inmobiliario*, 1934, y, LEAL GARCÍA, A., *El Derecho agrario y sus modernas orientaciones* en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1935, p. 607-12.

(49) Cfr. en ese sentido el interesantísimo artículo de LUNA SERRANO, A., *La formación dogmática del Concepto de Derecho agrario*, *supra* nota 13, p. 502-03.

(50) Fuera de CAMPUZANO —se sostiene— es hasta la investigación de FEDERICO DE CASTRO, presentada en Florencia en 1954, que "se puede hablar de conciencia agrarista en los civilistas españoles"; SOLDEVILLA, A. D., *Sobre la autonomía didáctica del Derecho Agrario* (CERES, Valladolid, 1974) p. 29.

(51) Estos dos brillantes juristas españoles, pese a pertenecer a la misma época, se muestran con ciertas diferencias.

DE CASTRO en su participación en el Convenio Internacional de Derecho agrario, celebrado en Florencia, en 1954 (*Notas para el estudio del Derecho agrario en España*, publicado en *Atti del primo convegno internazionale di Diritto agrario*, I, p. 73-111), refleja una gran madurez —sobre todo al fijar lineamientos fundamentales a desarrollar posteriormente por la doctrina— en cuanto separa rápidamente al Derecho agrario de una identificación con la reforma agraria, y antes bien, señala la importancia de destacar otros valores fundamentales e intrínsecos que le pertenecen; sostiene la separación de esta rama del Derecho civil por la especial realidad social agrícola que él regula, cuyo matiz reciben sus figuras jurídicas; para él, incluso, el Derecho civil moderno deberá seguir la ruta marcada por el agrario, abandonando la "indiferencia abstracta" de los diferentes derechos y obligaciones para que cada materia se desarrolle conforme a sus funciones propias; vislumbró en aquella época una cierta peligrosidad para la nueva rama del Derecho con las instituciones —sobre todo mercantiles— adoptadas para integrar su contenido. Estos grandes filones, aún hoy, son revolucionarios.

DE ZULUETA va a ser un poco más sistematizador pues publica un manual (*Derecho agrario*, Salvat, Barcelona, 1955), sin tomar en cuenta, desgraciadamente, los adelantos de la materia (Vgr. parte del supuesto de que "el Derecho con el calificativo de agrario ha de ser aquella rama del Derecho que se refiere al campo", p. 1). Ver, del mismo autor, *La empresa agraria en el Derecho agrario español*, publicado en *Atti del primo convegno internazionale di Diritto agrario*, II, p. 207-19, *La estructuración de la propiedad territorial española* publicado en *Atti della prima assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e Comparato*, II, p. 769-99.



caso, el mayor esplendor español es reciente.<sup>(52)</sup> y se encuentra representado principalmente por cuatro grandes personalidades: Alberto Ballarín Marcial<sup>(53)</sup>, Agustín Luna Serrano<sup>(54)</sup>, Juan José Sanz Jarque<sup>(55)</sup>, y José Luis De Los Mozos<sup>(56)</sup>, cuya identificación debe ser personal pues no hay

- (52) SOLDEVILLA, A. D., *Sobre la autonomía didáctica del Derecho agrario*, supra nota 50, p. 37.
- (53) BALLARÍN MARCIAL es la figura que más ha escrito en Derecho agrario y política agraria en España en la época contemporánea, de él se encuentra principalmente su libro *Derecho agrario* y una innumerable cantidad de artículos difusos en diversas revistas de los cuales existe una selección publicados ahora en *Estudios de Derecho agrario y política agraria* (Tipo Línea S. A., Madrid, 1975).
- (54) LUNA SERRANO es un jurista de visión amplia y profunda del Derecho agrario contemporáneo, y su situación particular en España. Entre sus múltiples escritos véase preferentemente: *Las mejoras fundiarias rústicas* publicado en *Revista de Derecho agrario* (Zaragoza), 1966, p. 33-68; *La conservación inter vivos de la concentración parcelaria* en *Rivista di Diritto agrario*, 1967, p. 409 ss.; *La adjudicación de las tierras colonizadas en el Derecho agrario español*, en *Revista de Derecho Agrario* 1967-68, p. 315-63; *Aspectos jurídicos del control del uso y de la circulación de las fincas rústicas en el Derecho agrario español*, en la *Revista Temis*, 1969, p. 93-104; *La explotación de la tierra en el Derecho agrario español: criterios interpretativos de su regulación*, publicado en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1970, p. 5-36; *Limitaciones al derecho de propiedad que se consideran necesarias para el desarrollo de la explotación agrícola y para la ordenación del territorio*, publicado en *Jornadas Italo-españolas de Derecho agrario*, p. 535-50; *La formación dogmática del concepto del Derecho agrario*, supra nota 13; *La aparcería pecuaria en el Derecho civil catalán*, en la *Rivista di Diritto agrario*, 1975, p. 668-83; *La successione "mortis causa" dell'assegnatario di terre*, en *Rivista di Diritto agrario*, 1976, p. 474-541.
- (55) SANZ-JARQUE ha sido el jurista español que dentro de su gran producción jurídica ha enfrentado más el problema de la reforma agraria y el cooperativismo, dándole a sus investigaciones ese sello característico. Entre su variada obra véase preferentemente: *Régimen de concentración parcelaria* (Gráficas casado, Madrid, 1961); *Problemas registrales que se plantean con motivo de la concentración parcelaria* publicado en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1961; *La concentración parcelaria como base del desarrollo cooperativo en las zonas rurales*, publicado en *Revista de Estudios cooperativos*, 1963; *La concentración parcelaria como instrumento de planificación parcelaria*, relación presentada a la Segunda Asamblea del I.D.A.I.C., publicada en *atti della seconda assemblea dell' I.D.A.I.C. III*, p. 589-616; *Estudios de la vigencia de la Ley de concentración parcelaria* (Reus, Madrid, 1963); *Derecho agrario: la experiencia europea en concentración parcelaria*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1964; *Ordenación rural: antecedentes, régimen y problemática* (Reus, Madrid, 1968); y, sus varias veces citado *Derecho agrario* (Rióduro, Madrid, 1975).
- (56) DE LOS MOZOS tiene una amplia producción jurídica en el campo del Derecho agrario, de la cual sobresale su conocido libro *Estudios de Derecho agrario* (Tecnos, Madrid, 1972) que ha conocido ahora su segundo tomo Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981), consti-tuidos por una serie de publicaciones del tratamiento de la materia; aún cuando es el más civilista de los autores españoles sostiene que "la calificación más adecuada,

una Escuela española —en el estricto sentido del término— que permita englobarlos todos juntos<sup>(57)</sup>, aún cuando se encuentra constituida una *Asociación Española de Derecho agrario* que anualmente realiza publicaciones y cursos de especialización, y más recientemente la *Asociación Catalana de Derecho agrario*.

El gran vacío ha sido, por una parte, la ausencia de una Revista de Derecho agrario<sup>(58)</sup> que permita el desarrollo científico de la materia, y por otra, el no haber creado las cátedras correspondientes en la Universidad española<sup>(59)</sup> para impulsar un desarrollo didáctico, llave de los demás.

para significar el carácter del Derecho agrario, es la de Derecho de reforma de la agricultura" (*Ibid*, p. 24). Del mismo autor véase la obra *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario* (Ministerio de Agricultura, Madrid, 1977), y la referencia a esta rama del Derecho en su reciente libro *Derecho civil español* (Univers'dad de Salamanca, Salamanca, 1977) publicado ahora con el título *La aparición del Derecho agrario*, en la *Rivista di Diritto agrario*, 1978, p. 285-96.

- (57) La falta de una escuela Española no ha imposibilitado la aparición de innumerables juristas de reconocida solvencia intelectual apasionados por impulsar el desarrollo del Derecho agrario hasta lograr el prestigioso lugar alcanzado. Entre tantos valga citar (sin ningún orden) a Luis Martín BALLESTERO, Francisco LA PLAZA, Manuel PEÑA, Luis DIEZ PICAZO, Francisco-Vicente BONET-BONET, Marcelino GAVILAN ESTELAT, José Luis LACRUZ BERDEJO, Ignacio SERRANO SERRANO, Pedro FERNÁNDEZ BOADO VILLAMIL, Gabriel GARCIA CANTERO, Jesús LOPEZ MENDEL, Antonio AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio SOLDEVILLA, Luis AMAT ESCANDELL, Alfonso HERNANDEZ MORENO, Rafael DIAZ BALART, Carlos VATTIER FUENZALIDA, y muchos más.
- (58) Aparte de las revistas jurídicas no especializadas en Derecho agrario que han dado cabida durante muchos años a los cultores de esta rama, solamente han existido en España dos revistas que merezcan mencionarse: la *Revista de Estudios agro-sociales* y la *Revista de Derecho agrario*. La primera vio la luz pública en el otoño de 1952 pero desgraciadamente el Derecho agrario no constituyó su preocupación principal, es cierto que se encuentran artículos pero en poco esos se diferencian de los publicados en las demás revistas. Por el contrario, la *Revista de Derecho agrario* ha sido la única realmente especializada en materia iusagraria, desgraciadamente su vida fue fugaz pues salió anualmente sólo de 1964 a 1968.
- (59) Con la promulgación de la Ley de enseñanza agrícola de 1876 se creó el Instituto agrícola de Alfonso XII con la cátedra de Legislación agraria, transformada más tarde en Derecho agrario en las nuevas escuelas de ingenieros agrónomos (ver SOLDEVILLA, A. D., *Notas sobre la autonomía didáctica del Derecho agrario en el sistema de enseñanza de la Universidad Española*, publicada en el volumen *Jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, p. 415-26, 423-24), sin embargo del primer curso que se tiene noticia es el impartido en el año académico 1933-34 en la Universidad de Madrid por el Profesor F. SANCHEZ ROMAN (*Diario Luz* del 10 de abril de 1934, citado por LUNA SERRANO, A., *Formación dogmática del concepto de Derecho agrario*, supra nota 13, p. 503), sin mayores resultados, pues en la actualidad —aparte de las cátedras creadas en las Escuelas superiores de ingenieros agrónomos de Madrid y Valencia, y el



c) El Derecho agrario en Francia<sup>(60)</sup> se ha retrasado considerablemente. Las publicaciones de principio de siglo<sup>(61)</sup> y la legislación dictada con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial<sup>(62)</sup> no despertaron interés suficiente para afianzar una nueva doctrina. El *Code Rural* del 16 de abril de 1955<sup>(63)</sup>, que introdujo los conceptos de *exploitation agricole*<sup>(64)</sup> y

curso de Doctorado impartido en la Universidad Complutense de Madrid titulado "Introducción al estudio del Derecho agrario" en la Universidad Española la cátedra no se encuentra prevista ni regulada (SOLDEVILLA, A. D., *Notas sobre la autonomía didáctica del Derecho agrario*, *supra* nota 50, p. 424).

(60) Derecho rural y Derecho agrario no se identifican en Francia ("le droit rural ne se confond pas exactement avec le droit agraire"; MOREAU, J. P., *Manuel de Droit rurale*, Editions Néret, París, 1974, p. 5) pues "le droit rural peut être définit comme l'ensemble des règles juridiques qui régissent le monde rural" (MALEZIEUX, R., *Droit rural*, Thémis, París, 1973, p. 7) y "le droit agraire n'est qu'une partie du droit rural et l'utilisation de la nature pour des fins autres qu'agricoles ouvre au droit rural de nouveaux domaines d'application" (MALEZIEUX, R., *ibid.*).

Una nueva nomenclatura podría ser *droit de l'agriculture* pues en *l'Université de Paris I* a partir del año académico 1971-72 se han ido incorporando cursos de especialización en *Droit et économie de l'agriculture* (véase al respecto: RENIER, V., *Le droit de l'agriculture*, Vander, París, 1973, p. 11).

(61) Entre otras véase preferentemente: JOUZIER, E., *Législation rurale* (Libr. Baillié et Fils, París, 1904); GAURE, J., *Droit rural et usuel* (Libr. gen. de Droit et de jurisprudence, París, 1905); WORMS, R., *Etudes d'économie et de législation rurales* (Giard et Brière Ed., París, 1906); GAYASSE, V. et RABATE, J. N., *Connaissances pratiques sur le droit rural et le cadastre* (Giard et Brière Ed., París, 1909); WATRIN et BOUVIER, *Code rural et droit usuel* (Sirey, 2ª ed., París, 1910); AUGÉ-LARIBE, M., *L'évolution de la France agricole* (Libr. Armand Colin, París, 1912); JOUSIER, E., *Législation rurale (droit privé)*, (Baillié, París, 1924); FONS, S., *Manuel de droit rural* (Baillié, París, 1924).

(62) Antes de la segunda guerra mundial las normas que regulan la actividad agrícola son preferentemente la Ley del 5 de noviembre de 1894 "sur la constitution de caisses locales de crédit agricole mutuel" y la ley del 4 de julio de 1900 creador de un "statut organique de la mutualité agricole". Luego, las leyes dictadas se refieren sobre todo a algunas realizaciones en materia de estructuras de explotación (vgr. la ley del 4 de marzo de 1919 sobre "le remembrement des exploitations agricoles sinistrées", la ley del 5 de agosto de 1920 "sur l'organisation du crédit agricole et les sociétés coopératives", la ley del 15 de agosto de 1936 crea "l'office du blé" que llegaría luego a ser "l'Office national interprofessionnel des céréales". Para todo véase GHESNE, G., *L'orientation actuelle du droit rurale*, que fue la relación presentada al IX Congreso internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974) publicado luego en *Revue de Droits rurales*, 1974, p. 95-105, 96.

(63) Para todo véase VOIRIN, M. P., *Le code rural français de 1955* publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1956, p. 129-41, y, SAVATIER, R., *L'expérience française du nouveau statut des baux ruraux*, en *Rivista di Diritto agrario*, 1956, p. 36-50.

(64) VOIRIN, M. P., *ibid.*, p. 132-35, y, NOILHAN, H., *Le concept d'unité d'exploitation agricole et sa protection juridique*, en *Atti del primo convegno internazionale di Diritto agrario*, II, p. 355-66.

entreprise<sup>(65)</sup>, lejos de abrir una nueva etapa constituye solo un hito histórico porque fue insatisfactoriamente tratado, al punto que la nueva doctrina ubica el nacimiento del Derecho agrario en época sumamente reciente<sup>(66)</sup>.

Hoy día, aparte de la doctrina de los últimos años<sup>(67)</sup>, se encuentra la fundación del *Institut des hautes études de Droit Rural et d'économie agricole*, en 1960, y la *Revue de Droit rural*<sup>(68)</sup> aparecida en 1971, en torno a los cuales se puede solidificar un nuevo movimiento, principalmente respecto de la segunda con la cual también nació la *Société pour l'étude du Droit rural et agroalimentaire*.

d) En Alemania, en los últimos años, se presencia un extraordinario desarrollo del Derecho agrario, fundamentalmente por la labor desplegada en el *Institut für Landwirtschaftsrecht*, con sede en la Universidad de Göttingen, donde se ha iniciado todo un movimiento doctrinario iusaragista que no se puede limitar a la revista *Agrarrecht*, sino que va mu-

(65) Cfr. DE JUGLART, M., *Les aspects juridiques de l'entreprise en droit français*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1956, p. 148-63.

(66) En este sentido MEGRET, J., *Droit agraire*, *supra* nota 14. En *Le droit rural (Que sais-je?)* (Presses Universitaires de France, París, 1969) p. 7 el mismo autor sostiene que "c'est depuis 1960 seulement que des textes multiples et denses ont été publiés, et que ce droit s'est suffisamment développé pour donner lieu à un enseignement d'école".

(67) Véase preferentemente DE JUGLART, M., *Droit rural* (Librairies Techniques, París, 1949-50); MEGRET, J., *Droit rural* (Editions sociales françaises, París, 1955-1956-1957); VIOSSAT, G., *Guide pratique de droit rural* (Dunod, París, 1958); DESCLAUDES, G. et TONDUT, J., *L'entreprise agricole* (París, J-B Baillié et fils, 1965-1966); ROUSSEL, N. et PEIRAT, R., *L'action en commun en agriculture* (J-Bi Baillié et fils, París, 1966); GOUREGLOIS, A. M., *L'exploitation agricole dans la législation agricole dans la législation récente* (Libr. gen. de droit et de jurisprudence, París, 1967); PETIT-LAURENT, V. S., *La politique française d'aménagement des structures des exploitations agricoles* (París, 1967); LASNIER-LACHAISE, L., et BOUGRAIN, L., *La législation rurale* (Lanore, 2ª ed., París, 1968); BOBIN, G., *Exploitation agricole et politique des structures* (Librairies Techniques, París, 1969); MEGRET, J., *Le droit rural* (Libr. gen. de droit et de jurisprudence, París, 1972); MOREAU, J. P., *Manuel de Droit rural*, *supra* nota 60; RENIER, V., *Le droit de l'agriculture*, *supra* nota 60; COTTON, G., *Législation agricole* (Daloz, París, 1975).

(68) La *Revue de droit rural* fue fundada en 1971, sin embargo existen y han existido otras. En 1903 fue fundada la *Revue de droit agraire* desaparecida tiempo después, e igual ha sucedido con la *Revue de Droit rural et de économie agricole* desaparecida en 1940, la *Revue paysanne de droit rural et de économie agricole*, desaparecida en 1940, la *Revue paysanne de droit rural* que fue publicada entre 1945 y 1950, la *Revue pratique de législation agricole* de 1948 a 1968. Actualmente referidas a la agricultura (sobre todo desde el punto de vista profesional) se publican *L'information agricole*, *Chambres d'agriculture*, *Jeunes agriculteurs*, *Bulletin d'information de la mutualité sociales agricole*, *Economie agricole*, *Union agriculture*, *L'agriculture pratique*, *Le trait d'union des experts agricoles et fonciers*, *Revue française d'économie et de sociologie rurales*, *Revue agricole de France*.



cho más allá con la producción de innumerables obras jurídicas que no se concretan al Derecho agrario alemán sino que, también, incursionan en profundos estudios comparativos, por lo que está llamada esta doctrina a ocupar muy pronto un importante papel dentro del concierto europeo y mundial (69).

B) En América Latina el Derecho agrario moderno ha tomado nuevas y amplias dimensiones. En todos los países, por su especial situación agrícola —con una problemática influida por diversos acontecimientos políticos—, se han dictado cuerpos normativos agrarios para regular esta forma de producción. Es así como ha nacido todo el complejo normativo de las leyes de reforma agraria emitidas —a excepción de Argentina y Uruguay—, que no obstante su diverso carácter, configuran una cierta unidad legislativa (70). En relación a la ciencia del Derecho agrario no se puede afirmar que obedece a un fenómeno uniforme: existen países como

(69) El avance de la doctrina del Derecho agrario alemán resulta altamente desarrollada, según se desprende del interesante estudio de KROESCHELL, K., *Deutsches Agrarrecht* (Instituts für Landwirtschaftsrecht, Göttingen, 1983) que constiuye el trabajo presentado por el autor al interesante Simposio de Konstanz sobre el Derecho agrario en Europa y que bajo la dirección de Karl F. KREUZER se encuentra en la obra *Agrarrecht in Europa* (Instituts für Landwirtschaftsrecht, Göttingen, 1983), y de la amplia bibliografía que viene publicando este importante estudio en los últimos años.

En esta tarea ha jugado sin duda un papel cardinal la labor desplegada por el Instituto de Estudios del derecho de la tierra de la Universidad de Göttingen (para todo véase la obra *Das Institut für Landwirtschaftsrecht der Universität Göttingen*, Göttingen, 1978) y la amplia bibliografía que ha publicado, así como la que ha seleccionado e identificado (para un estudio profundo de la bibliografía del Derecho alemán, véase WINKLER, W., *Bibliographie des Deutschen Agrarrechts 1966-1975, mit nachträgen für den Zeitraum 1945-1975*, Instituts für Landwirtschaftsrecht, Göttingen, 1977) dentro de la cual sobraslen, entre muchas, las siguientes obras: SCHOEPEFFER, W., *Der Wald in der Hotilichen Raumplanung*, 1977; FRICKE, F. W., *Die Landwirtschaftliche produktivgenossenschaft*, 1976; BITTING, R., *Aufhebung der Hofeigenschaft in Westfalen-Lippe*, 1977; SCHIZE-HAGEN, B., *Die Landwirtschaftlichen Zusammenschlüsse nach Deutschem und Europäischem Wettbewerbsrecht*, 1977; TAYAMA, T., *Die entwicklung des Landwirtschaftlichen bodenrechts in der japanischen neuzeit*, 1978; OBERMANN, S., *Das französische Lebensmittelrecht*, 1978; GILSDORF, P., *Der Währungsausgleich aus Rechtlicher sicht*, 1979; BENNE, G., *Die Verwaltungsstruktur des Ländlichen raumes des landes niedersachsen*, 1980; AKSOY, S., y otros, *Das Türkische agrarrecht im vergleich mit der agrargesetzgebung einiger europäischer länder*, 1980; WORLEN, R., *Waldeigentümergeinschaften mit Körperschaftlicher verfassung in Rheinland-pfalz*, 1981; HEINS, H. H., *Pflanzenproduktion und unweiltschutzrecht*, 1981; dentro de las cuales resulta interesante anotar la inclinación hacia el Derecho agrario comparado.

(70) Una amplísima bibliografía sobre la reforma agraria en América Latina se encuentra en el ensayo ZELEDON, R., *Elementos de calificación del Fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina*, publicado en la *Rivista di Diritto agrario*, 1978, p. 183-229, especialmente 189-95.

México, Argentina, Venezuela, Brasil, Perú y Costa Rica con una mayor profundidad, y otros con incipientes estudios en este campo, pero en todos ese desarrollo es sumamente reciente.

a) México, producto de su temprana revolución agraria y de la incorporación de esos principios en la Constitución Política de 1917, así como con la posterior normativa sobre reforma agraria (71), ha sido desde principios de siglo el país con el mayor adelanto legislativo agrario del continente; inspirador más tarde de una doctrina de reconocida autoridad científica. El primero y más grande de los agraristas de América es Lucio Mendieta y Nuñez, autor ya desde 1923 de la singular obra *El problema agrario en México*, con plena vigencia acualmente (72), y de gran cantidad de artículos y libros (73), con los cuales llamó la atención en esta materia tanto en su país (74) como en el extranjero (75). Hoy día, sin embargo, aún con la presencia de gran cantidad de obras, el ímpetu de hace unos años se ha ido perdiendo pues no hay una moderna doctrina mexicana a la vanguardia del Derecho agrario latinoamericano (76) como sería de esperarse.

(71) ZELEDON, R., *Ibid.*, p. 190-91.

(72) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El problema agrario en México*, supra nota 37 bis.

(73) De MENDIETA Y NUÑEZ en materia agraria —pues ha escrito en muchos otros campos— resultan clásicos: *El sistema agrario constitucional*, supra nota 34, editado por primera vez en 1932 y la cuarta corresponde a 1975; *El crédito agrario en México* (Porrúa, México, 1933); *Introducción al estudio del Derecho agrario* (Porrúa, México, 1946), con tercera edición en 1975; *Síntesis del Derecho agrario* (U.N.A.M., México, 1965) reeditado en 1971; y su monografía *Cuatro etapas de la reforma agraria de México* (Academia de Derecho agrario de la Asociación Nacional de Abogados, México, 1969) factor muy importante para la promulgación de la Ley federal de reforma agraria de 1971.

(74) Entre muchos véase preferentemente CASO, A., *Derecho agrario* (Porrúa, México, 1950); CHAVES PADRON, M., *El Derecho agrario en México* (Porrúa, 4ª ed., México, 1977); y *El proceso social agrario y sus procedimientos* (Porrúa, 2ª ed., México, 1976); MARTINEZ GARZA, B. B., *Los actos jurídicos agrarios* (Porrúa, México, 1974); IBARROLLA, A., *de, Derecho agrario. El campo, base de la Patria* (Porrúa, México, 1975).

(75) En España la obra CERRILLO, F. y MENDIETA, L., *Derecho agrario* (Bosch, Barcelona, 1975) tuvo una gran influencia en la doctrina de este país pues fue el primer libro de reconocido valor científico publicado sobre la materia.

En la tercera edición de MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Introducción al estudio del Derecho agrario*, supra nota 15, MENDIETA impugna la paternidad de CERRILLO en aquella obra acusándolo de haberla publicado sin su consentimiento (p. x).

(76) Por el contrario, han aparecido obras como LUNA ARROYO, A., *Derecho agrario mexicano* (Porrúa, México, 1975) que deslucen el importante y largo camino recorrido por la doctrina mexicana.



b) En Argentina es donde más se ha hecho sentir la influencia europea —sobre todo italiana—, pues desde el punto de vista legislativo existen normas de gran similitud (77) y en el plano doctrinario ha sucedido un fenómeno bastante similar. Dentro de la pionera doctrina (78) sobresale Raúl Mugaburu, que para 1933 planteaba ya su teoría autonómica del Derecho rural (79) y se colocaba con el iniciador científico de la materia para fijar las bases de todo un movimiento que se desarrolla en las décadas de los treinta y cuarenta (80) mantenido, más o menos, sobre la tónica general de otros países; de 1960 en adelante, la doctrina recibió nuevo influjo y se encuentran algunos autores de mucho respeto como Pérez Llana (81), Vivanco (82), Brebbia (83), Pírgretti (84), sin restarle mérito a otros muchos más (85).

- (77) Ejemplo clásico podría ser la *Ley de arrendamientos rurales y aparcerías* n. 13.246 del 10 de setiembre de 1948 (reformada por el Decreto n. 1639 de 1963 y el Decreto reglamentario n. 8330 de 1963).
- (78) Las primeras obras argentinas de importancia son: GARBARINI ISLAS, G., *Derecho rural argentino* (Buenos Aires, 1924); CARCANO, M. A., *Evolución histórica del régimen de la tierra pública* (Impr. Ministerio de agricultura de la Nación, Buenos Aires, 1917); MUGABURU, R., *La teoría autonómica del Derecho rural* (Santa Fe, 1933).
- (79) MUGABURU, R., *La teoría autonómica del Derecho rural*, *Ibid.*
- (80) Entre todos sobresalen HORNE, B., *Nuestro problema agrario* (Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1937), *Política agraria y regulación económica* (Losada, Buenos Aires, 1945), *Temas de Derecho agrario* publicado en *Revista del Instituto agrario argentino*, 1963, y, *Fuentes del Derecho agrario* publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1948; RIVAROLA, M., *Régimen jurídico de los contratos agrarios* (Ed. Roldán, Buenos Aires, 1933); AMADEO, T., *La autonomía del Derecho agrario* (Buenos Aires, 1938); SERES, J., *Régimen jurídico rural* (Buenos Aires, 1944); MARTÍNEZ PAZ, E., *La personalidad jurídica del Derecho rural* (Córdoba, 1942).
- (81) PEREZ LLANA, E., *Derecho agrario* (Ed. Castelví, Santa Fe, 1963).
- (82) VIVANCO, A., *Teoría del Derecho agrario* (Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1967), *Introducción al estudio del Derecho agrario* (Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1954).
- (83) BREBBIA, E., *Temas de Derecho agrario* (Zeus, Rosario, 1974), *Contratos agrarios* (Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975), *Legislación agraria* (Zeus, Rosario, 1975), *Arrendamientos rurales y aparcería* (Ed. Orbir, Rosario, 1967).
- (84) PIGRETTI, E., *Teoría jurídica de los recursos naturales* (Cooperadora de Derecho y Ciencias sociales, Buenos Aires, 1965); *Política legal de los recursos naturales* (Cooperadora de Derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1965), *Derecho de los recursos naturales* (La Ley, Buenos Aires, 1975).
- (85) CARRERA, R., *Bases y perspectivas del Derecho agrario argentino* (Centro de Estudios agrarios, La Plata, 1967), *El Derecho agrario en las leyes de reforma agraria en América Latina* (La Plata, 1963), y, *Derecho agrario, reforma agraria y desarrollo económico* (Ed. Desarrollo, Buenos Aires, 1965); TABORDA CARO, M. S., *Derecho agrario* (Plus Ultra, 3ª ed.,

Una particularidad interesante de resaltar es que una parte de la doctrina argentina se esfuerza por variar la concepción tradicional del Derecho agrario al concebirlo como el Derecho de los recursos naturales (86) lo que ha ocasionado, como es lógico, algunas tomas de posición (87).

c) En Venezuela, como en la mayoría de los países de América Latina, el nacimiento del Derecho agrario corresponde a la década de los sesenta (88), y en consecuencia el desarrollo del estudio científico es bastante reciente (89). La orientación general de la doctrina venezolana moderna ofrece dos grandes etapas; una primera caracterizada por su fuerte inspiración reformaagraria a partir de la Ley de 1960 (90) que llevó a

- Buenos Aires, 1977); CATALANO, E. F., *Teoría general de los recursos naturales* (Ed. Pérez Savalía, Buenos Aires, 1974); BLASCO, O. E., *Arrendamiento y aparcería rural* (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964); ADROGUE, M., *Capitalización y hacienda* (La Ley, Buenos Aires, 1970); BORAGNI, E., *Arrendamientos y aparcería rural* (Omeba, Buenos Aires, 1962); BARRY, A., *Arrendamientos y aparcerías rurales* (Plus Ultra, Buenos Aires, 1967).
- (86) La tesis ha sido impulsada sobre todo por PIGRETTI, E., *Teoría jurídica de los recursos naturales*, *supra* nota 84, *Política de los recursos naturales*, *supra* nota 84, *Derecho de los recursos naturales*, *supra* nota 84; CATALANO, E. F., *Teoría de los recursos naturales*, *supra* nota 85.
- (87) A favor de la tesis se ha pronunciado principalmente la doctrina venezolana (véase *infra*) a través primero de CASANOVA, R. V., *El Derecho agrario y los recursos naturales*, que fue la relación presentada en las *Jornadas iberoamericanas y europeas de Derecho agrario* (Zaragoza y Jaca, julio de 1976) publicadas ahora en el volumen del mismo nombre (Universidad de los Andes, Mérida, 1977), p. 33-47, y luego a través de sus más representativos autores. Para una interesante posición véase BARAHONA, R., *Régimen jurídico de los recursos naturales renovables y Derecho agrario en América Latina* que es la relación presentada a las *Segundas Jornadas italo-latinoamericanas de Derecho comparado*, celebradas en San José de Costa Rica (setiembre de 1977), publicado ahora en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, p. 676-87. En sentido contrario se ha pronunciado CARROZZA, A., *Ricorse naturali e Diritto agrario*, relación presentada a las mismas Jornadas (Costa Rica, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, p. 659-75.
- (88) Para todo véase CASANOVA, R. V., *La reforma agraria venezolana*, publicada en *Rivista di Diritto agrario*, 1972, p. 169-93.
- (89) Con anterioridad a 1960 no se encuentran labores de importancia como para constituir una etapa a considerar; sin embargo, muchos años atrás había conciencia de la necesidad de iniciar estudios profundos sobre la materia, ejemplo de ello es el ensayo PALMA LABSTIDA, M. A., *Evolución histórico-jurídica de la propiedad rural en Venezuela*, publicado en *Atti del primo convegno internazionale di Diritto agrario*, II, p. 405-51, y el precoz BEAUJON, A., *Derecho rural* (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955).
- (90) En esta época las obras parten de la identidad Derecho agrario-reforma agraria, véase, preferentemente, SILVA GUILLEN, R., *La reforma agraria en Venezuela* (Instituto agrario nacional, Caracas, 1962); TROCONIS GUE-

31388



desarrollar conceptos como aquél de "reforma agraria integral" (91) y permitió el nacimiento del *Instituto de Derecho agrario y estudios rurales* de la Universidad de los Andes, Mérida, y la posterior fundación de la revista *Derecho y reforma agraria* (92) para instaurar alrededor de Ramón Vicente Casanova una especie de escuela forjadora del actual Derecho agrario venezolano (93); la otra, realmente nueva, se caracteriza por haber aceptado la tesis argentina del "Derecho agrario como derecho de los recursos naturales", separándose de la concepción actual marcada en todo el mundo, que promueve Casanova y sus inmediatos seguidores (94).

RRERO, L., *La cuestión agraria en la historia nacional* (Caracas, 1962); GONZALEZ VALLE, L., *Ensayo sobre Derecho agrario y reforma agraria en Venezuela* (Talleres Tipográficos Norte, Caracas, 1963); VALERO DIAZ, A., *Análisis de los aspectos legales de la reforma agraria* (Cedes, Caracas, 1968); FOLANCO, T., *Estructura de la propiedad en la reforma agraria venezolana* (Ministerio de agricultura y cría, Caracas, 1969); GIMENEZ LANDINEZ, V. M., *La reforma agraria condición del desarrollo* (Instituto agrario nacional, Caracas, 1970); VARGAS, F., *Agrarismo y reforma* (Ministerio de agricultura y cría, Caracas, 1975).

Con una visión más amplia véase, preferentemente, CASANOVA, R. V., *Derecho agrario (una doctrina para la reforma agraria venezolana)* (Universidad de los Andes, Mérida, 1967), y, ACOSTA CAZAUBON, J. R., *Manual de Derecho agrario* (Ministerio de Agricultura y Cría, Caracas, 1968).

(91) Cfr., GIMENEZ LANDINEZ, V. M., *La reforma agraria integral* (Ministerio de agricultura y cría, Caracas, 1963) y del mismo autor *Bases jurídicas en la planificación de una reforma agraria integral*, en *Atti della Seconda Assemblea dell'I.D.A.I.C.*, I, p. 955-90.

(92) En diciembre de 1969 se publica el primer número de *Derecho y reforma agraria* la cual —como dice su director Ramón Vicente CASANOVA— "originalmente se pensó hacerla circular con el nombre de *Revista de Derecho agrario*. Pero, porque es prácticamente imposible separar los estudios jurídicos del transfondo de la reforma que regula el Derecho, preferimos denominarla *Derecho y reforma agraria*, a fin de abrir campo a estudios más amplios" (p. 7).

Esta revista, patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, se publica anualmente y constituye en la actualidad el órgano de difusión del Derecho agrario más conocido en América Latina.

En el Ministerio de agricultura y cría se fundó la *Revista Jurídica* (ver mi recensión publicada en *Rivista di Diritto agrario*, 1978, p. 327-29) también especializada en el sector agrario, pero nunca tuvo continuidad.

(93) Producto de la labor de Ramón Vicente CASANOVA se ha publicado un buen número de ensayos y libros siguiendo los patrones de su *Derecho agrario* (supra nota 90), sobre todo en las páginas de *Derecho y reforma agraria*, pero su más brillante seguidor es VENTURINI, A. J., *Derecho agrario venezolano*, supra nota 15, el cual si bien es cierto conoce plenamente la doctrina moderna del Derecho agrario —sobre todo por la realización de estudios en el *Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato*— sigue la tesis fundamental de su maestro.

(94) Un valioso ejemplo se encuentra en la participación de los juristas venezolanos a las *Jornadas iberoamericanas y europeas de Derecho agrario*, supra nota 87, en que uno de los temas era precisamente el de los recursos naturales.

Debe indicarse, sin embargo, que este planteamiento ha comenzado a tener importantes variaciones, debidas fundamentalmente a dos situaciones nuevas. Por una parte la aparición de figuras sólidas que descoyan —aún cuando inicialmente se ligan y vinculan a Mérida y al Maestro Casanova— como son Román Duque Corredor y Alí Jose Venturini, quienes con sus obras muestran una profundidad desconocida anteriormente en su país, tratando los argumentos con criterios científicos más evolucionados y verificando esfuerzos realmente interesantes para redimensionar un nuevo planteamiento de teoría general del Derecho agrario (95). La otra situación, no de orden estrictamente doctrinal, que sí influye considerablemente en la concepción que se venía desarrollando y necesariamente requerirá un replanteamiento conceptual opera con la promulgación de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 1976 pero en mejor forma con la reforma introducida a esta normativa por la Ley del 13 de setiembre de 1982, que —siguiendo, en línea de principios, el artículo 2135 del Código Civil italiano, pero concretamente la Ley de Jurisdicción agraria costarricense de 1982, establece como competencia de la jurisdicción agraria aquella en que medie una actividad de producción agrícola (de seres vivos: animales o vegetales) y las conexas a ésta de transformación, agroindustria y enajenación.

d) Otro país con un notable desarrollo es *Brasil*. En los últimos quince años, con la Enmienda constitucional N° 10 del 9 de noviembre de 1964 que confirió competencia exclusiva a la Unión Federal para legislar en Derecho agrario, y la promulgación del *Estatuto da Terra* N° 4504 del 30 de noviembre del mismo año, se ha declarado la autonomía legislativa (96) y se le ha dado un vigoroso inicio al estudio y enseñanza del mismo. Después de los primeros escritos de Joaquín Luis Osorio (97) y Francisco Malta Cardoso (98) —anteriores a 1964, cuyo concepto del Derecho agrario era fundado en el derecho de propiedad— se da todo

Desgraciadamente, de seguirse esta tesis —divorciada de los criterios económicos y sociales de la agricultura— el camino cumplido en Venezuela en el desarrollo del Derecho agrario se verá frustrado pues no solo implica un desconocimiento del rumbo marcado por la moderna doctrina, sino, principalmente, se cambiará de objeto, llevando a estudiar temas que más interesan al Derecho minero (de gran importancia en ese país por el petróleo) y en poco al Derecho que se dice estudiar.

(95) En este sentido véase las obras DUQUE CORREDOR, R., *Derecho agrario* (Ediciones Magón, Caracas, 1978) y VENTURINI, A. J., *Derecho agrario venezolano*, supra nota 15.

(96) Véase PEREIRA SODERO, F., *Metodología dell'insegnamento del Diritto agrario a Sao Paolo*, conferencia dictada en el Instituto di Diritto agrario internazionale e comparato, Florencia, el 26 de octubre de 1977, publicada ahora en *Rivista di Diritto agrario*, 1978, p. 100-08, 100-01.

(97) OSORIO, J. L., *Direito rural* (Rio de Janeiro, 1937).

(98) MALTA CARDOZO, F., *Tratado de Direito rural brasileiro* (Ed. Scrvavia, S. Paolo, 1953).



an reverberar de la ciencia del Derecho agrario, muy claramente manifiesto en el campo académico pues se abren cátedras en casi todas las Facultades de Derecho de Brasil y sobresalen juristas de alto nivel como Fernando Pereira Sodero —coautor del Estatuto de la Tierra—, Octavio Mello Alvarenga, José Motta Maia, Raymundo Laranjeria, Paulo Torminn Borges y otros más (99) cuya producción jurídica merece gran respeto.

e) En el Perú, una vez aprobada la Ley de Reforma agraria N° 17716 del 24 de junio de 1979, se presencia un desarrollo impresionante en el campo jurídico sobre todo porque se dicta un conjunto normativo de gran profundidad y madurez por el cual se moderniza considerablemente todo el Derecho agrario, sobre bases y principios realmente novedosos. En efecto, los nuevos conceptos de reforma agraria van a generar nuevos planteamientos procesales al instaurarse el más moderno sistema procesal agrario del mundo (100), se crean nuevos institutos empresariales con notable originalidad, se fortalece la concepción de la función social de la propiedad, y se introducen nuevos elementos que afectan el Derecho de familia, respecto de los campesinos, Derecho laboral agrario, y sobre todo una nueva visión de la propiedad y la posesión que afectan al Derecho civil, con lo cual podría señalarse un replanteamiento general en el plano filosófico.

Aún cuando debería esperarse una arremetida de iguales —o mayores— magnitudes en el campo doctrinario, verdaderamente esa respuesta aún no se ha dado; sin embargo es laudable la labor desplegada por el máximo representante de la materia en el país, Guillermo Figallo Adrianzen, que fundando el *Instituto Peruano de Derecho agrario*, y publicando los conocidos *Cuadernos agrarios* (101), ha iniciado todo un importante

movimiento al desarrollar las cátedras en diferentes universidades peruanas, y haber dado importantes aportes en sus diversos escritos. Empero, con la riqueza legislativa, y sobre todo con la importante jurisprudencia producida en el Fuero Privativo agrario, es de esperarse que muy pronto el Perú se convierta en uno de los países con mayor desarrollo en la doctrina iusagrarista.

f) Finalmente, en *Costa Rica*, se está gestando todo un importante movimiento, con gran influencia europea: fundamentalmente italiana y española, que basado en Ricardo Zeledón, Rodrigo Barahona, Francisco Barahona y Francisco Morera, dio origen a la Asociación de Derecho agrario costarricense, a partir de la cual se han celebrado importantes Congresos nacionales (102) e internacionales (103), y se ha comenzado a dar una importante producción jurídica, informada en las modernas teorías y buscando consolidar la misma teoría general del Derecho agrario (104).

Producto de ese importante esfuerzo se creó en marzo de 1982 la FUNDACION INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO COMPARADO, con sede en este país, por parte de los Institutos y Asociaciones de Derecho agrario de Europa y América Latina, que desarrolla importantes trabajos en los planos de la docencia, la investigación y la ac-

(102) Destacan, entre otros, el denominado "*Coloquio sobre la Propiedad*", celebrado del 14 al 17 de octubre de 1980 —coincidente con la creación de la Asociación de Derecho agrario costarricense— cuyas memorias se encuentran en el libro FUNDACION INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO COMPARADO, *La Propiedad* (Juricentro, San José, 1983); el "*Primer Congreso Nacional de Derecho agrario*" cuyo nombre fue "*Veinte años de Legislación y Política agraria. Perspectivas*" cuyas memorias han sido publicadas en el Volumen del mismo nombre (Asociación de Derecho agrario costarricense, San José, 1983). Otras actividades menores han sido el "*Primer Curso de Derecho agrario costarricense*", celebrado durante todo el mes de setiembre de 1982, el Seminario "*Tutela del Derecho agrario a las empresas de autogestión campesina en Centro América*", del 16 al 20 de agosto de 1982 y el "*Seminario de empresas comunitarias para investigadores universitarios*" del 3 al 5 de diciembre de 1980.

(103) Del 29 al 31 de marzo de 1982 se celebró —con ocasión de constituirse la FUNDACION INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO COMPARADO— el "*Primer Congreso internacional de Derecho agrario comparado*".

(104) Dentro de las obras publicadas destacan SALAS, O. y BARAHONA, R., *Derecho agrario*, supra nota 15; BARAHONA, F., *Reforma agraria y Poder Político* (Universidad de Costa Rica, San José, 1977); ZELEDON, R., *Proceso agrario comparado en América Latina*, supra nota 3; ZELEDON, R. y otros, *Temas de Derecho agrario europeo y Latinoamericano*, supra nota 1; FUNDACION INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO COMPARADO, *La Propiedad*, supra nota 102; ASOCIACION DE DERECHO AGRARIO COSTARRICENSE, *Veinte años de Legislación y Política agraria, Perspectivas*, supra nota 102; ZELEDON, R., *La nueva jurisdicción agraria costarricense a la luz del proceso agrario comparado* Universidad de Costa Rica, San José, 1982).

(99) Lo más representativo de la doctrina brasileña de los últimos diez años se encuentra constituida por PEREIRA SODERO, F., *Direito agrário e Reforma agrária* (Libr. Leg. Brasileira, S. Paolo, 1968); OSWALDO OPIZ-SILVA OPIZ, *Princípios de Direito agrário* (Ed. Rorsoi, Rio de Janeiro, 1970); MELLO ALVARENGA, M., *Direito agrário* (Instituto dos advogados de Brasil, Rio de Janeiro, 1974); TORMINN BORGES, P., *Institutos básicos de Direito agrário* (Ed. Iuriscredi, S. Paolo, 1974); LARANJERIA, R., *Propedêntica de Direito agrario* (Ed. LTR. Saol Paolo 1975); TORMINN BORGES, P., *O imóvel rural e seus problemas jurídicos* (Ed. Pro Livro, S. Paolo, 1976); DE MENDOZA, R. A., *Direito agrário. Estudos* (Lv. Freitas, Bastos, Rio de Janeiro, 1977), y, TORMINN BORGES, P., *O contrato agrário nos tribunais* (Pro livro, S. Paolo, 1977). R., *Propedêntica de Direito agrário* (Ed. Ltr. Sao Paolo, 1975); TENORIO, I., *Manual de Direito agrário* (Ed. Resenha Universitária, S. Paolo, 1975).

(100) Para todo véase ZELEDON, R., *Elementos de calificación del Fuero Privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1978, p. 182-229.

(101) Esta importante publicación contiene la más connotada doctrina peruana del Derecho agrario, destacándose la difusión de la jurisprudencia que está produciendo el Fuero Privativo agrario y que constituye un importante soporte para la doctrina y los planteamientos que se sostienen en Perú.



ción de la materia <sup>(105)</sup>. Un primer ejemplo de esa labor lo constituye la publicación del libro *Temas de Derecho agrario europeo y latinoamericano* <sup>(106)</sup> que reúne un conjunto de aportes de agraristas de ambos continentes, orientados desde una óptica de teoría general, y para el mes de marzo de 1983 la Fundación ha estructurado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica un sistema de estudios de postgrado en Derecho agrario <sup>(107)</sup>, a los efectos de que asistan abogados de toda América Latina, y difundir en esta forma todo el nuevo planteamiento de la materia.

4. Junto al impresionante desarrollo de la doctrina del Derecho Agrario mundial, la formación doctrinaria ha ido paralela a la aparición de Cátedras universitarias en las Facultades de Derecho, a la organización de cursos para funcionarios del sector, y se comienzan a dar algunos intentos orientados a organizar estudios de postgrado para capacitar abogados y profesores universitarios, todo como forma de responder a las exigencias de encontrar mejores y más modernas soluciones a las relaciones nacidas de la problemática agraria.

En este proceso se encuentran publicaciones de muy distinta índole. Confluyen junto a los manuales la aparición de revistas especializadas, la publicación de artículos de Derecho agrario en la mayoría de las revistas jurídicas, e incluso algunas monografías sobre temas específicos y publicación de recopilaciones legislativas. Lo anterior sin contar los trabajos de investigación que se verifican en las Cátedras universitarias, y las Tesis de Grado redactadas como trabajo final de graduación.

Los manuales latinoamericanos se caracterizan principalmente por reunir en forma sistemática, pero sin embargo, muchas veces sólo descriptiva, el panorama del Derecho agrario de un ordenamiento jurídico determinado, desarrollando para ello los diversos institutos, con sus particularidades, encontrados en ese país <sup>(108)</sup>. Difícilmente existe un planteamiento

(105) Para una información más detallada véase *Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado (Primer Informe Semestral)* publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1983, p. 76-83.

(106) Esta obra constituye un importante esfuerzo por suministrar los elementos básicos para el estudio de la Teoría General del Derecho agrario en cualquier Cátedra de Derecho agrario, y actualmente está siendo distribuida con bastante éxito en diferentes países de América Latina. Se trata de un trabajo conjunto entre juristas de ambos continentes con la idea de impulsar el estudio científico de la disciplina.

(107) Para todo véase ZELEDON, R., *El Postgrado en Derecho agrario de la Universidad de Costa Rica*, (Universidad de Costa Rica, San José, 1983).

(108) Interesantes excepciones constituyen las obras de GELSI BIDART, A., *Estudios de Derecho agrario*, que ofrece un panorama amplio, en muchos volúmenes ya, de la normativa uruguaya utilizando un método realmente novedoso, y la obra DUQUE CORREDOR, R. J., *Derecho agrario*, *supra* nota 95, que ofrece una riqueza conceptual en los mismos términos que lo hace un compatriota venezolano VENTURINI, A. J., *Derecho agrario venezolano*, *supra* nota 15, con una orientación más científica.

crítico, pues la labor, como se dijo, es principalmente descriptiva, orientada con una finalidad didáctica, y con cierto grado de superficialidad.

Los artículos de Derecho agrario, publicados tanto en revistas especializadas como en revistas más generales, permiten encontrar una mayor profundidad en los argumentos escogidos, sobre todo porque la metodología y el planteamiento generalmente es más reflexivo, no obstante que se encuentran muchas veces artículos de revista que se pueden caracterizar en los términos de los manuales antes dichos. La difusión de este tipo de producción jurídica es realmente la más amplia y profunda.

Las monografías sobre temas especializados del Derecho agrario, aún cuando son más escasas, comienzan a tener cierta importancia en América Latina, sobre todo porque el desarrollo mismo de la doctrina permite hacer planteamientos de esta naturaleza. En un futuro cercano, posiblemente, tendrán una importancia mucho mayor, aún cuando no se le encuentre en todos los países.

Lo que es más fácilmente encontrable son publicaciones en las cuales se recopila la legislación agraria, la mayoría de las veces limitada a la referida a la reforma agraria, que sirve de importante instrumento para el estudio de la materia en los respectivos ordenamientos jurídicos.

La nota característica en todas y cada una de las distintas formas de manifestación de la doctrina en Derecho agrario es que tradicionalmente no se ha incursionado en forma satisfactoria en los problemas propios de la teoría general.

Aún cuando los artículos de revista y las monografías permiten encontrar algunos aspectos que son verdaderas puntas de lanza, o avanzadillas, de la doctrina en cuanto a afrontar problemas nuevos desde ópticas distintas, las elaboraciones de teoría general del Derecho agrario son realmente escasas.

La explicación puede radicar en que la actitud tradicional de la doctrina en América Latina no se ha orientado hacia una teoría general del Derecho agrario, no porque esté contra ella, sino porque en la mayoría de los casos se desconocen los planteamientos que se han venido ensayando y en otros casos en que conociendo algunos lineamientos sobre la materia se sostiene que son argumentos de poca importancia.

El desconocimiento de la doctrina de los planteamientos de esta teoría pueden obedecer en principio al poco contacto que, en general, existe entre la nueva doctrina del Derecho agrario europea y la latinoamericana que, no obstante importantes esfuerzos realizados en los últimos



años, no ha logrado calar hondo, como tampoco ha sucedido en otros lados del mundo (109).

La importancia de la teoría general del Derecho agrario en América Latina, una vez conocidos sus planteamientos, no puede ser obviada por ningún cultor de la materia.

5. En Latinoamérica conviene iniciar distinguiendo como forma de acercarse a un planteamiento de la teoría general del Derecho agrario, cuál es el contenido real de la materia y su influencia en la naturaleza de su ciencia.

En efecto, como se podrá apreciar más adelante, el contenido del Derecho agrario latinoamericano, aún cuando se afirme lo contrario, no se ha limitado a las leyes de la reforma agraria; en el continente desde finales del siglo pasado se encuentra una importante normativa referida a las distintas relaciones jurídicas nacidas de la agricultura, de tal forma que se encuentran importantes cuerpos legislativos orgánicos con disposiciones sobre café, azúcar, cacao, banano, granos básicos, ganado, etc., con profunda regulación de relaciones entre productores y elaboradores de productos agrícolas, de éstos y los exportadores, de las relaciones de todos ellos con el Estado, para dar como resultado un importante cúmulo de normas contractuales, obligacionales, de crédito, de seguro, etc. que abrazan aspectos importantes de todo el ordenamiento jurídico y se relacionan con otras ramas como el Derecho civil, el Derecho laboral, el Derecho comercial, el Derecho fiscal, el Derecho penal, en suma con todas las ramas jurídicas existentes.

Frente a este amplísimo contenido debe existir necesariamente toda una influencia en la naturaleza del Derecho agrario, es decir el Derecho agrario como sistema tiene que definir al Derecho agrario como ciencia (110).

No tiene sentido incursionar, sobre todo con ánimo de justificar una escogencia, en si el Derecho latinoamericano es un Derecho de la reforma agraria, de la agricultura, de los contratos agrarios, o de la empresa, como se ha discutido ordinariamente en Europa. La doctrina tradicionalmente se ha inclinado por entender que es el Derecho de la re-

(109) Han dado magníficos resultados, para superar los obstáculos dichos los encuentros internacionales entre juristas de ambos continentes a través de Congresos, Seminarios, Mesas Redondas, impulsados en forma especial por doctrinas como la italiana con algunos países latinoamericanos, en especial con Brasil, Venezuela, Costa Rica y Colombia. Los resultados ya comienzan a vislumbrarse, sobre todo en las figuras más destacadas del Derecho agrario latinoamericano.

(110) Sobre esta distinción véase CARROZZA, A. y ROMAGNOLI, E., *L'orientamento attuale del Diritto agrario*, supra nota 17.

forma agraria, sin embargo dentro del contexto real de la normativa en el continente esta afirmación podría ser superada con facilidad porque es altamente vulnerable si se observa el contexto (111).

Deberá a muy corto plazo profundizar en este problema pues podría dar base a discusiones ulteriores, sobre todo a respuestas precisas en torno a la autonomía, a las fuentes y a la interpretación del Derecho agrario.

En efecto si bien algunos autores, sobre todo de formación europea, ha incursionado en las discusiones referidas a la autonomía de la materia, a sus fuentes e interpretación, no se encuentra una respuesta satisfactoria pues en la mayoría de los casos se asume un papel típicamente de anecdotario reportando la discusión que se dio a principios del siglo en la *Rivista di Diritto Agrario*, sin asumir siquiera una posición, aceptando en la mayoría de los casos su existencia en razón de una aparente seguridad por la institucionalización de las Cátedras del Derecho agrario y los distintos libros que sobre la mayoría han aparecido y continúan apareciendo (112).

En cuanto a las fuentes y la interpretación tampoco se encuentran planteamientos importantes (113). Respecto de las primeras, en los textos en los que se hace referencia a ellas, se siguen criterios simplistas de darle la misma jerarquía que generalmente señalan las constituciones políticas para todo el Derecho, sin analizar que para un correcto planteamiento de

(111) En efecto baste analizar el texto más autorizado de cada uno de los países latinoamericanos y esta afirmación se observará que no tiene sentido. Se ha avanzado considerablemente, desde el punto de vista científico, a partir del momento en que se ha difundido con gran solidez la tesis de que el Derecho agrario es un derecho de actividad y no de propiedad, y en consecuencia —sobre todo por el importante cúmulo de disposiciones referidas a esta materia— cobran importancia institutos como la empresa, el contrato, el seguro, el crédito, y muchas otras, cuya función se desvincula de la reforma agraria.

(112) Naturalmente este problema no es típicamente latinoamericano, pues incluso en países con una cultura jurídica agraria de primer orden —como es el caso de Italia— sucede lo mismo, quizá porque los autores poca importancia le han dado a este tema. La única excepción la constituye el trabajo de CARROZZA, A., *L'autonomia del Diritto agrario*, publicado en *Manuale di Diritto agrario italiano* (UTET, Torino, 1978), p. 37-52, ahora en español en el libro *Temas de Derecho agrario europeo y latinoamericano*, supra nota 1, p. 35-46, pues el autor incursiona dándole interesantes respuestas al tema, dejando de lado la mera referencia que ha sido la nota característica en todo el mundo.

(113) En estos argumentos igual comentario merece que lo dicho para el tema de la autonomía. Naturalmente es explicable porque éstos son temas que deberán enfrentarse una vez que se haya incursionado —con algún resultado respetable— en argumentos que requieren un desarrollo anterior, tal es el caso del tema del objeto, del concepto y del contenido.



este argumento debe sostenerse la aplicación jerárquica de las fuentes solo del Derecho agrario, como única forma de encontrar solución a los problemas surgidos de la problemática agraria en la misma normativa agraria, y no en otra normativa que aunque tenga rango superior pueda afectar todo el sistema iusagrario. Con la interpretación si bien se señala repetidamente el carácter tuitivo del Derecho agrario, no existen planteamientos importantes, destacándose, eso sí alguna jurisprudencia nacida de los Tribunales agrarios, principalmente de Perú y Venezuela, sobre la que habrá que profundizar muy pronto pues da importantes aportes en este tema.

Este problema es estrictamente de la doctrina, toda vez que bien podría afirmarse que en el contenido del Derecho agrario (como sistema) se presencia un fenómeno evidente en virtud del cual se hace ostensible la incapacidad del Derecho civil para resolver adecuadamente los problemas y relaciones jurídicas nacidas del sector agrario. Esto ha ocasionado, naturalmente, por un lado la superación de la normativa general (del Código Civil) por otra, nueva y mejor estructurada, que es la legislación especial por la cual se asume más directamente la solución a los diferentes problemas del Derecho agrario. En esta nueva normativa, a diferencia de lo acaecido con el Derecho civil, resulta evidente el proceso de la "publicización" (114) o de la "socialización" del Derecho agrario, pues las normas que antes eran de Derecho privado *strictu sensu* hoy tienen un carácter de Derecho público o social, y así las normas que antes hacían referencia a derechos totalmente disponibles hoy tienen un carácter indispensable como forma de dar una adecuada tutela a los sujetos; y, además de este proceso de "publicización" o "socialización" se encuentra con que las normas jurídicas agrarias han asumido —sobre todo en los aspectos propios de la agricultura— un conjunto de criterios técnicos que diferencian sustancialmente el contenido de las normas por la influencia del hecho técnico agricultura, lo cual les da un sello de distinción y personalidad.

Esta situación particular del Derecho agrario como sistema tiene necesariamente que influir en el Derecho agrario como ciencia, pues el contenido define la naturaleza.

En efecto, conforme se defina en cada ordenamiento jurídico el contenido del Derecho agrario en esa misma medida debe variar la calificación que de la naturaleza del Derecho agrario se quiera dar, no obstante que ésta tenga distintos criterios históricos dependientes de tiempo y lugar, o bien según que la doctrina estime que el Derecho agrario tiene una autonomía o bien una especialización respecto del tronco común del Derecho civil. Con fundamento en ello es que podría indicarse en América Latina si el Derecho agrario es Derecho de la agricultura, de la ac-

(114) Sobre este concepto véase ZELEDON, R., *Proceso agrario comparado en América Latina*, supra nota 3, p. 23.

tividad agraria, de la reforma agraria, de la empresa agraria o de los recursos naturales.

En todo caso una escogencia apriorística, como es tan normal encontrar en la doctrina, debe señalarse definitivamente equivocada pues en América Latina —como también erróneamente se ha hecho en Europa— resulta imposible encasillar al Derecho agrario dentro de una de esas categorías, por lo que conviene profundizar aún más en el argumento.

Lo que sí es importante es que un planteamiento como el esbozado permitiría llevar luz a una situación muy compleja, como es que solo estructurando lo que es el contenido, las particularidades que presenta, su influencia social, pública o técnica, y en fin, su razón de ser, permitiría asumir con mayor tranquilidad los problemas de la naturaleza, del concepto y de la definición del Derecho agrario latinoamericano y en general.

6. Es hasta hace muy poco tiempo, no obstante la existencia de la *Rivista di Diritto agrario* y la gigantesca obra de la doctrina europea: principalmente impulsada en Italia por Bolla y el *Istituto di Diritto agrario Internazionale e Comparato* de Florencia, que en América Latina se comienza a conocer: los modernos planteamientos de la ciencia del Derecho agrario europeo.

No sólo existen dificultades, fácilmente salvables, como puede ser la lengua y la distancia, sino que también ha influido la poca agresividad con que en Europa y América Latina se han planteado las relaciones culturales en torno al Derecho agrario.

Aún cuando agraristas europeos visitan a menudo América Latina, y dictan acá sus conferencias, sus libros circulan muy poco tratándose de los españoles, y en el caso de los libros de otros idiomas no existe ninguna obra conocida que se haya traducido al castellano o al portugués, por lo que esa línea de influencia debe entenderse como inexistente.

Ha sido, por el contrario, los agraristas latinoamericanos que habiendo estudiado en Europa han traído a América Latina nuevos planteamientos para darle cabida a la teoría general del Derecho agrario; han sido los latinoamericanos quienes han iniciado por lo menos la traducción y difusión de algunos artículos científicos de importancia para la teoría general, y han sido ellos los que comienzan a plantear nuevos argumentos basados en una concepción científica distinta (115).

Se está abriendo, en consecuencia, una interesante posibilidad que debe ser adecuadamente aprovechada por toda la doctrina del Derecho

(115) El ejemplo más sobresaliente lo constituye el libro ZELEDON, R., y otros, *Temas de Derecho agrario europeo y latinoamericano*, supra nota 1, aún cuando también aparece casi como ejemplo aislado.



agrario para replantear, y sobre bases sólidas, toda la argumentación referida a la teoría general del Derecho agrario.

En esta importante labor los juristas europeos no pueden tomar una actitud pasiva, por el contrario deben incorporarse a difundir ampliamente los nuevos planteamientos, lograr que sus obras se traduzcan, e igualmente sumarse en la labor que se verifica en las Cátedras de las carreras de Derecho agrario, y sobre todo en los estudios de post-grado, pues las posibilidades son inconmensurables.

7. El fundamento para afirmar la posibilidad de un planteamiento de teoría general del Derecho agrario, para ser objetivo, no se basa sólo en la posibilidad que abren los nuevos agraristas de América Latina, sino, principalmente, porque el riquísimo contenido del Derecho agrario Latinoamericano sin la menor duda se presenta como ideal para ser tratado desde la nueva óptica (116).

Efectivamente ya se encuentran algunos planteamientos, pocos y aislados, que a manera de ejemplo pueden permitir se afirme que el planteamiento de teoría general se puede afrontar.

Juega en estos momentos un papel muy importante la existencia de Tribunales agrarios, pues ellos exigen conceptos claros y precisos de lo

(116) No se pretende afirmar, en lo más mínimo, que el Derecho agrario latinoamericano pueda construir una teoría general autónoma, pues ello implicaría una afirmación científica. El planteamiento se orienta hacia la afirmación de que no existe ningún inconveniente —más bien las condiciones son propicias— para que la doctrina latinoamericana del Derecho agrario se sume al movimiento iniciado en Italia —en particular en la Escuela Moderna del Derecho agrario, impulsada por Antonio Carrozza— de tratar la materia sobre la base de criterios sólidos que permitan una construcción científica de la disciplina (para todo véase CARROZZA, A., *Problemi di teoria generale del Diritto agrario*, publicado en el volumen *Esperienze e prospettive del Diritto agrario in Italia e nell'U.R.S.S.* (Giuffrè, Milano, 1975, ahora en castellano en ZELEDON, R. y otros, *Temas de Derecho agrario Europeo y Latinoamericano*, supra nota I, p. 81-95).

Este planteamiento, aún cuando se pudiese afirmar que constituye una orientación original y de bastante altura científica, en realidad no es seguido por toda la doctrina del Derecho agrario mundial —pues parece ser una orientación muy propia del Derecho italiano que se orienta hacia la teoría general— según se puede observar de los planteamientos de la doctrina europea y latinoamericana. Algunos autores, entre ellos con mayor insistencia los franceses, afirman que se trata de un planteamiento no compartido; esto es cierto según se puede colegir con gran facilidad de la orientación general de la doctrina francesa, que principalmente analiza el dato jurídico —podría incluso señalarse como característica la limitación al ordenamiento jurídico francés sin tomar en cuenta ningún otro ordenamiento, desligándose completamente de cualquier método de Derecho comparado— y su entorno jurisprudencial, con interesantes matices recientes de sociología jurídica (al respecto véase la *Revue de Droit Rural*, en sus últimos años, sobre todo con la orientación de su Director Jacques David).

que es o no es Derecho agrario. Por ejemplo cuando en el Perú se señala que la competencia del Fuero privativo agrario es de todo el Derecho agrario, en Venezuela se indica que es de la legislación agraria y de los recursos naturales, y en Costa Rica se establece que es de todas las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas, resulta indispensable contar con criterios técnicos como el de la noción de agrariedad (117) para poder encontrar una adecuada respuesta, y para llegar a ella se requiere de criterios claros del estudio por institutos, y de la fijación de fronteras (118) de lo que es y no es Derecho Agrario.

En otras palabras también el planteamiento de teoría general puede revestir una importante práctica, y no sólo científica, por lo que existe una doble legitimación por afrontar en el menor plazo la elaboración de bases salidas para una teoría general del Derecho agrario en América Latina.

No debe dejar de señalarse, a pesar de los comentarios respecto a la actitud tradicional de la doctrina frente a la teoría general, que en América Latina ya comienza a ser usual, sobre todo en círculos científicos que giran en torno a las asociaciones e instituciones del Derecho agrario, la importancia del estudio de la materia a través de sus institutos (119) lo

(117) Este criterio se encuentra esbozado en sus líneas originadas en el trabajo CARROZZA, A. *La noción de lo agrario (agrariedad): fundamento y extensión*, publicado en el volumen *Jornadas italo-españolas de Derecho agrario* (Universidades de Valladolid y Salamanca, Valladolid, 1976) p. 305-29, encontrándose con más profundidad en el libro del mismo autor *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1975).

Para una más amplia bibliografía sobre el tema pueden verse los años sucesivos a 1975 de la *Rivista di Diritto agrario*, pues en ella un buen número de autores se han manifestado en torno a la teoría y el mismo CARROZZA ha elaborado con mayor profundidad las primeras ideas, al tiempo que ha dado respuesta a algunas críticas que han surgido.

(118) En este argumento resulta interesante el planteamiento de GELSI BIDART, A., *Criterios sobre fronteras del Derecho agrario*, supra nota 15. En un sentido más amplio el criterio de frontera debe ser entendido como el límite máximo hasta donde llega el contenido del Derecho agrario, cuya superación implica ingresar en el contenido de otra rama jurídica distinta de la agraria. Este tema es de la máxima importancia para la teoría general pues su ámbito de aplicación dependerá de los límites o fronteras del conjunto normativo, es decir, la materia prima con que deberá trabajar el científico del Derecho agrario se ubica solo dentro de ese contexto, y es a esa materia a la que corresponderá la sistematización que se pretende.

(119) El método del estudio por institutos constituye el paso inicial para luego poder incursionar en criterios de teoría general de mayor profundidad, según se desprende del método estructurado por CARROZZA. Para todo véase de este autor *Gli istituti del Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1962-70) y más adelante la obra donde se estructura aún más este planteamiento *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto agrario*, supra, nota 117.



mismo que la necesidad de asumir plenamente la teoría de la agrariedad (120).

Esta última teoría, sobre todo, goza de particular simpatía, aún cuando contra ella se han hecho algunas críticas (121), según se desprende de un importante conjunto de artículos ubicables en los últimos años, y de algunos criterios jurisprudenciales esbozados en torno al problema de la competencia de los Tribunales agrarios, por lo que puede augurarse un interés futuro en cuanto a los nuevos planteamientos.

En cuanto a la existencia de eventuales principios generales del Derecho agrario (122) que permitan identificarse y diferenciarlo de las otras ramas jurídicas, parece que en América Latina con el carácter tradicional que se les pretenda encontrar no existe. Si bien autores como Salas-Bara-

(120) Para la determinación de "lo agrario" CARROZZA elabora su criterio de la agrariedad, señalando al respecto que "la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones" CARROZZA en su trabajo *La noción de la agrario (agrariedad): fundamento y extensión*, supra nota 117, p. 321.

(121) Entre otras véase ALVARENGA, I., *La materia jurídica agraria*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, p. 41-106.

(122) Al discutirse la autonomía del Derecho agrario el principal obstáculo estuvo en la demostración de la autonomía desde el punto de vista científico. Al respecto la doctrina de la época (1922-28) exigía para que se diera ésta la presencia de una serie de principios generales que informen todo el contenido normativo de la materia, base para llenar las deficiencias disciplinarias por las cuales se permitiera construir todo un sistema capaz de identificarse internamente y diferenciarse externamente de todas las demás ramas jurídicas. Una parte de la doctrina afirmó en tiempos del debate su plena existencia (entre otros SCIALOJA, V., *Diritto agrario e codice agrario*, *Rivista di Diritto agrario*, 1928, p. 13-16 y VITTA, C., *La controversia del Diritto agrario*, en la misma Revista, 1929, p. 337-42); sin embargo, como la identificación de esos principios no se verificó, quedando sólo en una afirmación vacía, otra parte de la doctrina destacan: ARCANGELI, A., *Il diritto agrario e la sua autonomia*, *Rivista di Diritto agrario*, 1928, p. 6-12; FUNAIOLI, G. B., *Corso di Diritto agrario*, supra nota 42, p. 19 ss.) ha negado en forma reiterada y sistemática la existencia de tales principios fundamentales y ordenadores de toda la normativa iusagraria con lo que han sustentado la tesis de la imposibilidad de sostener la autonomía del Derecho agrario como ciencia, indicando que a lo sumo se puede señalar su especialidad.

Algunos autores recientes (FRASSOLDATI, C., *Sulla autonomia giuridica del diritto agrario*, publicado en *Atti del primo convegno internazionale di Diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1954, I, p. 147-72 y BALLARIN MARCIAL, A., supra nota 13, p. 299-322) han hecho un esfuerzo para identificar los principios generales del Derecho agrario como forma de mantener la tesis de la autonomía, sin embargo dichos principios y su planteamiento no están exentos de críticas.

hona en Costa Rica (123), Duque Corredor (124) y Venturini (125) en Venezuela, y algunos otros han procedido a estructurarlos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, podría respecto de ellos hacerse la misma crítica de que no son tales, bien porque derivan de la misma naturaleza de las cosas, constituyen una desiderata, o bien no parecen ser específicas o exclusivos del Derecho agrario, muy a pesar de que se reconozca el gran esfuerzo de tan valiosos y destacados autores, pues la formulación de esos principios que con el carácter de fundamentales y ordenadores de toda la normativa del Derecho agrario, aun no han sido debidamente identificados.

El planteamiento de la teoría general, entonces, puede llegar a plantearse principalmente en el estudio por institutos que permita ir encontrando, quizá no aquellos principios generales abstractos y valederos en todo el mundo, pero sí algunos principios menos generales pero más profundos, a través de los cuales se puede ir fijando en todos y cada uno de los ordenamientos las fronteras del Derecho agrario (126) utilizando para ello los recursos que ofrece la teoría de la agrariedad de Carrozza.

Este planteamiento permitirá luego, y con más facilidad, resolver adecuadamente los problemas de la autonomía, de las fuentes y de la interpretación del Derecho agrario en América Latina.

8. La forma en la cual se podría satisfacer la necesidad evidente de enfrentar —y dotar— al Derecho agrario desde una óptica de la teoría general, como exigencia inmediata para darle a la materia un adecuado tratamiento científico por el cual se puedan incorporar en América Latina —en un plazo inferior, y con mayor facilidad— todos los adelantos logrados en otros ordenamientos jurídicos del mundo es, sin la menor duda, a través del Derecho comparado (127).

(123) SALAS, O. y BARAHONA, R. *Derecho agrario*, supra nota 15, p. 52.

(124) DUQUE CORREDOR, R. J. *Derecho agrario*, supra nota 95, I, p. 21.

(125) VENTURINI, A. J. *Derecho agrario venezolano*, supra nota 15.

(126) Este es el criterio que CARROZZA (*Gli istituti di diritto agrario*, supra nota 119, I, p. iii-iv) ha elaborado al señalar que "en cuanto al método de estudiar el Derecho agrario por institutos, sostiene el autor que esto se presta mejor que cualquier otro a los tentativos de sistematización científica del derecho agrario, o sea a la elaboración de un sistema jurídico orgánico y autónomo, dotado de normas propias con principios propios y por tanto de "institutos" propios. Solo así, por el contrario, parece posible descubrir aquellos famosos principios generales sobre los cuales justamente se quiere fundar la autonomía o la especialidad de una rama particular de las disciplinas jurídicas: principios que son espectrales y desvanecientes si se miran de la síntesis de un organismo entero del derecho (cualquiera que sea éste), llegan finalmente a ser individualizados cuando son aislados dentro de un instituto particular, porque aquello que se pierde en latitud (se tratará de principios menos... generales) se gana en profundidad y concretez".

(127) Para todo véase RODIERE, R., *Introduction su Droit comparé* (Daloz, París, 1979) y SACCO, R., *Introduzione al Diritto comparato* (Giappichelli, Torino, 1980).



En efecto, no obstante las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en la forma de concebir las instituciones, lo que identifica internamente su Derecho agrario —por lo que permite a algunos afirmar que existen tantos Derechos agrarios como países—, desde una óptica estrictamente de Derecho comparado se puede afirmar que en América Latina éste existe con claras características que lo diferencian de los demás. Baste partir de la división —sobradamente conocida y seguida, de René David (128)— de la existencia de distintas familias jurídicas en el mundo, para darse cuenta que dentro de la misma Familia Romano Germánica constituida por América Latina y algunos países de la Europa Occidental, en el continente (sobre todo por la influencia indígena de las instituciones jurídico-agrarias) se puede afirmar su autonomía por una notable diferencia entre lo que sería el *Derecho agrario latinoamericano* y el *Derecho agrario de la Europa Occidental*, pues existen toda una serie de particularidades que permiten afirmar su identidad en los términos expresados.

Es por ésto que la mejor forma de iniciar el planteamiento de la teoría general parece ser por medio del método comparativo. Por esta vía no solo se enfrentan los juristas a un interesante planteamiento en virtud del cual pueden interpretar mejor —desde un marco más completo— su propio ordenamiento jurídico, que como tal es el producto histórico de lo que sucede en los demás países latinoamericanos, sino que, con una visión más amplia de la realidad latinoamericana, se facilita aún más tomar conciencia de la necesidad de implementar al estudio del Derecho agrario todo el planteamiento de teoría general.

## DE LA DESCENTRALIZACION A LA RE-CENTRALIZACION ADMINISTRATIVA (1968-1984)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático  
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

(128) DAVID, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, supra nota 2.



## SUMARIO:

*Resumen.* I. Preámbulo. - II. Reforma al artículo 188 de la Carta Magna de 1949. - III. La ley del "4/3" (Nº 4646 del 29 de octubre de 1970). - IV. Ley de Presidencias Ejecutivas (Nº 5507 del 10 de mayo de 1974). V. Ley de autoridad presupuestaria (Nº 6821, del 26 de noviembre de 1982). VI. Ley general de la administración pública (Nº 6227, 28 de abril de 1978). VII. Un caso especial de aparente descentralización: las empresas públicas. - VIII. Ley de emergencia. - IX. Ley sobre enriquecimiento ilícito. - X. Reglamento a esta ley. - XI. Ley de planificación nacional. - XII. A modo de conclusión. - XIII. Referencias bibliográficas.

### Siglas más usadas:

- UCR Universidad de Costa Rica  
RCJ Revista de Ciencias Jurídicas  
RJ Revista Judicial  
SJ San José  
CR Costa Rica  
RUCR Revista de la Universidad de Costa Rica  
RC Revista de la Contraloría General de la República  
IIE Instituto de Investigaciones Económicas.

**RESUMEN:** En este trabajo analizaremos someramente el proceso por el cual, a partir de 1968 al presente, el país ha entrado en una corriente centralizadora y presidencialista, que refuta y se contrapone a la descentralización administrativa, política e institucional de la Carta Magna de 1949 y de los hechos de la década de 1940 que redundaron en la guerra civil de 1948; y, en la puesta en vigencia de esa Constitución Política. De ahí que el actual modelo político e institucional es centralizador, nuevamente, pero con estilos y rumbos diferentes a la centralización de la Carta Magna de 1871 con Tomás Guardia (cf. Rosés, Eduardo *Tomás Guardia y la formación del Estado en Costa Rica*, San José: RCJ, Nº 48, 1983).

## I. PREAMBULO.

Después de la lucha por la descentralización administrativa y contra los abusos del presidencialismo centralizador, heredado de la Constitución Política de 1871, se puso en práctica ese sistema descentralizador durante los gobiernos de Ulate (1949-1953), Figueres (1953-1958), Mario Echandi (1958-1962), Orlich (1962-1966), José Joaquín Trejos (1966-1970), Figueres (1970-1974), Oduber (1974-1978), Carazo (1978-1982), Luis Alberto Monge (1982-1986).

Hay que hacer la observación que durante el gobierno de Trejos (1966-1970), las críticas a la descentralización abundaron, en el sentido de que las instituciones autónomas eran archipiélagos anárquicos, que iban cada uno por su lado, no había planificación, ni coordinación ni acción conjunta del Estado, y ello redundó en el debilitamiento de la descentralización y el inicio del proceso de *re-centralización*.

Se trata de un proceso de centralización administrativa distinto al anterior de 1949, pero igualmente presidencialista. Por ello se puede hablar de un proceso *recentralizador*; o sea se "repite" el proceso pero cualitativa y cuantitativamente en forma y fondo diverso. (Cf. el estudio de Jorge Calderón sobre la *recentralización administrativa* en nuestro país, que se publicará en un próximo número de esta revista).

## II. REFORMA AL ARTICULO 188 DE LA CARTA MAGNA DE 1949.

Ya, Facio Brenes en la Asamblea Nacional Constituyente había expresado que los entes autónomos, tenían a su cargo funciones técnicas, que antes desempeñaba el Poder Ejecutivo; que diversas instituciones autónomas existían con el objeto de librar aquellas funciones a los vaivenes de la política<sup>1</sup>.

Bien expresa Murillo que a las instituciones autónomas se les puede definir desde dos ángulos:

- a) *formal*: entes descentralizados creados directamente por la Constitución Política, o creados por ley especial, expresa o implícitamente, como tales, y con mayoría reforzada de votos, al tenor del artículo 189 de la Carta Magna<sup>2</sup>.

1 Cf. FACIO, Rodrigo, *Exposición en la Asamblea Nacional Constituyente*, acta Nº 97, T. II, pf. 405, y p. 408, 1952.

2 MURILLO, Mauro, *La descentralización administrativa en la Constitución Política de 1949*. (San José, Revista de la Contraloría Nº 24, 1978) p. 408.



- b) *Sustancial o material*: ontológicamente, es decir, por su propia naturaleza o en función de los servicios públicos asignados u otro criterio diferenciador. Realmente, aquí no hay un criterio exacto para definir las, ya que de acuerdo a la creación de la Constituyente estos entes pueden tener a su cargo cualquier función.

Murillo apunta, entre otras cosas que los constituyentes no definieron el problema de los grados de autonomía ni tampoco dieron una conceptualización material de tales entes<sup>3</sup>. Sin embargo, habría que apuntar que el problema que tenían entre manos los constituyentes era más político que jurídico. No se trataba de profesores de derecho administrativo discutiendo sobre la *autonomía administrativa*, sino de representantes de tendencias políticas unidas frente al régimen de los "ocho años", (1940-1948, Calderón-Picado), pero una vez finalizada la guerra civil y expulsados del poder público "los comunistas y los calderopicadistas" (según la expresión de los ganadores de esa guerra), se enfrentan para definir las reglas del juego del bloque en el poder reestructurado.

El constituyente Ortiz Martín, criticó en el seno de la Constituyente la forma en que el Partido Social Demócrata proponía la autonomía<sup>4</sup> e incluso como definitivamente quedó en la Carta Magna, con ese razonamiento:

El problema de darle tanta autonomía a ciertas instituciones que serán Estados dentro del Estado; se le restan muchas facultades al Poder Ejecutivo, a tal grado que queda hecho un subordinado o esas entidades descentralizadas<sup>5</sup>.

El constituyente Trejos también consideró que era muy amplio el sentido de esa autonomía. Asimismo Esquivel habló contra esa amplia descentralización, indicando que existen grados de autonomía<sup>6</sup>.

Facio les responde diciendo que la tesis democrática de la descentralización impide que el Poder Ejecutivo, con el crecimiento de las fun-

3 MURILLO, idem., pp. 283 a 287.

4 Las instituciones autónomas del Estado gozarán de autonomía funcional y tendrán responsabilidad propia. La autonomía funcional les confiere a dichas instituciones independencia en materia de gobierno y administración. Las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus Juntas Directivas y ninguna podrá serles impuestas por el Poder Ejecutivo, ni desconocida por él. La responsabilidad propia les impone a sus Directores la obligación de actuar conforme a sus criterio en la dirección de las funciones puestas bajo su competencia, dentro de lo dispuesto por las leyes y reglamentos respectivos, así como la obligación de responder por su gestión en forma total e ineludible. (T. III, Actas cit., acta N° 166, p. 465).

5 Acta N° 166, cit., p. 467.

6 Idem., p. 472.

ciones públicas se haga más fuerte, dentro del esquema presidencialista y centralizador de la Carta Magna de 1871. Cabalmente, la tesis totalitaria es la que acepta que el Poder Ejecutivo se haga más fuerte y concentre más poder<sup>7</sup>.

Diez años más tarde, en 1959, Facio Brenes expresó su preocupación por la coordinación de dichos entes, al decir que lo que "el régimen de autonomía pretende es bien claro: permitir la ampliación administrativa y técnica del Estado en una época cuyos problemas requieren su creciente participación en la vía económica y social; pero evitando que tal ampliación se traduzca en un peligroso acrecentamiento de la autoridad política del Estado y en una deficiente acumulación de nuevas funciones en manos del Poder Ejecutivo. Pareciera ser ésta la lógica respuesta institucional del *Estado democrático* ante la demanda perentoria, por parte de la comunidad y la técnica, de nuevos y complejos servicios públicos, y así lo ha reconocido la doctrina (como por ejemplo Justino Jiménez de Aréchaga en *La Constitución Nacional*, T. VII, organización taquigráfica Medina, Montevideo, 1947)<sup>8</sup>.

Facio Brenes agregó que ese recomendable proceso de descentralización de la función pública, "se ha echado un poco al olvido la necesidad de *coordinación*; y, especialmente cuando se piensa en términos de *planificación*, este aspecto del régimen autonómico se revela con caracteres de verdadera seriedad"<sup>9</sup>.

Por lo que atañe concretamente a la reforma del artículo 188 en 1968, se dijo que los entes autónomos no podían seguir como "moro sin señor" y que era necesaria la reforma para sujetarlas a una planificación vinculante u obligatoria y darse grados de autonomía<sup>10</sup>.

Esta reforma no suprimió la autonomía en materia de gobierno del todo, ya que lo que hizo fue quitarle el respaldo constitucional que tenía, expresa Murillo<sup>11</sup>; el problema consiste en que sin ese respaldo esa autonomía queda en nada, ya que una ley que se pudiera dar no tendría ese fundamento constitucional y no sólo no lo tendría, sino que claramente la Carta Magna lo quitó, en favor de su sujeción completa al Poder Legislativo.

7 Ibidem.

8 FACIO BRENES, Rodrigo, *Planificación económica en régimen democrático*, San José, Revista de Ciencias Sociales N° 4, 1959, p. 54.

9 FACIO, idem.

10 Actas del plenario de la Asamblea Legislativa, de la Ley N° 4123 de 1968, sesión extraordinaria N° 53 del 27 de marzo de 1968.

11 MURILLO, Mauro, cit., p. 280 (*Descentralización administrativa...*):



CONSTITUCION POLITICA

ART. 188 - 1949	ART. 188 - Reforma 1968
Las instituciones autónomas gozan de independencia en materia de gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión.	Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión.

Cabalmente la ley de planificación N° 3087 del 31 de enero de 1963, contenía una disposición de vinculación discrecional al plan nacional; por ello en la reforma de 1974 (ley N° 5525) propone una planificación vinculante para el sector público. Empero, en la realidad no existe planificación. Por una serie de razones políticas, extrajurídicas y organizacionales de planificación del sector público no deja de ser más que todo una petición de principio. Y, ello con todo y que la Oficina de Planificación, desde el gobierno de Figueres —a partir de 1970— ha venido haciendo un esfuerzo sostenido por crear una conciencia en los políticos y en los agentes públicos acerca de la urgente necesidad de planificar y de reformar —en profundidad— todo el sistema de la administración pública<sup>12</sup>.

III. LA LEY DEL "4/3" (LEY N° 4646, GACETA DEL 29 DE OCTUBRE DE 1970.

Por esta ley el Presidente Figueres refrenda una legislación que implica un co-gobierno en los entes descentralizados. Así, cuatro directores serán del Partido Liberación Nacional (PLN) que ganó las elecciones y el Partido que le sigue en votos, que es el Partido Unificación Nacional (PUN), quien pondrá tres directores en tales entes.

La emisión de esa ley politizó más el control sobre la administración pública descentralizada y ello le causó una lesión importante a la independencia administrativa de las citadas entidades, lo cual se unió al golpe que ya habían recibido con la reforma constitucional del numeral 188 de la Carta Magna en 1968.

<sup>12</sup> Ello quedó probado con la cantidad de publicaciones que ha hecho OFIPLAN desde su creación en 1963, fundamentalmente a partir de 1970, luego con los planes de reforma administrativa de 1978. Además ha llevado a cabo una tarea de convencimiento tenaz en seminarios, talleres, etc. Sin embargo, la realidad del Estado ha sido negativa a todos estos esfuerzos y lo logrado en planificación ha quedado en el papel, en forma de leyes, reglamentos, decretos, circulares. La explicación de este fenómeno social queda a otro estudio y escapa a las intenciones de este trabajo.

Los móviles de arreglo político que dieron lugar a la promulgación de esa ley podrían sujetarse a unas posibles especulaciones, sin embargo, por lo pronto diremos que el resultado de ello (que es lo que interesa a los efectos de este trabajo) fue dar marcha atrás en el tecnicismo y apoliticidad de aquellos entes, al volverlos a poner bajo los "vaivenes de la política electoral"<sup>13</sup>.

IV. LEY DE PRESIDENCIAS EJECUTIVAS (LEY N° 5507, GACETA DEL 10 DE MAYO DE 1974).

Por esta ley en las instituciones descentralizadas se nombra, por el Consejo de Gobierno (órgano del Poder Ejecutivo) un presidente ejecutivo, siendo así el funcionario de mayor jerarquía del ente (materia de gobierno) y el gerente (cuando existe) será el principal funcionario administrativo (materia de mera administración). Se trató así de dividir lo que era materia política institucional (el Presidente Ejecutivo, la tendrá a su cargo) y lo relativo al campo de la mera administración del ente (a cargo del gerente, cuando hay)<sup>14</sup>.

Las funciones del Presidente Ejecutivo son: *nombrado el gerente de 603 el buen consejo del Presid*

- a) Ejercer las funciones propias de Presidente de la Junta Directiva.
- b) Programar actividades de la entidad, dentro de los lineamientos de la política general del Estado dictada por el Poder Ejecutivo y el Plan Nacional de Desarrollo (PND).
- c) Modernizar la organización y actividad de la entidad.
- d) Coordinar con la Presidencia de la República las negociaciones de la entidad sobre asistencia técnica y financiación.
- e) Coordinar con las demás administraciones los planes y programas de la entidad.
- f) Dirigir a la unidad interna de planificación y representarla.
- g) Formar parte del Consejo de coordinación inter-institucional de planificación.
- h) Supervisar y evaluar los programas de la entidad.
- i) Otorgar el "visto bueno" a los proyectos de presupuesto, y vigilar su ejecución, todo para fines del cumplimiento de la política de la institución.

<sup>13</sup> Cf. nuestro estudio *Descentralización administrativa. El caso del Banco Central* (San José: RCJ N° 43, pp. 173 a 177, 1981).

<sup>14</sup> MURILLO, Mauro, *Sobre Presidentes ejecutivos* (San José: Revista de la Contraloría General de la República —RCGR— N° 18, 1974, p. 18). Asimismo la tesis de grado en derecho sobre el *presidente ejecutivo*, 1984; de Julieta Bejarano, *in toto*.



- j) Servir de enlace con la Oficina de Planificación Nacional en relación con las atribuciones de ésta relativas a la aprobación de programas de inversiones y de solicitudes de financiamiento externo.
- k) Establecer la organización técnica y administrativa necesaria para garantizar la ejecución de políticas del ente, con la asistencia o colaboración del gerente.
- l) Reunirse con el Presidente de la República o con el Consejo del Gobierno cuando fuere convocado.
- ll) Las demás que le encomiende la Junta Directiva en uso de sus atribuciones (art. 6 del *Reglamento de las Presidencias Ejecutivas* Decreto Ejecutivo, 4199-p de 1974, Gaceta del 10 de octubre de 1974).

La ley, propiamente hace un resumen de esas atribuciones, al mandar que el Presidente Ejecutivo, tiene a su cargo:

- i) Ejercer función de gobierno, respecto de la cual es el funcionario de mayor jerarquía.
- ii) Velar por el cumplimiento de los acuerdos de la Junta Directiva.
- iii) Coordinar la actividad del ente con los demás del Estado.
- iv) Ejercer las funciones propias de presidir la Junta Directiva; y
- v) Las otras que le asigne la propia Junta Directiva<sup>15</sup>.

Esta ley, cuando se conoció en el Poder Legislativo su proyecto respectivo, se justificó argumentando que era necesaria una coordinación de esas entidades con el Poder Ejecutivo y que además se requería un funcionario ejecutivo que pusiera en práctica lo decidido por la Junta Directiva<sup>16</sup>. Sin embargo, lo cierto del caso es que ya existía una corriente centralizadora y presidencialista, como ideología compartida por los partidos políticos mayoritarios del país, que ya disfrutaban del poder público, en cualquiera de sus niveles (administración central, descentralizada y local o municipal) o en varios a la vez. De esa forma el gerente pasó a ocupar un segundo lugar en el ente; y, el Presidente Ejecutivo ocupó la jerarquía máxima en la institución.

Este sistema de Presidencias Ejecutivas ha servido al partido político que gana las elecciones presidenciales para centralizar el poder público y fortalecer el presidencialismo y el Poder Ejecutivo, por tanto.

Claramente a partir de la reforma del numeral 188 de la Carta Magna en 1968, se hace más patente la acción política de los representan-

<sup>15</sup> Artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 5507/74.

<sup>16</sup> MURILLO, cit., pp. 15 y 16.

tes de la clase dominante de nuestro país (cuya representación articulada políticamente son los partidos políticos) para centralizar el poder y darle al Poder Ejecutivo la fuerza institucional requerida para convertirlo en el más fuerte de todos los Poderes Públicos. Por ello, se puede decir que estamos en presencia de una clara tendencia presidencialista y centralizadora.

## V. LEY DE AUTORIDAD PRESUPUESTARIA (1982).

La autoridad presupuestaria, que lesiona la autonomía administrativa y fortalece el centralismo del Poder Ejecutivo, fue creada —ilegalmente— por decreto 10855 del 19 de noviembre de 1979 (Gaceta del 4 de diciembre de ese año).

Según el dictamen de mayoría, que compartimos, (expediente legislativo N° 3879 de 1982) las limitaciones en materia de gobierno a las instituciones descentralizadas, sólo pueden establecerse por Ley. Ese decreto tiene dos aspectos: a) la autoridad presupuestaria, que sólo por Ley puede hacer, que tiene a su cargo un papel de coordinación en el Estado, y b) el fondo de compensación financiera que choca con la Carta Magna y es inconstitucional, al lesionar el art. 188 de ella, permitiendo que el Poder Ejecutivo entre "a saco en los institutos autónomos y disponga ilegalmente de sus recursos colocados en cuentas corrientes de los bancos" (sic, dictamen cit.).

Esta ley de la autoridad presupuestaria, promulgada para poner a derecho a esta autoridad, tiene como número el 6821 rigiendo a partir de su publicación en La Gaceta N° 228 del viernes 26 de noviembre de 1982.

Esta comisión que constituye esa autoridad, está formada por el Presidente del Banco Central, el Ministro de Hacienda, quien la presidirá, y el Ministro de Planificación (art. 4).

Divide esa ley a la administración pública, en tres sectores: financiero no bancario, financiero, bancario, y sector no financiero (art. 2). Esta autoridad establece las directrices de la política presupuestaria del sector público en lo relativo a inversión, salarios, y endeudamiento (art. 1).

A propósito de la instauración de esta autoridad, se ha afirmado que sus integrantes se han convertido en los "zares de la economía del país", debido al poder político y económico que tienen. Empero, carecen de la visión sobre aspectos macro de la política económica y se han involucrado en el detalle y la pequeñez de problemas de corto alcance.

Se trata de una ley muy amplia que le otorga un poder ampliado a esta comisión, de tal suerte que la descentralización administrativa, en punto importante a la economía de los entes respectivos, queda en el papel.



El fundamento de políticas estatales centralistas y presidencialistas, a nivel de argumentación, es que la crisis económica del país urge de medidas fuertes y de control por parte del Ejecutivo. Lo cierto del caso, es que este proceso centralizado viene desde 1968 y a lo largo de estos años, hasta el presente, el ritmo centralizador es cada vez mayor. En nuestro criterio un Poder Ejecutivo muy fuerte y que rompa el equilibrio entre los Poderes Públicos es antidemocrático y propenso a la dictadura, formalmente, legitimada.

## VI. LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA (1978).

Esta ley fue utilizada por el gobierno de Rodrigo Carazo (1978-1982) para lesionar la independencia administrativa de los entes descentralizados. Esto a la par de la índole personalista y arbitraria de este gobierno en otros campos, le dio a esa Administración un tono francamente ilegal y violador del ordenamiento jurídico.

Tanto la tutela administrativa como la dirección política le permiten al Poder Ejecutivo tener facultades para darle una orientación general al rumbo de la Administración Pública. Empero ello no significa que pueda dictarle medidas concretas que tiene que llevar a cabo el respectivo ente descentralizado como lo pretendió ese gobierno mediante las denominadas "directrices"; que no eran tales, ya que no se trataba de pautas de carácter general, sino de actos administrativos concretos que la administración descentralizada tenía que tomar.

X El pretexto fue el artículo 26, inciso b) de la citada ley, que expresa aquella tutela y dirección política supracitadas, cuando afirma que el Presidente de la República ejercerá en forma exclusiva la dirección y la coordinación de las tareas de Gobierno y de la Administración Pública en su conjunto (la central y la descentralizada).

El tono centralizador y arbitrario de ese gobierno lo llevó a lesionar la descentralización administrativa, cuyo ejemplo, entre otros, puede ser el hecho de que las reuniones del "autónomo" banco central se hacían en la Casa Presidencial, actuando el Presidente de la República (Carazo) como el jerarca sin apelación y con plenas prerrogativas. Esta ley se publicó en la Gaceta N° 102, del 30 de mayo de 1978.

## VII. UN CASO ESPECIAL DE APARENTE DESCENTRALIZACION: LAS EMPRESAS PUBLICAS.

Las empresas públicas, con CODESA (Corporación Costarricense de Desarrollo S. A.) se da una aparente descentralización respecto del Poder Ejecutivo o central. Sin embargo, ello no es así. Al contrario, esas empresas sirven para la acumulación y reproducción del capital en el sector de la burguesía nacional que tiene el control del Estado, ya sea en forma directa o indirecta.

De ahí que en el fondo, se trata de una centralización material o sustancial, ya que el control de ellas lo tiene el Poder Ejecutivo.

Como bien lo expresa Mylena Vega: "Interesa el estudio del Estado en Costa Rica entre 1974 y 1978, centrandolo el interés en la institución estatal más representativa del período: CODESA". Efectivamente, la constitución de esta empresa forma parte del proceso de rearticulación del bloque en el poder<sup>17</sup>.

Esas empresas públicas (CODESA<sup>18</sup> y sus subsidiarias, v. gr.) son empresas mercantiles con funciones derivadas de su capacidad de obtener empréstitos nacionales e internacionales, dar avales a otras empresas, promover otras firmas mercantiles, etc. Es decir, se trata de personas jurídicas del mundo comercial actuando como si se tratara de entes privados, sin controles efectivos.

En el período legislativo de 1982, varios diputados mostraron interés por someter a fiscalización a las empresas públicas ante las denuncias públicas y cada vez más intensas de corrupción administrativa, (durante el gobierno de 1978 a 1982) generadas por esa ausencia de controles. Empero, el proyecto de ley está en trámite en la Asamblea Legislativa y no se sabe qué suerte irá a correr.

La Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) y la Ley de Administración Pública no tienen competencia para controlar esas empresas, ya que no hay norma expresa que así lo indique.

Lo que sí se puede indicar es que en la Asamblea Legislativa hay varios proyectos de ley orientados a poner bajo el control del derecho administrativo a tales empresas públicas.

## VIII. LEY DE EMERGENCIA (N° 6955, 1984)

Esta normativa se denomina ley para el equilibrio financiero del sector público y tiende a establecer controles sobre las finanzas del ámbito público.

Establece una comisión de reordenamiento hacendario, ya nombrada y que está funcionando con el objetivo de establecer cuáles son las prioridades en materia hacendaria y las reformas legales, a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico.

17 VEGA, Mylena. *El Estado costarricense de 1974 a 1978: CODESA y la fracción industrial* (San José: tesis de grado en sociología, 1980, UCR, p. 1). Bloque en el poder: unidad contradictoria de clases y fracciones políticamente dominantes bajo la égida de la fracción hegemónica, en Poulantzas, Nicos. *Las clases sociales en el capitalismo actual* (México: Siglo XXI, 1976, p. 26). Cf. ESPINOZA, Juan Rafael *Introducción al estudio del Estado capitalista* (San José: tesis de grado en derecho, UCR, 1977, cap. IV).

18 Cf. nuestro estudio citado sobre CODESA y el de Mylena VEGA *La nueva forma de intervencionismo estatal en Costa Rica en la década del setenta: CODESA* (San José: Ciencias Económicas, Vol. III, N° 2, 1983, pp. 31 a 45). También Sojo Ana, *Estado empresario, lucha política en Costa Rica* (San José: EDUCA, 1984, in toto).



Regula los presupuestos del Poder Central, descentralizado y de las empresas públicas. Esta ley presenta una serie de lagunas, contradicciones y vacíos legales propios de normas elaboradas por técnicos y operadores de la Administración Pública que no son abogados, lo cual hace de esta normativa un conglomerado de artículos sin ubicación ni orden alguno.

Se está redactando un *reglamento* de esta ley, que es posible que cuando este trabajo salga a la luz pública ya estará vigente.

Con esta ley de emergencia se ha limitado aún más el poder descentralizado y se ha reforzado la centralización y el presidencialismo, ya que la autoridad presupuestaria, el Ministerio de Hacienda y otras oficinas del Poder Central tienen en su poder los mecanismos de control y sujeción de los entes descentralizados en general.

En este caso el argumento ha sido la crisis económica, fiscal y tributaria, pero lo cierto del caso es que esa centralización tiene sus antecedentes en la década de los años 60, cuando se empezó a criticar fuertemente el sistema de descentralización que existía en el país. Ese estado de cosas ha traído como consecuencia un acentuado y marcado centralismo político e institucional, que en nada favorece al sistema democrático y a los principios saludables de la descentralización administrativa.

#### IX. LEY SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS (Nº 6872, 1983)

Esta legislación tiene el sano propósito de atacar de lleno el problema de la corrupción administrativa y de obligar a los agentes públicos a contribuir al saneamiento de la cosa pública.

La experiencia que se tiene con esta ley no es amplia, pero —sin duda— tiene un claro efecto político ante la ciudadanía, pues muestra un esfuerzo por solventar el problema citado.

Le da una serie de controles al órgano fiscalizador de la hacienda pública, pero se mantiene el problema de funciones y tareas, con facultades y potestades que se le dan a la Contraloría sin el contrapeso necesario de sujetar a controles e instancias jurídicas a esta dependencia del Poder Legislativo,<sup>19</sup> porque de lo contrario se tendría una sede de poder institucional sin fronteras, controles ni restricciones.

Tiene esta ley sujeciones para todo el aparato estatal a partir de la fiscalización e instrumentos legales de la Contraloría, que van más allá de la mera verificación de la sana administración.

<sup>19</sup> Cf. MURILLO, Mauro *Naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República* (San José: RCJ, Nº 49, 1984).

#### X. REGLAMENTO A LA LEY Nº 6872.

Mediante este *reglamento* se trató de regular la aplicación de la ley sobre enriquecimiento ilícito pero este reglamento ejecutivo sin duda excede sus límites como tal norma reglamentaria, con la consecuencia respectiva. Además de que hay que hacer la observación que la Contraloría carece de potestad reglamentaria, siendo este reglamento nulo al ser emanado por un órgano incompetente para tal efecto. (Cf. *Gaceta* del jueves 20 de octubre de 1983).

#### XI. LEY DE PLANIFICACION NACIONAL (Nº 5525, 1974)

Mediante esta ley se tiende a uniformar criterios sobre el funcionamiento del Estado y darle bases consistentes a la planificación en el sector público, haciendo obligatoria la planificación sectorial, territorial y regional, en el desglose normativo sucesivo que esta ley ha tenido. Sin embargo, a pesar de que se dispone una planificación vinculante para el sector público e indicativa para el sector privado, lo cierto de la situación es que la planificación, por diversas razones, no ha operado en la realidad a pesar del esfuerzo de varios funcionarios públicos, de Ofiplan (ahora Midiplan) y otras pocas instancias públicas.

Planificación ha existido en el papel, pero no en la realidad del Estado. Hay muchos diagnósticos hechos por Midiplan que muestran por qué no se da esa planificación, y que la hemorragia de normas jurídicas han quedado en La Gaceta, para no ser aplicadas.

#### XII. A MODO DE CONCLUSION.

1. Las fracciones de nuestra burguesía, simbólicamente representadas, a nivel político, en los partidos políticos mayoritarios se han puesto de acuerdo acerca de la necesidad de la centralización y del presidencialismo, como forma de ejercer un dominio más claro y directo sobre la maquinaria del Estado, cuya red de instituciones autónomas planteaba el problema del control de parte del Ejecutivo y de la burguesía como un todo.

2. La formación de sindicatos públicos y de la existencia de convenciones colectivas en el sector estatal, enfrentó al Poder Ejecutivo (y a la burguesía con sus fracciones hegemónicas) a la urgente necesidad de retornar al centralismo y al presidencialismo. Y esto no es una tónica solo del Partido Liberación Nacional, sino también de los grupos políticos que aglutinan fracciones burguesas adversas a aquellas que están ubicadas en el partido verdiblanco.

3. La realidad del Estado empresario es incuestionable y ha fortalecido sectores de la clase dominante que han controlado el sector de empresas públicas. Pero, las reglas del juego están por hacerse y la burguesía, como clase, tiene interés en que esas reglas sean conocidas y aplicadas.



4. En este intento de epílogo de nuestro trabajo se ha planteado todo ese proceso centralizador y presidencialista, lo que ha traído como uno de los efectos, el debilitamiento del Poder Legislativo y de la democracia electoral, republicana y de la formal soberanía popular, a la vez que pone en jaque el concepto relevante de la democracia pluripartidista, abierta y de respeto a las minorías.

5. En ese sentido el futuro parece marcar un endurecimiento del Poder Ejecutivo, en virtud de su fortalecimiento, y una disminución de las garantías democráticas en el país. La tendencia así es hacia la robustez del Estado y la debilidad de la sociedad y de los administrados. Estados fuertes; y, sociedades y administrados débiles. Esto significa una tendencia oligárquica y antidemocrática, negadora de las garantías y libertades públicas y por supuesto negadora de los derechos humanos.

6. Este reto lo tiene la sociedad costarricense. El problema consiste en la forma en que se le enfrentará y tratará de solucionarlo.

7. Por lo que respecta al uso de la expresión "instituciones autónomas" cabe decir que no existen, salvo las universidades, y los entes autónomos territoriales (uno por cada cantón) llamados "municipalidades". (Cf. nuestro estudio *La quiebra del Estado liberal oligárquico y la descentralización administrativa de 1949*, tesis de maestría en sociología, UCR, 1983).

8. La derechización creciente en Centroamérica, en parte como réplica al gobierno izquierdista de Nicaragua, también contribuye al fortalecimiento del Poder Ejecutivo y a la reducción política, e institucional del espacio democrático en nuestro país. Ello implica una traducción en el nivel político de la crisis económica, con el inminente peligro de que una irreversible crisis política de efectos incalculables.

9. Se debe hacer la observación que la Contraloría General de la República carece de potestad para promulgar reglamentos, siendo nulos aquellos emitidos por ese órgano, ya que no tiene potestad reglamentaria.

10. En la gaceta del jueves 20 de setiembre de este año, se publicó el reglamento al título 2º de la ley para el equilibrio financiero del sector público, regulando las pensiones y el pago de prestaciones a los empleados del Estado, así como también en lo relativo a las plazas nuevas, entre otras cosas. Este reglamento consta de 23 artículos (Decreto ejecutivo N° 15656-H).

### XIII. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

BEJARANO, Julieta *El poder jurídico del presidente ejecutivo en el nuevo concepto de descentralización administrativa* (San José, UCR, Facultad de Derecho, tesis de grado, 1984.)

CALDERON, Jorge *La recentralización administrativa en Costa Rica* (San José: inédito, 1984).

ESPINOZA, Juan *Introducción al estudio del Estado capitalista* (San José: tesis, Derecho, UCR, 1977)

FACIO, Rodrigo *Planificación económica en régimen democrático* (San José: Revista de Ciencias Sociales, N° 4, 1959, UCR) *La Constitución Política de 1949 y la tendencia institucional* (San José: Revista de la UCR, N° 13, 1966)

MURILLO, Mauro *Sobre Presidentes Ejecutivos* (San José: Revista de la Contraloría, N° 18, 1974) *La descentralización administrativa en la Constitución Política* (San José: Revista de la Contraloría, N° 24, 1978)

ORTIZ, Eduardo *La autonomía administrativa costarricense* (San José: RCJ, Nos. 8 y 9, 1967) *La descentralización pública* (San José: tesis de grado, Derecho, UCR, 1956) *Costa Rica: Estado social de derecho* (San José: RCJ, N° 29, 1976) *La responsabilidad del Estado en Costa Rica* (San José: RCJ, N° 1, 1963). *El orden jurídico administrativo* (San José: Revista del Colegio de Abogados, N° 162-163, 1960). *De la descentralización pública* (San José: Revista del Colegio de Abogados, N° 127-128, 1956).

POULANTZAS, Nicos *Las clases sociales en el capitalismo actual* (México, Siglo XXI, 1976)

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique *Descentralización administrativa: el caso del Banco Central* (San José: RCJ, N° 43, 1981) *CODESA: empresa pública* (San José: RJ, N° 20, 1981. *Organización del Estado costarricense a partir de 1949* (San José, RCJ, N° 49, 1984).

SOJO, Ana *El Estado empresario, lucha. Política en Costa Rica*. (San José: EDUCA, 1984). *¿Crisis del Estado empresario?* (San José: IIE, UCR, 1982). *La trayectoria financiera de CODESA (1975-1982)* (San José: IIE, UCR, 1984). *Empresa estatal y desarrollo económica en América Latina* (San José: IIE, UCR, 1982) *Morfología de la política estatal en Costa Rica y crisis económica* (San José: IIE, UCR, 1984).

VEGA, Mylena *El Estado costarricense de 1974 a 1978: CODESA y la fracción industrial* (San José: tesis de grado, Sociología, UCR, 1980) *La nueva forma de intervencionismo estatal en Costa Rica en la década de los años setenta: CODESA* (San José: Revista de Ciencias Económicas, N° 2, Vol. III, 1983) *La política de CODESA durante los periodos de 1974-1978; 1978-1982; y, de junio de 1982 a diciembre de 1983* (San José: IIE; UCR; 1984). *Efectos de la política de inversiones de CODESA; 1974-1978* (San José: IIE; UCR; 1983).

y  
FERNANDEZ, Oscar *La creación de CODESA* (San José: IIE, UCR; 1982).



DISPOSICIONES JURIDICAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD DEL PROFESIONAL EN DERECHO (\*)

Licda. Angélica Cordero  
Rolando Soto J., M.C.J.  
Lic. Ricardo Vargas  
Miembros del Colegio de Abogados de Costa Rica

- A.-Comentarios sobre la Ley Orgánica del Colegio de Abogados
- B.-El Reglamento Interior del Colegio de Abogados
- C.-El Abogado Autónomo

A.-LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Se sancionó mediante la Ley N° 13 del 28 de octubre de 1944. Tiene 62 artículos de estructura, la que la constituye un factor importante, pues, para la formación de abogados costarricenses, el orden de abogacía localmente, la abogacía de esta nación, sus facultades, obligaciones y deberes y el ejercicio de la abogacía en el extranjero que otorga en la actualidad, Junta Directiva del Colegio y que la constituyen por la parte de abogacía local, la abogacía de esta nación, sus facultades, obligaciones y deberes, y el ejercicio de la abogacía en el extranjero, y el ejercicio de la abogacía en el extranjero, y el ejercicio de la abogacía en el extranjero.

El presente Ley de la abogacía, otorga los derechos y deberes de los abogados.

(\*) Este trabajo corresponde a las ponencias que los autores presentaron individualmente y en representación del Colegio de Abogados al Primer Seminario Centroamericano de Colegios de Abogados, celebrado en San José, Costa Rica, del 30-31 de marzo al 1° de abril de 1984.



SUMARIO: Introducción. A.—Comentarios sobre la Ley Orgánica del Colegio de Abogados. B.—El reglamento interior del Colegio de Abogados. C.—El régimen disciplinario interno.

Linda Angélica González  
Rolando Soto J., M.C.  
Lic. Ricardo Vargas  
Miembros del Colegio  
de Abogados de Costa Rica

(\*) Este trabajo corresponde a las ponencias que los autores presentaron individualmente y en representación del Colegio de Abogados al Primer Seminario de Actualización de Colegios de Abogados celebrado en San José, Costa Rica, del 20 al 24 de marzo de 1984.

## INTRODUCCION:

El presente trabajo tiene fundamentalmente por objeto presentar a los miembros del Colegio de Abogados un análisis de las disposiciones jurídicas más sobresalientes relativas al origen, estructura y funcionamiento de esta entidad. Se le dio énfasis al enfoque legal, por lo que se partió del comentario de la Ley Orgánica y su Reglamento incluyendo, por su lógica importancia, el régimen disciplinario del abogado.

No perdemos la esperanza de que nuestro estudio, que ahora ponemos a disposición de los colegas, constituya algún aporte al conocimiento más cercano de la normativa jurídica del Colegio.

El presente trabajo consta de estas partes:

- A.—Comentarios sobre la Ley Orgánica del Colegio de Abogados
- B.—El Reglamento Interior del Colegio de Abogados
- C.—El régimen disciplinario interno

### A.—LEY ORGANICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS:

Se emitió mediante la Ley N° 13 del 28 de octubre de 1941. Tiene 42 años de existencia, lo que ha constituido un factor importante, entre otros, para la formación de distintas comisiones con el objeto de reformarla totalmente. La última de estas comisiones, fue integrada recientemente y produjo el proyecto de Ley Orgánica que estuvo en estudio en la anterior Junta Directiva del Colegio y que lo está actualmente por la presente Junta Directiva, la que integró una pequeña comisión de estudio de aquel proyecto, a la que pertenecen los licenciados Rodrigo Oreamuno y William R. Muñoz, expresidente y Presidente respectivamente, de la Junta Directiva del Colegio.

El proyecto de Ley de la Comisión, cubrió los siguientes puntos de interés más calificados.

I.—Que el Colegio sea de profesionales en derecho debidamente graduados en la correspondiente Universidad, con lo que se excluye, en cuanto a la formación de un colegio profesional, a quienes no reúnan esa calidad fundamental.

II.—El proyecto consta de nueve capítulos, que cubren como aspectos más importantes: su naturaleza, personalidad jurídica, sus órganos, el ob-



jeto, integración en la que se incluyen los Notarios pero, manteniendo el régimen disciplinario en la Corte Suprema de Justicia; se distingue entre graduación e incorporación; se regula la situación de los abogados extranjeros, así como los impedimentos para ser inscritos como abogados y quienes pierden la condición de miembros del Colegio.

III.—Se refiere a los derechos y deberes de los abogados.

IV.—Regula la máxima autoridad del Colegio, sea la Asamblea General señalando sus atribuciones y la ejecutoriedad de sus actos y la posible impugnación de los mismos.

V.—Junta Directiva: Señala su integración, atribuciones de la Junta misma y de sus miembros, retocando todos estos aspectos acorde con las nuevas necesidades del Colegio.

VI.—Comité Consultivo y Comisiones Especiales, se regula aquí y ya a nivel de la Ley Orgánica del Colegio, la existencia y conformación de las comisiones especiales y del Comité Consultivo.

VII.—Patrimonio del Colegio, contiene las disposiciones correspondientes a la Hacienda del mismo, es decir, a las fuentes económicas del Colegio.

VIII.—Seguridad Social, esta es la protección de la persona misma del Colegiado en vida, mediante los regímenes de enfermedad y maternidad, así como invalidez y vejez; como post mortis, pensando ya en la viuda y huérfanos.

IX.—Ejercicio Profesional y Régimen Disciplinario, se crea un Tribunal de Disciplina separado de la Junta Directiva, con apelación para ante ésta; se establece el elenco de sanciones que van desde la amonestación hasta la inhabilitación.

X.—Disposiciones Generales, en las que se mantienen las reglas actuales, sobre todo, en cuanto a la titularidad de los abogados para representar a las partes en los Tribunales de la República. Se regula la participación de los Estudiantes de Derecho, para evitar el ejercicio ilegal de la Profesión y se suprime completamente la figura de los Procuradores Judiciales y Bachilleres en Leyes. No se admite el bachillerato en leyes como autorizante para el ejercicio profesional; ésto sin perjuicio de que las facultades de Derecho otorguen ese título como de naturaleza académica.

#### EVOLUCION HISTORICA:

No queremos dejar de lado el punto relativo al nacimiento y fundamento histórico de nuestro Colegio. Sobre este tema, hemos tenido como

base el estudio realizado por tres ilustres juristas del país, señores Luis Demetrio Tinoco, Fernando Lara y don Fabio Fournier. (1)

Conforme a este estudio el Colegio fue constituido y organizado mediante el Decreto XXXIV de seis de agosto de mil ochocientos ochenta y uno, suscrito desde luego, por el designado en ejercicio del Poder Ejecutivo y el Secretario de Estado en el Despacho de Gracia y Justicia. Sin embargo, ya en el Reglamento de la Corte de Justicia aprobado por Decreto LIV de doce de noviembre de mil ochocientos cincuenta y siete, aparece un artículo, que lleva el número treinta y nueve, en el que se dijo: "mientras no haya Colegio de Abogados constituido especialmente, todos los profesores que hayan recibido sus licencias del Tribunal formarán un cuerpo de quien el Regente de la Corte será Decano"; y bajo el número cuarenta, otro artículo pone "a cargo de esta corporación el mantenimiento de la *Academia de derecho teórico-práctico*, cuyo presidente será nombrado por ella a pluralidad de votos cada año", y agrega que "ella formará asimismo sus estatutos y los de la Academia, y los presentará al Gobierno para su aprobación".

En aquel estudio, se destaca que consideran los juristas referidos, que fue el seis de agosto de mil ochocientos ochenta y uno, y no el doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, el día en que tomó vida el Colegio de Abogados. Se señala que la aseveración enfática contenida en la primera memoria que hemos logrado encontrar de las que el secretario de la corporación presentaba anualmente al "ilustre colegio", o sea la leyó el Licenciado don Rafael Montúfar en la sesión del 3 de setiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, en que dice:

"Al día cuatro de setiembre de mil ochocientos ochenta y tres, el Colegio de Abogados, creado en mil ochocientos ochenta y uno, pocas sesiones había celebrado. Confirma esa aseveración el Licenciado Ricardo Jiménez Oreamuno, miembro distinguido del Colegio que recibió el título de Licenciado en leyes el 8 de octubre de 1884, al expresar en un artículo publicado en el diario La Tribuna, el 12 de junio de 1935, que "por decreto del 6 de agosto (de 1881), se le dio vida al Colegio de Abogados". Agregan los abogados sobredichos, que su criterio se robustece, al no haber encontrado en las escasas publicaciones que aparecieron durante el período de 1857 a 1881, ninguna referencia que denote la existencia en el país de una corporación o Colegio de Abogados; y que, por el contrario, en el número 37 del tomo II de la revista "El Foro" que era "Órgano del Colegio de Abogados", correspondiente al 12 de noviembre de 1884, la reproducción de un discurso pronunciado por el Doctor don Antonio Zambrana" en el acto de la instalación del Colegio de Abogados, verificada el día 20 de agosto de 1881", y en los números anteriores y posteriores de la misma, constantes menciones a la activa participación del "Ilustre Colegio de Abogados", a partir cuando menos del 2 de setiembre de 1882,

(1) Ver nota de 17 de febrero de 1981, suscrita por esos tres abogados y que aparece en los archivos del Colegio.



en la preparación y elaboración final del Código Civil de 1887 (2), así como el diseño del sello oficial del Colegio, presentado a principios del mes de setiembre de 1884 y aprobado en la sesión del 24 de ese mes.

Todo lo anteriormente expuesto, sobre este tema, lleva a concluir a los juristas mencionados "que si bien pudiera haber existido una cierta asociación a agremiación de profesionales en Derecho a raíz de la promulgación del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia a mediados de noviembre de 1857, la creación efectiva del Colegio de Abogados vino como consecuencia del decreto de 6 de agosto de 1881, que más que "reglamento", es la "Ley Orgánica" de la Institución como se infiere de su mismo considerando. Este estudio, hizo que el 6 de agosto de 1981, se celebrara el centenario de la existencia del Colegio de Abogados de Costa Rica, aspecto que consideramos importante mencionar pues, al referirnos a la fecha de la vigente ley Orgánica del Colegio de Abogados, apenas retrocedemos al 28 de octubre de 1941.

#### ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS:

Como se dijo al principio de este pequeño trabajo, la Ley Orgánica en estudio data del 28 de octubre de 1941 pero, sus disposiciones con las observaciones hechas, son de plena aplicación en la actualidad. En su estructura, la Ley tiene nueve capítulos y cuarenta y tres artículos; adolece de títulos. En el capítulo primero señala los fines del Colegio, tales como promover el progreso de la ciencia del Derecho, cooperar con la Universidad para ese fin, dar opinión en materia de su competencia, cuando fuere consultado por alguno de los supremos poderes; promover y defender el decoro y realce de la profesión de abogado; mantener y estimular el espíritu de unión de los profesionales en derecho, que no es otra cosa que la solidaridad profesional; defender los derechos de los Abogados y gestionar todo lo que fuera necesario para facilitar y asegurar su bienestar económico; y decretar los auxilios que se estimen necesarios para proteger a los profesionales en desgracia. El artículo segundo de la Ley, señala quiénes forman el Colegio de Abogados, indicando desde luego, que son los abogados graduados e incorporados en el mismo.

Este artículo está directamente relacionado con el capítulo segundo, el que en los artículos 6, 7 y 8 detalla los derechos de los abogados frente a las Autoridades de la República, a la Universidad y a los funciones públicas, obligando a dichos entes, a ocupar en cualquier cargo o puesto solo a los abogados incorporados al Colegio; lo que implica la obligación de todo profesional graduado en Derecho a incorporarse al Colegio de manera forzosa para poder ocupar cargos públicos o privados y para el ejercicio liberal de la profesión en general.

(2) El Código Civil de Costa Rica fue promulgado el 26-04-1886, sin embargo, entró en vigencia el primero de enero de 1888, (cf. nuestro estudio, sobre la "Historia del Derecho Laboral en Costa Rica").

Nos vamos a detener en el campo de la colegiación obligatoria por la importancia que tiene el tema y con el objeto de destacar cuál ha sido la posición y las resoluciones más recientes de nuestros Tribunales y la Corte Suprema de Justicia. La Corte Plena en su sesión extraordinaria número 49 de 25 de agosto de 1955, resolución publicada en el Boletín Judicial de ese año, dijo en lo conducente:

"Ninguna de las leyes orgánicas que rigen el ejercicio de las distintas profesiones liberales que existen en el país obliga a sus afiliados a pertenecer o a mantenerse dentro de los respectivos Colegios; cada uno de los profesionales que viven en Costa Rica pueden, a su entera libertad, inscribirse, mantenerse o retirarse del respectivo Colegio, y eso es lo que garantiza la Constitución al decir "Nadie podrá ser obligado a formar parte de Asociación alguna, o sea, nadie podrá ser compelido por la fuerza o la autoridad a que entre o se afilie a tal o cual asociación". En esta sesión de Corte Plena, se agrega "por que en este caso, si por propia determinación y siendo capaz se afilia, entonces tiene que respetar y acatar las reglas o leyes que rigen la institución a la que ha querido pertenecer".

La resolución preinserta, en lo pertinente destaca con énfasis, la libertad pura de asociación que consagra el artículo 25 de la Constitución Política; sin embargo, veremos también en lo conducente la sentencia de la Sala de Casación número 186 de las 9:30 horas del 14 de noviembre de 1979, la que sin demérito de la indudable importancia de aquel artículo constitucional, da otro giro enderezando su atención en la importancia de los Colegios profesionales. Esta resolución, dice lo siguiente:

• "Al Estado le interesa que el ejercicio de las llamadas profesiones liberales se haga en forma eficiente, para garantía de la comunidad, de ahí que los Colegios Profesionales Universitarios son entes de utilidad pública, tanto por la forma en que se constituyen como por los fines de interés pública que se han tomado en cuenta para su organización. Sus fines principales son entre otros, velar por el correcto ejercicio de las profesiones, proteger y vigilar a sus miembros, mantener el decoro y dignidad profesionales, razón por la cual a sus órganos se atribuye potestad disciplinaria para corregir las faltas de sus integrantes, y de ese modo se delega en dichos órganos una parte del poder de policía o de vigilancia que es atribución del Estado (sentencia de casación de las 15 horas del 17 de junio de 1970, considerando quinto)".

El punto en cuestión, no quedó limitado a lo anteriormente expuesto, sino que la Corte Plena, en Resolución de las 13 horas del 22 de agosto de 1980, en lo pertinente señaló:



"Y es el interés público que está de por medio en el ejercicio general de las profesiones, interés que sirve de causa legítima a la intervención profesionalista del Estado, ante la necesidad de que esas profesiones se realicen por personas altamente capacitadas, es decir, con la aptitud que se deriva de los estudios universitarios y del título profesional obtenido en la forma que dispongan las leyes o los reglamentos".

El Juzgado Tercero Penal, en la Resolución de las 3 horas del 28 de abril de 1983, al resolver recurso de amparo interpuesto por un periodista y profesor de estado, contra los miembros de la Junta Directiva del Colegio de Periodistas de Costa Rica, dijo en lo que interesa:

"Es evidente que, al estatuirse en las diferentes leyes orgánicas de los Colegios profesionales las prohibiciones absolutas para el ejercicio de la profesión a personas que no tengan el respectivo título, obedece, en primer término a una lógica defensa del ejercicio profesional".

Esta misma resolución, está concebida y orientada, además de destacar la defensa del ejercicio profesional y el interés público de los Colegios Profesionales, lo que dice con meridiana claridad en el párrafo que a continuación transcribo: "La defensa de los intereses gremiales, y, la específica regulación del ejercicio de una actividad profesional está confiada a los respectivos colegios profesionales, en cumplimiento de sus leyes orgánicas, mientras que las condiciones, y los demás requisitos que deben cumplirse para que se otorgue un respectivo título profesional, es competencia de las respectivas universidades y de los organismos públicos encargados de supervisar su labor, en cumplimiento de las leyes, reglamentaciones, ordenanzas y otras disposiciones que las rige"; también tiene como propósito el destacar *la libertad de trabajo* consagrada en el artículo 56 de la Constitución pues, el recurso de amparo a que alude dicha sentencia, contempla la situación inversa a la comentada en líneas antecedentes, valga decir, al derecho que tiene todo profesional debidamente graduado como tal, a ser admitido, incorporado y registrado en el correspondiente colegio.

En este caso el periodista era graduado de la UACA y el Colegio de Periodistas, en términos generales y por razones que no son del caso comentar, consideró no aceptable su incorporación al mismo. Sobre este punto concreto aquel fallo dijo en lo que importa para este comentario:

"Nuestros constituyentes, al debatir sobre la incorporación del actual artículo 56 de la carta magna, expresaron en aquella oportunidad, que se hacía necesario, más que nunca, consagrar el precepto de que el Estado garantiza, sin obstáculos, la libre elección de trabajo... La jurisprudencia patria ha expresado que "se hace en ese artículo constitucional una doble declaratoria: una, de la de que el

trabajo es un derecho del individuo y la otra, la de que el Estado garantiza el derecho a la libre elección de trabajo, que en su conjunto constituyen la denominada "libertad de trabajo" y que se instituye como un derecho constitucional susceptible de ser invocado contra cualquier abuso o limitación que pretenden imponer las autoridades... Resulta, entonces cierto que el artículo 56 constitucional consagra un derecho público subjetivo en favor de toda persona por lo que puede ser protegido por la vía del amparo..." (así resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 15 horas del 5 de mayo de 1981; de las 15 horas del 26 de mayo de 1981; y de las 15 y 30 horas del 12 de enero de 1982)".

Por último, la resolución de ese Tribunal Penal, concluyó: "También es cierto, que compete a la Junta Directiva del Colegio de Periodistas admitir o no la colegiatura de un egresado de un centro de educación superior; sin embargo, esa decisión debe ajustarse al ordenamiento jurídico, y el no hacerlo, lesiona los intereses del recurrente, quien estando a derecho y habiendo cumplido con todos los requisitos legales y reglamentarios, no es admitido al gremio profesional de los periodistas, impidiéndole ejercer la profesión para la cual optó últimamente, acto que debe considerarse contrario a lo dispuesto por el artículo 56 de la Constitución Política". Esta última conclusión de ese Tribunal consagra directamente el derecho a la libre elección de trabajo, pero también conlleva la afirmación indirecta de que un profesional en Costa Rica no puede ejercer su profesión sin la colegiatura, es decir, sin haberse incorporado al respectivo colegio.

#### *Juntas generales del Colegio*

Como puede observarse, en esta Ley se le da el nombre al Capítulo Tercero, y en el artículo 10, entre otros, a la Asamblea General del Colegio de Junta General, que es un término, solo usado, para otros fines en el presente en nuestro país. Establece la obligatoriedad de celebrar una Asamblea ordinaria en la primera semana del mes de diciembre de cada año<sup>(3)</sup> debiendo publicarse la correspondiente convocatoria. En esta Asamblea se elige la Junta Directiva del Colegio cuyos miembros duran en sus funciones dos años, salvo el Fiscal, que tiene un período de un año y son renovados por mitades, de manera que cada primera semana de diciembre se elige una mitad de la Junta Directiva que entra en funciones en enero del año inmediato siguiente y sale, o termina su período la otra mitad, así es que ninguna papeleta puede tener el total de los miembros de una Junta Directiva, porque siempre tendrá que compartir su ejercicio con la mitad de la Junta Directiva anterior. Desde luego, que se pueden celebrar las Asambleas Generales Extraordinarias que se crean convenientes con solo convocarlas conforme a la Ley.

(3) El Reglamento Interior (Decreto N° 20 de 17 de julio de 1942, en su artículo 38, reformado por Decreto N° 84 del 23 de diciembre de 1965) establece el deber de celebrar otra Asamblea General en la primera quincena del mes de noviembre para conocer del informe del Presidente de Junta Directiva, del presupuesto de gastos, y en general de los actos de Gobierno de la Junta Directiva.



El Capítulo Cuarto señala la integración de la Junta de Gobierno o Directiva, y dice en el artículo 13 que se compone de un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, un Prosecretario, un Fiscal, un Tesorero y cinco Vocales. En el artículo 14 se obliga a la Junta Directiva a sesionar una vez por semana en forma ordinaria y extraordinariamente cuando se necesite.

El quorum es de cinco miembros y los acuerdos se toman con la mayoría de los votos presentes y si existiera empate resuelve el Presidente, quien tiene doble voto. En general, señala el artículo 16 como atribuciones de la Junta Directiva.

- 1.—Convocar a las asambleas ordinarias y extraordinarias;
- 2.—Integrar la Asamblea Universitaria y concurrir a todas sus reuniones;
- 3.—Elegir las materias que han de ser objeto preferente de investigación y debate de las reuniones académicas del Colegio;
- 4.—Dirigir sus publicaciones periódicas y subvencionar las que estime convenientes para el desarrollo y difusión del Derecho;
- 5.—Examinar las cuentas de la tesorería;
- 6.—Acordar todo gasto extraordinario;
- 7.—Promover congresos jurídicos nacionales y centroamericanos y favorecer el intercambio intelectual entre los abogados nacionales y los de las demás naciones americanas;
- 8.—Administrar el fondo de pensiones y la mutualidad;
- 9.—Conocer de las renunciaciones de cualquiera de sus miembros;
- 10.—Formular el presupuesto de gastos para el año inmediato; y presentarlo a la Asamblea para su examen y aprobación;
- 11.—Conocer de las faltas de los miembros del Colegio en la forma que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de las que cometan los empleados y demás funcionarios del Colegio y aplicar las sanciones correspondientes;
- 12.—Nombrar los funcionarios que las leyes y reglamentos dejen a su cargo designar, no pudiendo recaer esos nombramientos en alguno de sus miembros, salvo que la ley así lo indique;
- 13.—Nombrar los vocales correspondientes que en las cabeceras de provincia representen a la directiva y sirvan de medio de comunicación para con los miembros del Colegio de la correspondiente provincia;
- 14.—Examinar la memoria de la labor de Junta Directiva que formulará el Secretario y presentará a la Asamblea;
- 15.—Las demás funciones que la ley y los reglamentos señalen.

El capítulo V, se refiere íntegramente a las funciones de los miembros de la Junta Directiva, aunque si se observa con detenimiento, solo desglosa las funciones del Presidente, del Fiscal, del Tesorero y del Secretario ya que, los otros son sustitutos de éstos, a saber: El Vicepresidente del Presidente y en su defecto, éste es sustituido por cualquier vocal en el orden de su nombramiento; el Prosecretario hace las ausencias y auxiliará al Secretario cuando hay exceso de trabajo; y los Vocales en caso de impedimento o falta accidental del Fiscal, del Tesorero, del Secretario y del Prosecretario, harán las veces del ausente o impedido.

El Capítulo VI, alude a los fondos del Colegio, señalando como tales:

a) La cuota de colegiatura, que al presente está en la pequeña suma de cien colones y que debe ser aumentada pues, el Colegio da a cada uno de sus agremiados en beneficios al equivalente aproximado de trescientos colones; desde luego, que también pueden establecerse contribuciones extraordinarias a cargo de los miembros del Colegio, sistema que fue usado por la anterior Junta Directiva aumentando en forma transitoria la cuota a doscientos colones;

b) Las donaciones que se hagan al Colegio;

c) Las multas que se impongan disciplinariamente por el Colegio o por los Tribunales de Justicia a los profesionales en derecho o a las partes litigantes;

ch) Las subvenciones que acuerde a su favor la Universidad de Costa Rica.

Es interesante subrayar que el artículo 24 de la Ley en estudio, señala el porcentaje, que se aplicará al fondo de mutualidad, con el objeto, de garantizar, que dicho fondo solo será utilizado en la protección del abogado para después de su muerte. El resto de la cuota, debe ser utilizado en los gastos comunes del Colegio. El artículo 25, establece el orden de prioridades, aunque podría ser utilizado el fondo de mutualidad, cubriendo tal vez, en una forma empírica, la protección del abogado también en vida, como es lo propio según nuestro criterio, tanto en caso de enfermedad como en cuanto a otra circunstancia muy calificada, que nosotros interpretamos, como situaciones de invalidez permanente, vejez o pobreza extrema. Este artículo 25, también tiene de interesante que permite a la Asamblea General Extraordinaria convocada al efecto, para aumentar la cuota, sin reforma legal. También tiene de particular, ese texto legal (párrafo tercero), la protección que señala para el fondo y las cuotas de mutualidades pues, prohíbe su venta, traspaso, enajenación o gravamen, así como su persecución por acreedores, excepto los alimentarios, en el tanto que determine el Código de Trabajo. De no haber herederos la cuota queda a beneficio del fondo. Es el Instituto Nacional de Seguros, quien en la actualidad maneja el fondo de mutualidad; también lo hacía, con una póliza colectiva que pagaba el Colegio denominada *gastos médicos mayores*, pero al presente, el sistema de gastos médicos o subsidios, para el caso de enfermedad, los maneja directamente el Colegio, por medio de la Comisión pertinente y, en cumpli-



miento del Reglamento que aprobó recientemente la Asamblea General. Valga la oportunidad para mencionar, que se está haciendo el estudio actuarial que corresponde, según las necesidades y posibilidades del Colegio, para en forma sistematizada, otorgar una pensión o jubilación al colegiado, que reúna los requisitos de vejez o bien de invalidez; tal cosa, ameritará el aumento de la cuota de colegiatura; esto sin perjuicio de otros proyectos de diversos órdenes que tiene la Junta Directiva.

En el artículo 26 de la ley, quedan especificados los casos en que se permite no contribuir para el fondo de mutualidad y subsidios, conservando todos sus derechos, que son solo dos:

- 1º) Los abogados mayores de setenta años; y
- b) Los abogados a quienes la Junta Directiva conceda esa gracia en atención a dificultades económicas. También, existe penalidad por incumplimiento en el pago de las cuotas, que va del apercibimiento a la suspensión del ejercicio de sus funciones; lo que puede hacerse directamente por la Junta Directiva, cuyo acuerdo, no tiene recurso alguno y que se publicará en el Boletín Judicial.

El capítulo VIII, referente al Comité Consultivo y al Tribunal de Honor, solo lo comentaré en cuanto al primero, no así respecto del segundo punto, que será analizado, por la señora Fiscal del Colegio.

Básicamente al Comité Consultivo se le asigna la obligación de externarle su criterio a la Junta Directiva del Colegio cuando alguno de los Poderes de la Nación, particulares o corporaciones, solicite su opinión acerca de alguna cuestión o controversia jurídica. Cabe hacer notar que este artículo 30 de la Ley Orgánica es más amplio que el número 1º, inciso 3º, que señala como uno de los objetos del Colegio, dar opinión en materia de su competencia, cuando fuere consultado por alguno de los Supremos Poderes, ya que, se faculta al Colegio para externar criterio, oyendo de previo al Comité Consultivo, incluso en caso de que le solicite su opinión por corporaciones o particulares.

Este comité está formado por tres abogados, escogidos de una lista de 12 jurisconsultos que formará cada año la Junta Directiva del Colegio, residentes en el país, que tengan alguna de las siguientes condiciones:

- 1º) Ser mayor de cincuenta años;
- 2º) Desempeñar o haber desempeñado en propiedad una de las cátedras de la Escuela de Derecho, o haber sido durante un período, Presidente del Colegio de Abogados, o ser publicista sobre cuestiones de derecho, o autor de obras jurídicas, o ser o haber sido miembro de los Supremos Poderes;
- 3º) Ser de competencia profesional y honorabilidad notoria, y tener por lo menos 10 años de práctica. El cargo de consultor es honorífico pero,

los dictámenes podrían ser remunerados por excepción. El trámite de los dictámenes si hubiere varios, lo regula también la Ley. Hay un aspecto interesante que deseo comentar en el artículo 36 de la Ley, y es que con independencia de la aplicación del régimen disciplinario, el Presidente puede mediar cuando tiene conocimiento de que existe entre dos abogados un conflicto que pudiere originar un incidente personal, para que la querrela sea resuelta por un Tribunal de Honor y señala el procesamiento para ello.

En esta forma, queda muy someramente comentada la Ley Orgánica del Colegio, en la inteligencia de que se ha omitido según el propio parecer del suscrito, lo que consideró intrascendente y se destacó aquellos puntos que consideramos de interés para nuestros estimables Colegas representantes de los Colegios de Abogados de los hermanos Países Centroamericanos y Panamá.

## B.—EL REGLAMENTO INTERIOR DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Dentro de este estudio de la normativa que regula la actividad de los abogados, resulta necesario también hacer un análisis del funcionamiento tanto efectivo, real como legal del Colegio de Abogados de Costa Rica, a través de su Reglamento Interior, promulgado mediante Decreto Ejecutivo del 17 de julio de 1942. Como podrá observarse, este cuerpo de normas ya con más de 40 años de vigencia, viene a reglamentar y desarrollar una serie de disposiciones de la Ley Orgánica del Colegio.

El Reglamento consta de 126 artículos y su estructura jurídica puede subdividirse en los siguientes campos fundamentales de acción definitiva:

- 1.—Definición del Colegio, de sus órganos y de sus símbolos.
- 2.—Regulación general del Abogado, sus funciones, régimen de inscripción o registro y del uso de su firma;
- 3.—Regulación de las Asambleas Generales de Abogados y su funcionamiento;
- 4.—Regulación de la Junta Directiva del Colegio, organización y funcionamiento;
- 5.—Regulación del Comité Consultivo del Colegio;
- 6.—Regulación del Tribunal de Honor y trámite de quejas;
- 7.—Regulación de la tarea de la difusión de las Ciencias Jurídicas; y
- 8.—La normativa relacionada con los subsidios y las finanzas del Colegio.



Trataremos de enmarcar el análisis del Reglamento, siguiendo en lo posible esta estructura y tomando en cuenta que algunos otros aspectos han sido tratados al analizarse las disposiciones de la Ley Orgánica y las del Régimen Disciplinario:

### 1) DEFINICION DE LA NATURALEZA DEL COLEGIO:

Si bien la Ley Orgánica fue omisa en este importante aspecto más típico de una ley general y no de una regulación secundaria, el Reglamento sí vino a establecer tal conceptualización.

Se le define a la entidad como "una corporación pública formada por los Abogados graduados en Costa Rica y por los incorporados a él, de acuerdo con las leyes y tratados correspondientes".

Como ente público, está sometido a las leyes generales de la Administración Pública, tales como Ley General de Administración Pública y Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo. Los actos que emanan de los órganos del Colegio de Abogados son actos administrativos, sujetos consecuentemente al régimen de recursos internos (revocatoria y apelación para ante la Asamblea General de afiliados) y al control jurisdiccional.

### 2) REGIMEN DE DESCRIPCION:

Es importante hacer notar en cuanto a los miembros del Colegio, que antes de proceder a la incorporación al mismo, deben graduarse en alguna Universidad reconocida costarricense, o bien equiparar sus estudios hechos en Universidad extranjera, de acuerdo con tratados vigentes en la oficina correspondiente de la Universidad de Costa Rica.

### 3) ORGANOS DEL COLEGIO:

Los órganos del Colegio son de dos clases a nuestro juicio:

- a) Los administrativos-deliberativos y *Junta de Gobierno*
- b) Los consultivos y disciplinarios. *Comité Consultivo y el Tribunal de Honor*

La Ley Orgánica menciona claramente a los primeros, sean los administrativos en su artículo 5º al decir que "el Colegio ejerce sus funciones por medio de Juntas Generales y de una Junta de Gobierno". Sin embargo, esa Ley también habla del Comité Consultivo y del Tribunal de Honor en los artículos 30 a 39, pero como órganos accesorios de mucha relevancia en el funcionamiento real de la entidad. Estos últimos vendrían a constituir la segunda categoría dicha.

La Junta General o Asamblea de Abogados como efectivamente se les llama actualmente, se verifican ordinariamente en número de dos cada año: una en la primera quincena del mes de noviembre para tratar del informe del Presidente sobre actividades generales; lectura y aprobación del Presupuesto anual; lectura y aprobación de la cuenta general, de gastos del año anterior; examen de actos de gobierno de la Directiva así como quejas contra sus miembros y asuntos de interés general.

La otra Asamblea debe celebrarse el primer sábado de diciembre de cada año para elegir miembros de Directiva, bajo el sistema de sufragio directo y secreto.

Como aspectos de interés sobre estas Asambleas, aparte de lo ya señalado al hacerse el análisis de la Ley Orgánica, debemos mencionar que, en las Asambleas, tienen voz y voto todos los abogados inscritos que se hallen presentes, lo que excluye el voto por representación; las sesiones son públicas a no ser que la misma asamblea las declare secretas. Sus acuerdos y resoluciones se toman por mayoría relativa de votos.

La Junta Directiva aparte de las atribuciones señaladas por el artículo 16 de la Ley Orgánica, el Reglamento le atribuye las siguientes:

- 1) Decidir las dificultades que surjan acerca de la inscripción de un abogado;
- 2) Velar por la conducta de los Abogados en el desempeño de su profesión y ejercer la vigilancia que el honor y los intereses del gremio hagan necesaria;
- 3) Evitar que no se ejerza la profesión por las personas no autorizadas para ello;
- 4) Administrar los fondos del Colegio;
- 5) Remover a los funcionarios de su nombramiento y a los empleados sub-alternos;
- 6) Promover ante los Supremos Poderes y autoridades cuando se considere beneficioso para los intereses del Colegio;
- 7) Defender cuando se considerara justo y procedente, a los miembros del Colegio si fuesen molestados o perseguidos en el ejercicio de su profesión;
- 8) Ejercer la jurisdicción correccional y disciplinaria sobre todos los funcionarios, empleados y abogados; y
- 9) Determinar las demostraciones que correspondan cuando falleciere un miembro del Colegio.



Podemos notar que dentro de estas atribuciones, las hay relacionadas con la función del Colegio respecto de las Instituciones de gobierno, tales como las enunciadas en los numerales 2), 6) y 7). También tenemos funciones ligadas al "status", profesionalismo y decoro de sus agremiados, como lo son las enumeradas con 2), 3), 7), 8) y 9).

La indicada bajo el número 8, tiene gran importancia en cuanto a la relación del Colegio con los ciudadanos, ya que es la que permite a la Directiva, el ejercer el régimen correccional y disciplinario, por actuaciones, incorrectas, dolosas y torcidas de parte de los abogados, en sus actuaciones profesionales y de su vida privada, que afecten a terceros.

Sobre la integración y funcionamiento de esta Junta, al discutirse los aspectos de la Ley Orgánica se ha hecho el análisis correspondiente. Sin embargo, debemos hacer resaltar un aspecto interesante del Reglamento, que está vinculado a dicho funcionamiento. Nos referimos al artículo 58, que prohíbe a los miembros de la Directiva, el excusarse de votar en los asuntos que sean de su conocimiento, con la excepción única en aquellos casos en que el directivo tendría motivos de impedimento o recusación, para el caso de que estuviera desempeñando la función de Juez. Tal como lo manifestamos líneas atrás, las resoluciones de la Junta Directiva tiene recurso de revocatoria y el de apelación para ante la Asamblea General. Los recursos deben ser autenticados por algún abogado miembro del Colegio, y presentados dentro del término indicado por los artículos 4º, 12 y 41 de la Ley Orgánica del Colegio.

El Comité Consultivo, que es uno de los dos órganos no administrativos o ejecutivos de la entidad, está integrado por doce juriscultores residentes en el país que reúnan alguna de las siguientes condiciones:

a) Desempeñar o haber desempeñado en propiedad una de las cátedras de la Escuela de Derecho. Cabe aquí señalar, que cuando se promulgó este Reglamento, solo existía una Escuela de Derecho en el país, siendo esta la de la Universidad de Costa Rica. Actualmente, al haberse autorizado el funcionamiento de la Universidad Autónoma de Centroamérica (UACA), han surgido varias Escuelas de Derecho que están graduando Abogados, por lo que lógicamente habría que interpretar que el requisito se refiere a cualesquiera de esas facultades.

b) Haber sido siquiera durante un período, Presidente del Colegio. Por esta vía, la Junta Directiva puede nombrar como parte de los doce Abogados del Comité a ex-presidentes del Colegio, que no hay duda, son profesionales destacados, por lo general con gran experiencia jurídica y de gran probidad intelectual.

c) Ser publicista sobre cuestiones de derecho o autor de obras jurídicas. Este requisito pretende incentivar a aquellos profesionales de nuestra Ciencia, que se dedican a la investigación, escribiendo y produciendo obras de Derecho y artículos o ensayos que ayudan a promover el desarrollo de las ciencias jurídicas.

d) Por último, señala el Reglamento como condición alterna, el ser o haber sido miembro de los Altos Poderes de la República.

No es necesario según el Reglamento el que concurren los cuatro requisitos; basta que se dé uno de ellos más el hecho de ser residente en el país, para poder calificar como candidato y miembro del Comité Consultivo.

Es función primordial del Comité, el evacuar consultas sobre temas jurídicos y de interés nacional, que le sean presentados al Colegio.

Para esto, la Directiva, puede integrar grupos de tres miembros de ese órgano, a fin de que rindan dictamen. Sin embargo, la Junta Directiva no está limitada en dicho escogimiento a los integrantes del Comité, ya que según el artículo 64 del Reglamento, puede hacerlo seleccionado libremente del seno de los afiliados del Colegio, a tres abogados que tengan alguna de las condiciones o requisitos antes expuestos. Se quiere con esto, dotar al órgano directivo de más flexibilidad en el manejo del sistema de consultas. Estas consultas y solicitudes de opiniones, son cada vez más frecuentes y provienen de particulares, gremios, sindicatos, universidades, entes corporativos, municipalidades, cámaras patronales y otros Colegios de profesionales sin ser esta enumeración taxativa.

Si bien el Comité no es un órgano ejecutivo o administrativo, de acuerdo al artículo 65 del Reglamento, el cargo se establece como obligatorio, con la excepción dicha para los miembros de la Directiva, para los casos en que de ser Juez, tendrían motivo de impedimento o recusación o en los que no pueda intervenir por su condición de funcionario judicial.

Los dictámenes del Comité Consultivo de acuerdo a los artículos 34 y 35 de la Ley Orgánica, son vinculantes para el Colegio, una vez que han sido conocidos por la Junta Directiva y aprobados por la Asamblea General. Sin embargo, en la práctica, debemos aclarar, existen opiniones vertidas por miembros del Comité, o bien por otros abogados afiliados, que son tomadas como adecuadas y buenas por el órgano director sin la necesidad de convocatoria a Asamblea General.

En cuanto al Tribunal de Honor, al que se refiere la Ley Orgánica en sus artículos 36 a 39, el Reglamento indica que la Junta Directiva, lo integrará casuísticamente, sea ante caso concreto integrándose por el Presidente del Colegio, y dos abogados sorteados de la lista de miembros del Comité Consultivo, o bien en casos especiales, seleccionándolos libremente de los abogados miembros de la entidad. Como Secretario del Tribunal pero sin voto, actuará el Secretario de la Junta Directiva del Colegio.

El objetivo fundamental de este alto e importante Tribunal, según el Reglamento, mediar a instancias del Presidente, en los conflictos capaces de originar un incidente personal o en las diferencias profesionales graves que surjan entre dos colegas o entre un abogado y un particular. Debemos aclarar que las gestiones no son de simple mediación o conciliación sino



que puedan llegar al típico arbitraje, según lo establece el artículo 36, párrafo tercero de la Ley Orgánica, siempre que la otra parte acepte someterse a este procedimiento. El fallo del Tribunal según esa Ley, es obligatorio para el Abogado o abogados.

Lo concerniente a trámite de quejas, que está regulado en el Reglamento, será objeto de análisis posterior en este trabajo.

#### 4) DIFUSION DE LAS CIENCIAS JURIDICAS:

Queda para concluir el análisis de lo tocante a la *difusión de las Ciencias Jurídicas*, que es materia de mucha relevancia y actualidad.

Debido al crecimiento poblacional de Costa Rica, el surgimiento de nuevas Escuelas de Derecho, la complejidad de los problemas sociales y económicos, este objetivo del Colegio incluido en la Ley Orgánica y ratificado y desarrollado en el Reglamento, adquiere hoy una importancia inusitada. La tarea en este sentido de nuestro Colegio y nos atrevemos a decir de todos los Colegios de Abogados, debe ser reestudiada y revitalizada. El proceso de difusión de nuestra Ciencia debe adquirir prioridad especial dentro de los programas y presupuestos de nuestros gremios, ya que solo así, conjuntamente con la labor formativa y académica de las Universidades, podemos mejorar o al menos mantener, un buen nivel de profesionalismo, seriedad y honestidad de parte de los abogados. Este esfuerzo por la difusión y el engrandecimiento de la Ciencia del Derecho debe orientarse no solo a los Abogados por graduarse sino también, a los que en algún plano de la vida nacional practican el derecho, como litigantes académicos, jueces o funcionarios de la administración pública.

Debe tender este esfuerzo también a alcanzar una importante meta cual es la de determinar en forma constante, el grado de acierto y bondad de la "realidad positiva" o realista legal, de la "realidad efectiva"; todavía más, esta constante inquietud, debe no solo contrastar lo legal con lo real y efectivo, sino lo *normativo positivo* con lo *normativo deseado* esto último ya en plano de la axiología jurídica y del campo de los valores.

Resulta difícil pensar hoy día que el desarrollo y el engrandecimiento de la Ciencia Jurídica por parte de los Colegios de Abogados pueda cuajar y surtir efectos positivos, si tomamos en cuenta la problemática social, económica y política centroamericana y del mundo en general. A la angustia económica y la lucha por sobrevivir del ciudadano, se le suma en muchos casos del desbordamiento de la autoridad, el abuso del poder y la arbitrariedad por parte del Gobernante.

La violación de la autonomía universitaria y de la imprescindible independencia del poder judicial, son también circunstancias que muy a menudo se producen en nuestro ámbito geográfico.

De allí entonces que debamos los abogados redoblar esfuerzos y revisar estrategias; mantenerse sumamente celosos y observadores de los problemas que afectan a nuestra vida social e institucional, a fin de denunciarlos cuando los mismos se estén gestando y oponerse a ellos en forma decidida y valiente, cuando ya han causado estragos en la vida jurídica y lo que es peor en la vida humana.

#### C.—EL REGIMEN DISCIPLINARIO INTERNO

Dentro de las grandes responsabilidades que ha asumido el *Colegio de Abogados de Costa Rica*, está indiscutiblemente la de velar por el sano ejercicio de la profesión adoptando para ello una normativa que, en general hemos denominado *Código de Moral*; el cual está dividido en dos partes a saber: La primera que contiene los principios generales que el profesional en Derecho debe cumplir en el ejercicio de su profesión y en su vida privada; y la segunda que se subdivide a su vez en cinco capítulos, cada uno de los cuales detalla en forma pormenorizada los distintos tipos de relación que se dan entre: Los Abogados entre sí, de estos con sus clientes y con los funcionarios judiciales y en la vida privada. Además contempla esta segunda parte, un capítulo que tiene que ver exclusivamente con la aplicación de las sanciones.

Antes de que analicemos cada una de las partes referidas, hemos de hacer una aclaración obligatoria: tanto nuestra Ley Orgánica como el Código de Moral y el Reglamento Interior datan de la década de los años cuarenta, y permanecen inalterados a excepción de la adición que le hizo la Junta Directiva el 5 de junio de 1961 respecto al artículo cuarenta y cinco que contempla la prescripción de la acción disciplinaria. Esta es la razón por la que, en la parte de los principios generales y en los capítulos correspondientes a la tipificación de las diversas conductas e interrelaciones referidas en el párrafo anterior, el Código use la denominación de "Bachilleres en Leyes" que obedeció a la circunstancia de que, un grupo reducido de agremiados obtuvieron la colegiatura sin haber rendido los exámenes finales ante la Universidad de Costa Rica, por lo que conservaban válidamente el grado de Egresados, quienes mediante un acuerdo del Consejo Universitario de la precitada entidad, lograron la calificación de "Bachilleres en Leyes", lo cual les abrió el derecho de colegiarse. El aludido acuerdo exigió que, para optar por el grado de Bachiller se debía contar con un mínimo de veinte años de ejercicio continuado de la disciplina del derecho, e igual número de años de egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En consecuencia, en lo sucesivo para efectos de esta ponencia, hablaremos únicamente de *Abogados*.



Se recogen en esta primera parte, los principios generales que orientaron toda la vida anterior del Colegio de Abogados, que de alguna manera habían formado nuestras costumbres. Posteriormente el Código individualiza conductas, actos y relaciones concretas asignando sanciones específicas pero siempre tomando como base estos principios generales. Tan importante y rica en esta delimitación de parámetros de actuación, valga decir de principios generales que, todos los que tenemos o han tenido el privilegio de servir en el Tribunal de Honor del Colegio sabemos que, a falta de normas expresas en los capítulos subsiguientes, con frecuencia se recurre a esta primera parte en procura de un principio o norma general de conducta allí referida para resolver un caso concreto. Esta basta enunciación de principios arranca con la vida privada del Abogado de manera que no puede éste infringir las normas del honor y la delicadeza que caracterizan a todo hombre de bien. Exige lealtad y buena fe, por tanto el abogado es un consejero que no puede recomendar la comisión de actos fraudulentos y está siempre obligado a decir la verdad; antes que su interés está el de su cliente. Por máxima constante en este capítulo se impone al abogado, la actuación honorable, la observancia minuciosa del régido decoro, sintetizando con ello el maximun de rigor moral que debe privar en su actuación en general.

El respeto a la Ley y a las autoridades constituidas, la moderación que debe observar ante ellas en sus intervenciones orales o escritas, no siendo procedentes la violencia, el sarcasmo o la vejación inútil del contrario. En el debate debe ser serio, sincero y leal, razones por las que el Código le da amplia potestad al Abogado para aceptar o rechazar asuntos, pero una vez aceptados está en la irrenunciable obligación de actuar con celo en la defensa de su cliente, pero debe oponerse a las incorrecciones de éste, y cuando no pueda disuadirlo de ellas debe apartarse de su defensa, debe dirigir y no seguir la pasión del litigante, sólo la causa justificada lo exime de tal obligación, pero su separación no podrá ser nunca intempestiva. Tampoco puede asegurarle a su cliente que la tesis que defiende triunfará con toda certeza en estrados, ni sustituirse por otro profesional en la dirección del pleito sin previa autorización de su cliente. Nunca puede tratar con el adversario de éste, si no es por medio del Colega que lo dirija, y en todo caso si tiene que hacerlo debe informar a aquél en forma inmediata. El abogado debe prestar todo tipo de apoyo a las autoridades que administran justicia, pero en completa independencia de éstas, pues es un auxiliar de la judicatura y no un subordinado de ésta. La sentencia debe ser expresión de la verdad demostrada en juicio, por ello el abogado no debe ejercer influencia hacia el Juez, jactándose de su posición social, política o económica, ni debe con ese objeto solicitarle citas, entrevistas o conversaciones, ni ofrecer pago ni dádivas de ninguna especie. Esto implica además deslealtad para con el Abogado contrario hacia quien debe impedir todo tipo de maledicencia, norma ésta que es aplicable hacia el gremio en general, al cual cada abogado en particular debe confianza, lealtad y benevo-

lencia que en ningún momento significa pasividad hacia aquellos agremiados cuya conducta es moralmente reprochable, pues solidaridad significa dentro de éste contexto, vigilancia permanente en el cumplimiento de la moralidad y el decoro.

En publicidad el colegiado solamente puede dar noticia de su dirección y teléfono debiendo abstenerse de realizar publicaciones excesivas o llamativas, y no le es permitido llevar a la prensa, en forma directa o indirecta, valiéndose de la firma de su cliente o de terceras personas, asuntos que encuentran sub iudice.

No le es permitido la asociación con terceros no profesionales con el único propósito de conseguir asuntos y está obligado al cumplimiento estricto de las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión. Debe reconocer su responsabilidad cuando resultare negligencia, error inexcusable, o dolo y allanarse a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por motivo de su actuación.

El secreto profesional es un deber y un derecho. Deber frente al abogado mismo, derecho respecto de los jueces. Su violación sólo se justifica en el caso de defensa personal cuando sea objeto de persecución por su cliente, en cuyo caso podrá referir hechos que tengan que ver exclusivamente con los hechos de su defensa, y exhibir documentos que le hubieron sido entregados con motivo de la dirección del asunto a que se contrae la acusación. El secreto profesional cubre todo tipo de confidencias que el Profesional conozca en razón de su ministerio.

En lo que atañe al cobro de honorarios el profesional en derecho debe procurar el mayor acierto evitando error por exceso o por defecto de manera que su dignidad no resulte comprometida. Debe existir una correcta relación entre lo cobrado y el servicio que le presta al cliente, relación que resulta de la conjugación de los siguientes elementos: importancia y cuantía del asunto, éxito obtenido, dificultad y novedad de las cuestiones debatidas, experiencia y especialidad profesional, situación económica del cliente, si el trabajo es aislado o hay una relación de servicio, tiempo empleado y responsabilidad que podría acarrear el abogado de la dirección del asunto.

#### Análisis de las relaciones de los abogados entre sí

En este capítulo en que se regulan y tipifican las relaciones de los abogados entre sí, nuestro Código de Moral establece como máxima sanción disciplinaria. La suspensión en el ejercicio de la profesión por seis meses, y como mínimo amonestación.

Esta última se impone por lo general en forma privada contrariamente a los casos de suspensión en que se ordena la publicación en el Diario Oficial La Gaceta.



Se incluyen aquí por ejemplo las correcciones disciplinarias que tienen que ver con actuaciones como: Las injurias y calumnias proferidas en contra de un colega, el uso de términos despectivos o irrespetuosos, el ataque de obra, la autenticación de firma falsa, el patrocinio para que personas no autorizadas ejerzan el derecho, la sustitución de un profesional en la dirección de un asunto, la censura hacia la actuación de un Colega en un asunto, proporcionando oficiosamente información con el ánimo de procurarse la dirección del mismo, la transacción extrajudicial de un negocio sin el concurso del abogado de la contraria.

A grandes razgos las conductas descritas son las que podemos asegurar se encuentran tipificadas en esta parte, sin embargo, tal como lo dijimos al hablar de la parte general, el Código previendo que la tipificación de conductas pudiere en algún momento acusar algunas, nos da una norma general que es el inciso II del artículo 35 que a la letra dice:

"II. En general con amonestación, cuando en sus relaciones mutuas, los profesionales en derecho faltaren a la lealtad más cabal y a la debida consideración en el trato, ya sea éste de palabra o por escrito, en forma o con ocasión no previstas en alguna de las disposiciones del presente Código."

De modo que, todo aquello que no aparece bajo la enunciación de las conductas descritas en lo que se refiere a las relaciones de los abogados entre sí, debe ser resuelto a base del precitado inciso y de los principios de la primera parte.

#### *Análisis de las relaciones de los abogados con sus clientes*

Nuestro Colegio de Abogados desde el inicio de su historia, es consciente de que en primer lugar es una entidad pública, en esa misma medida está obligada a satisfacer un interés y un servicio público. En efecto, el derecho gravita en todos los órdenes de la vida ciudadana. La sociedad permite al abogado ejercer a base de un instrumento que en manos de inescrupuloso producirá a no dudarlo un daño de incalculables proporciones; y que sabiamente orientado, dirigido y vigilado puede convertirse en elemento de cambio y de bien social. Esta preocupación fundamental de que el abogado y derecho deben estar al servicio de las más justas causas, adquiere sentido real en el código de comentario cuando establece como obligación primordial del abogado, el cumplimiento y acatamiento de la legislación vigente, el respeto al régimen Institucional y la búsqueda de un justo medio en todas las redlaciones imaginables. Se regulan aquí las relaciones entre el abogado y sus clientes, de un ámbito particularísimo del que hablamos en el capítulo primero, pasamos a un tema sumamente importante que en cierta forma tiene que ver con el gremio, pero que trata más que todo de lograr la preservación del fin público a que aludíamos toda vez que ahora trataremos de todo aquello que según nuestro Régimen discipli-

nario, un abogado no debe hacer con respecto a su cliente, con respecto al ciudadano común y corriente que recurre ante los oficios de un abogado para que lo guíe en los caminos del derecho en busca de solución a sus problemas.

Así como en la relación de los abogados entre sí, se dan una compleja gama de situaciones que el Código particularizó, así entre Abogado y Cliente una inmensa variedad de interacciones sobre las cuales se tipifican las siguientes. La mal praxis, el abandono sin justa causa de un negocio, la no rendición de cuentas sobre valores en custodia, la negativa a extender el respectivo recibo por sumas de dinero que le han sido entregadas, por malversación, defraudación, exacción, o cualquier otro delito o falta de carácter pecuniario. Por extorsión o negativa a devolver valores en custodia, el perjuicio producido al cliente por malicia o cualquier otra causa, por entrar en inteligencia con la parte contraria en perjuicio del cliente, por cobro de honorarios exorbitantes, por recibir sumas por trabajos no realizados en todo o en parte, por oposición a que el cliente transija el pletito, por divulgación de cualquier confidencia que le haya hecho su cliente, transgrediendo el secreto profesional, o por faltar a la lealtad con el cliente en punto a los negocios o negocio que le hubieren sido confiados. El abogado está en la obligación de atender los asuntos de su cliente con igual diligencia que si fueran los suyos propios.

#### *Análisis de relaciones de los señores abogados con los tribunales de justicia.*

El Código de Moral ha dado un tratamiento separado estableciendo sanciones específicas en el caso de las relaciones que puedan darse entre los abogados y los funcionarios judiciales. Así ha establecido que, si el abogado litigante cometiere ofensas o injurias de la palabra o de hecho en perjuicio de un funcionario judicial, el competente para conocer de tales faltas es el tribunal ofendido de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 212, 213, y 214.

Para el caso de reincidencia, será el Colegio el competente para conocer de la falta, a solicitud expresa de la Corte Suprema de Justicia. Expresamos al referirnos a la parte general que, ha sido una preocupación constante en la vida del Colegio, la preservación de los fallos judiciales, de manera que, éstos representen estrictamente la verdad producida en estrados exenta de toda influencia ajena, razón por la que, se sanciona en este capítulo las solicitudes que los abogados formulen a los jueces en forma maliciosa o impertinente con el ánimo de producir polémica en puntos que se encuentran sub-judice, y estas entrevistas sólo podrán ser posible en el caso de que exista absoluta necesidad de orientar la marcha del juicio, o la sub-sanación de deficiencias de tramitación. La posición social, política o económica del abogado no podrá ser usada como medio de influencia sobre el criterio de los jueces. La incorrección, grosería o trato despectivo



del abogado para con el funcionario judicial o empleados subalternos de los Tribunales, implican en el ordenamiento de comentario una sanción. Para el evento de que el abogado proponga a los funcionarios o empleados judiciales la comisión de actos incorrectos o delictuosos, la sanción según la gravedad de los hechos puede ir hasta los cinco años de suspensión en el ejercicio de la profesión. El abogado está en la obligación de devolver los documentos o expedientes que le hayan sido entregados por las oficinas judiciales para la práctica de alguna diligencia, dentro del término fijado al efecto. Igualmente está obligado al manejo cuidadoso y prudente de las piezas judiciales que solicite para su estudio. Estas podríamos decir que, son las conductas típicas que este aparte sanciona, y tal como lo hemos venido refiriendo en otros capítulos, en el de comentario al final se incluye una norma de tipo general que establece que los profesionales en Derecho serán corregidos disciplinariamente cuando:

“...en cualquier otra forma, faltaren al sentimiento de respeto y acatamiento a que son acreedores los funcionarios y exmpleados del Poder Judicial”.

## INDICE

	Pág.
Presentación: <i>Dr. William Muñoz</i>	
<i>Lic. Luis Fernando Solano Carrera</i> .....	9
La huelga en el sector público; reflexiones a partir del Derecho comparado.	
<i>Prof. Jean-Claude Javillier</i> .....	11
Refugiados y autogestión	
(Las asociaciones cooperativas de autogestión para refugiados y nacionales, una alternativa jurídicamente viable en el ordenamiento costarricense).	
<i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> .....	53
Vicisitudes de la teoría general del Derecho agrario en América Latina.	
<i>Dr. Ricardo Zeledón Z.</i> .....	75
De la descentralización a la re-centralización administrativa.	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	115
Disposiciones jurídicas que regulan la actividad del profesional en Derecho.	
<i>Licda. Angélica Cordero</i>	
<i>Rolando Soto J., M.C.J.</i>	
<i>Lic. Ricardo Vargas</i> .....	131