

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, (Costa Rica)  
América Central.

(c) Colegio de Abogados.

Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).

## COMITE DE ENLACE

### POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Alvaro Carvajal Lizano.

Lic. Eduardo Sancho González

### POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Jorge Enrique Guier

Dr. Rodrigo Barahona

Dr. Víctor Pérez

3210  
R  
Nº 32  
may - Ag 02.  
1977

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez \*

4 DIAS

22515



28 JUL 1977

COMITE DE ENLACE

EL COLEGIO DE ABOGADOS

Dr. Álvaro Quirós Lizano  
Dr. Esteban Sánchez González

POR LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. Jorge Enrique Pérez

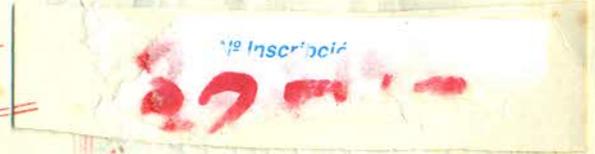
Dr. Rodrigo Barrios

Dr. Álvaro Quirós

\* Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica. - Director de la Sección de Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. - Tiene a su cargo las Cátedras de Licitaciones y Contratos Administrativos; y, la dirección de la Cátedra de Derecho Público. Fiscal del Colegio de Abogados.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS



# REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

No. 32

SAN JOSE, COSTA RICA  
MAYO - AGOSTO  
1977



340 R

No. 32/1977

REV 164197

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 164197



**JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS, 1978**

Presidente: Lic. Mario Leiva Quirós	Vocal 1º: Lic. Alvaro Carvajal Lizano
Vice-Presidente: Dr. Alvaro Fernández Silva	Vocal 2º: Lic. Rafael Medaglia Gómez
Secretaria: Lic. Violeta Madrigal Mora	Vocal 3º: Lic. Nilo Arce Sáenz
Prosecretario: Dr. Enrique Rojas Franco	Vocal 4º: Lic. Pedro Antonio Peña Carrillo
Tesorero: Lic. Marco A. Jiménez Carmiol	Vocal 5º: Lic. Eduardo Sancho González
Fiscal: Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	

## AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:  
Dr. Alberto Sáenz Renauld

Rector:  
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Docencia:  
Dr. Fernando Durán

Vice-Rector de Investigación:  
Dr. Manuel María Murillo

Vice-Rector de Acción Social:  
Dra. María Eugenia Bozzolli

Vice-Rector Vida Estudiantil:  
Lic. Luis Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:  
Dr. Luis Garita

Decano Facultad de Derecho:  
Dr. Jorge Enrique Guier

Vice Decano Facultad de Derecho:  
Dr. Francisco Castillo

Coordinador del Sistema de Estudios  
de Posgrado:  
Dr. Elmer Bornemisza

Coordinador de la Comisión Editorial:  
Ing. Agr. Primo Luis Chavarría

## PRESENTACION

*Esperamos que este N° 32 sea de utilidad para los dedicados al Derecho, en sus diversas áreas (investigación, docencia, litigio, judicatura, etc.).*

*Este número refleja el rumbo del derecho costarricense y la preocupación de un sector de juristas del país. De este modo el derecho municipal se hace presente por medio del estudio de la Licda. Elvira Batalla sobre concejos de distrito y síndicos; en la rama del derecho penal se publican estos ensayos: notas aclaratorias sobre la diferencia entre los tipos de "allanamiento ilegal" y "violación de domicilio" en el derecho penal costarricense (Lcdo. Henry Issa El Khoury), la publicidad en el Código Procesal Penal (Dr. Francisco Castillo) y el Ministerio Público en el proceso penal (Dr. Mario Houed). A su vez, en el sector laboral, se imprime el escrito del Lcdo. Abel Castro acerca del proceso colectivo constitutivo de trabajo en la legislación costarricense; complementándose los trabajos de investigación con los escritos del Prof. Ricardo Zeledón sobre los elementos de calificación del fuero privativo agrario del Perú dentro del período histórico-jurídico y su influencia en América Latina y del Dr. Enrique Haba con relación a la voluntad del legislador.*

*De este modo, los derechos municipal, penal, laboral y agrario, a la par de la filosofía jurídica, se hacen presentes en esta entrega N° 32.*

*Dentro de esta revista, se incluye también una sección de libros, un dictamen y un aparte informativo.*

J.e. romero p.



- LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO
- I. LA PUBLICIDAD "DE LEGE LATA". A. Concepto de publicidad.  
B. Funcionamiento del principio de la publicidad. II. CRITICA DEL  
DERECHO VIGENTE Y PROPOSICIONES "DE LEGE FERENDA". A.  
Razones que justifican una nueva formulación del principio de la  
publicidad, especialmente de los debates. B. Proposiciones "de lege  
ferenda".

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

22515

3410  
R

Nº 32  
CMOY (1960)

1977

REV 16-1197.

BIBLIOGRAFIA

- BAUMANN, "Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts", 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1972.
- . "Ordnung und Unordnung", en ZRP, 1969.
- BELING, "Deutsches Reichsstrafprozessrecht", Berlin und Leipzig, 1928.
- BELLON GOMEZ, "Apuntes de Procedimientos Judiciales y Práctica Forense", Madrid, 1941, tomo III.
- BOCKELMANN, "Öffentlichkeit und Strafrechtsflege", en NJW 1960.
- VON CAMPE, "Die Öffentlichkeit, eine Gefährdung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren?", GA, 1929 (Bd. 73).
- CLERC, "Réflexions sur la publicité des débats", en Schweiz. Zeitschr für Strafr., 1961 (Bd. 77).
- DELAQUIS, "Presse und Strafjustiz", en Schweiz. Zeitschr. für Strafr. 1930 (Bd 44).
- DALLINGER-LACKNER, "Jugendgerichtsgesetz" (Kurzkommentar), 2. Aufl., Berlin und München, 1965.
- BERGANDE, "Die strafrechtliche Behandlung jugendlicher Täter, die keiner längeren Erziehung bedürfen, in England, den Niederlanden, Frankreich, der Schweiz und Osterreich", Diss. Univ. Göttingen, 1970.
- GARRAUD, "Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale", Paris, 1912, Tomo III.
- GERLAND, "Litteraturbericht, Strafprozess und Gerichtsverfassung", en ZSTW 1936 (Bd. 55).
- GOMEZ-ORBANEJA y HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Penal", Madrid, 1972.
- HAUBER, "Die Funktionsverteilung zwischen Richtern und Sachverständigen im deutschen Jugendgerichtsverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Gestaltung einer künftigen Jugendgerichtsverfassung", Diss. Univ. Freiburg i. Br., 1976.
- HELLWIG, "Ist Gefährdung der Wahrheitsermittlung im Strafverhren eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von GVG Paragr. 172?", en JR, 1931.
- HERBST, "Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Arztgeheimis und Schutz der Menschenwürde", en NJW, 1969.

JESCHECK, "Die Bedeutung der Öffentlichkeit für die moderne Kriminalpolitik", en ZSTW, 1959 (Bd. 71) (citado, Jescheck, ZSTW 1959 (Bd. 71).

JESCHECK, "I fondamenti filosofici del Progetto Tedesco di Codice Penale in Paragone con quelli della riforma penalistica italiana", en Studi in onore di Francesco Antolisei, Milano, 1965, Vol. II (citado, Jescheck, "I fondamenti...").

H. KAUFMANN, "Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schulds-  
trafrecht", en Festschrift für v. Weber, Bonn, 1963.

KAISER, "Jugendrecht und Jugendkriminalität", Weinheim und Basel 1973.

KRAFFT, "De la publicité des débats", en Schweizerische Juristen Zeitung, 1954 (Bd. 50).

KÖHNE, "Ausschluss der Öffentlichkeit im Strafverfahren", en NJW 1971.

KOHLHAAS, "Bild- und Tonberichterstattung im Gerichtsverfahren", DRIZ, 1956.

KLEINKNECHT, "Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen", 32. Aufl., Mün-  
chen, 1975.

KOENIGER, "Die Hauptverhandlung in Strafsachen", Köln, Berlin, Bonn, München,  
1966.

KMR (Müller-Sax) "Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG",  
6. Aufl., Darmstadt, 1966.

LEONE, "Lineamenti di Diritto Processuale Penale", Napoli, 1952 (citado, Leone,  
"Lineamenti...").

LEONE, "Trattato di Diritto Processuale Penale", Napoli, 1961 (citado, Leone,  
"Trattato...").

LEVASSEUR, "Liberté de la presse et justice pénale", en Schweiz. Zeitschr. für  
Straf., 1960 (Bd. 76).

LÖWE-ROSENBERG, "Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit  
Nebengesetzen". (Grosskommentar), 22. Aufl., 1971-1973.

LUDWIG, "Presse und Strafjustiz", en Schweiz. Zeitschr. für Strafr. 1930 (Bd. 44).

PEAN, "L'Erreur Judiciaire", These pour le Doctorat, Univ. Paris, 1895.

PETERS, "Strafprozess", Karlsruhe, 1966.

PRADEL, "Procédure Pénale", Paris, 1976.

RASSAT, Note a Cass. Crim de 11 Déc. 1968, en JCP 1969, II, 15898.

(J.M.) ROBERT, Note a Cass. 11 Déc. 1968, Dalloz-Sirey, 1969, Jurisp., 235.

SANTORO, voce "Pubblicità" (Diritto processuale penale), en Novissimo Digesto Ita-  
liano, Torino, 1957, tomo XIV.

SCHAFFSTEIN, "Jugendstrafrecht", 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1966.  
(Eb.) SCHMIDT, Anm. zu BGH St, Urt. vom 2.7. 1969, en JZ, 1970.

SCHWABE, "Die Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens", en DR, 1936.

SEIBERT, "Die Öffentlichkeit in grossen Strafverfahren", en NJW, 1970.

STOCK, "Strafprozessrecht" (Ein Grundriss) Tübingen, 1952.

TÖWE, "Die Öffentlichkeit im neuen Strafverfahren", GS 1936 (Bd. 107).

ULMEN, "Das Schuldinterlokut" "Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte:  
Schuldspruch und Strafausspruch. Zugleich ein Beitrag zur Strafprozessreform",  
Diss., Univ. Bonn, 1973.

WETTSTEIN, "Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozess", Zürich, 1966.

ZIPF, "Der Anspruch des Angeklagten auf Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutze  
des Privatbereichs BGH St 23, 82" en JuS, 1973.

ZIPF, "Strafprozessrecht", 1972.

## I. PUBLICIDAD "DE LEGE LATA"

1. A diferencia de lo que ocurría en el ordenamiento anterior, el nuevo código procesal penal dispone en su artículo 359, aplicable al juicio común, que "El debate será . . . público, bajo pena de nulidad . . .". El artículo 396 del mismo ordenamiento dispone también que "... el documento (en que consta la sentencia) será leído, bajo pena de nulidad, ante los que comparezcan".

Las reglas de publicidad de los debates y de la sentencia rigen también, bajo pena de nulidad, en los juicios especiales (Arts. 415, 427 "a contrario" y 443 Cpp) y en los recursos de revisión y de casación (Arts. 480 y 493 Cpp). A los juicios especiales y a los recursos mencionados es también aplicable el artículo 360 Cpp, que rige para el juicio común.

Es necesario, en consecuencia, determinar qué se entiende por publicidad en los artículos mencionados.

### A. Concepto de publicidad.

2. Ni el artículo 359, ni el 360, ni el 396 Cpp definen el concepto de publicidad. El artículo 359 establece que cuando no existan las causales que permiten al Tribunal prescindir de la publicidad, o cuando las mismas hayan desaparecido, "se deberá permitir el acceso al público". Una interpretación "a contrario" del artículo 360 indica, que toda persona tiene derecho de entrar en la sala de audiencias, excepto "los condenados por delitos contra las personas o la propiedad, los dementes, los ebrios y los menores de 15 años". El mismo artículo indica que por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, el Tribunal podrá ordenar el alejamiento (de la sala de audiencias) de toda persona cuya presencia no fuere necesaria, o limitar la admisión a un determinado número (de personas). Por último, el artículo 396 dispone que, después de constituirse el Tribunal en la Sala de Audiencias y después de ser convocados verbalmente el fiscal, las partes y sus defensores, el documento (que contiene la sentencia) será leído "ante los que comparezcan".

De la combinación de los artículos 359, 360 y 396 Cpp podemos deducir el siguiente concepto de publicidad: es la posibilidad que tiene cualquier persona, que no es participante en el proceso, de estar pre-

sente en aquellos actos procesales que el legislador dispone deben realizarse en público; esto es, respecto a los cuales el legislador no dispone el secreto ni restringe el conocimiento de los mismos a un círculo reducido de personas.

### 1. Notas características del concepto.

3. De la anterior definición de publicidad podemos deducir las siguientes notas características de ese concepto:

a-1) Publicidad implica la posibilidad para el público de estar presente en la sala de audiencias y de poder seguir inmediatamente "de visu" y "de auditu" los debates<sup>1</sup>. Público es cualquier persona; es un grupo indeterminado de personas cuya característica esencial es que, por carecer de un interés directo o inmediato en el asunto que se juzga o por no haber sido llamados por el Tribunal para la realización de un acto procesal determinado, no tienen derecho ni obligación de asistir a esos actos procesales: su presencia no es necesaria en la causa<sup>2</sup>. De aquí que la prescindencia de la publicidad no implique siempre la exclusión de personas que tienen obligaciones o intereses procesales de o para estar presentes. Por lo menos con relación al debate, la exclusión de la publicidad —esto, la exclusión del público—, no convierte el proceso en secreto sino en privado, porque el mismo se desarrolla siempre en presencia de las personas procesalmente interesadas en la causa<sup>3</sup>.

a-2) Los términos "publicidad", "privacidad" y "secreto" son aspectos de la disciplina jurídica del conocimiento de los actos procesales<sup>4</sup>. Esos términos expresan el círculo de personas que tienen acceso normativamente a los actos procesales. "Publicidad" implica, como se dijo, acceso del público al conocimiento de determinados actos procesales y se opone a lo secreto, que es únicamente de conocimiento de los funcionarios competentes y a lo privado, que sólo debe ser conocido por el círculo de participantes en el proceso<sup>5</sup>.

## 2. Publicidad y secreto.

4. El legislador parte de la distinción entre "publicidad", "privacidad" y "secreto". Los conceptos cardinales de la distinción son la "publicidad" y lo "secreto"; el concepto de "privacidad" es un concepto intermedio al cual pueden acceder algunos actos públicos o algunos actos secretos, pero no todos los actos públicos ni todos los actos secretos. Publicidad debe existir siempre, sin excepciones, en la lectura del documento que contiene la sentencia, bajo pena de nulidad (Art. 396 Cpp), mientras que secreto debe existir siempre, también sin excepciones y bajo pena de nulidad en la deliberación (y votación) de la sentencia (Art. 392 Cpp; Arts. 493, 481 Cpp). En la instrucción vale, como regla general, el secreto<sup>6</sup>, pero el Código permite cierto grado de privacidad, en tanto que autoriza a los defensores de las partes (Arts. 191, 192, 193, 194, 195 Cpp) y a veces a las partes (Arts. 191 y 194 Cpp) asistir a la mayoría de los actos de la instrucción, "siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación" (Art. 193 Cpp). Los debates son, por regla general, públicos, pero pueden realizarse en forma privada (Art. 359 Cpp), cuando la publicidad afecte ciertos valores que, según la valoración del legislador, están por encima de la publicidad. De lo anterior puede concluirse que mientras el secreto de la instrucción está en una relación funcional positiva con los fines de la instrucción o la prontitud y rapidez de la actuación, porque el legislador permite cierta intervención de las partes, en tanto que esos valores no corran peligro, la publicidad de los debates está en relación funcional negativa con valores como seguridad pública o moral (pública), porque la publicidad existe en tanto que ella no afecte esos valores; si ello ocurre o puede ocurrir, los debates se realizan en forma privada.

5.Cuál es el fundamento de la distinción legislativa entre "publicidad", "secreto" y "privacidad" y por qué determinados actos procesales son siempre públicos, mientras que otros son siempre secretos? Por qué establece el legislador el secreto de la instrucción como principio —las excepciones permiten cierta intervención de las partes, pero nunca la publicidad—, mientras que establece la publicidad de los de-

<sup>1</sup> Bockelmann, N.J.W., pág. 217; Leone, "Trattato", Vol. 11, pág. 334; Stock, pág. 137.

<sup>2</sup> Wettstein, pág. 35.

<sup>3</sup> Clerc, pág. 238; Bellón Gómez, Tomo III, pág. 295 s.; Santoro, tomo XIV, pág. 512.

<sup>4</sup> Santoro, tomo XIV, pág. 512.

<sup>5</sup> El derecho canónico creó, entre lo público (cosas accesibles a todos) y lo secreto (cosas accesibles a los funcionarios), el concepto de cosas simplemente ocultas, que eran conocidas por un grupo reducido de personas, especialmente las interesadas en el proceso (Clerc, pág. 233). Esta innovación permitía que las partes, bajo ciertas condiciones, pudieran seguir ciertas operaciones de la instrucción, por lo que se denominó "publicidad de la instrucción", término inexacto, por que en realidad la instrucción no era pública. La doctrina alemana denomina el fenómeno con el nombre de "Parteiöffentlichkeit" (publi-

cidad para o de las partes) (von Hippel, pág. 329; Beling, pág. 194). Nuestro Código habla de ese fenómeno en el Art. 359 Cpp: el debate sin publicidad lo denomina debate "en forma privada".

<sup>6</sup> En tal sentido, Leone, "Trattato...", Vol. II, pág. 334, quien comenta reglas idénticas a las del código procesal penal costarricense. Es claro que siendo en la instrucción el principio general el secreto, la privacidad de las actuaciones, cuando sea permitida, no puede ser de igual intensidad que la privacidad de los debates, porque en éstos el principio general es la publicidad. Por ello establece el art. 194 Cpp. que las partes funcionarios, empleados y demás personas que intervengan en el juicio "deberán guardar secreto sobre todos los actos y constancias de la instrucción".

bates como principio —las excepciones permiten la privacidad, pero nunca el secreto de los debates?—.

El secreto de las deliberaciones (y de las votaciones) se fundamenta en el hecho de que las decisiones judiciales deben salir a la luz pública, en interés general, como una unidad. Por consiguiente, las deliberaciones y las votaciones, que son etapas necesarias de la formación de la voluntad conjunta expresada en la sentencia, deben ser secretas y quedar fuera de la crítica pública<sup>7</sup> y de la crítica de las partes: la autoridad de las decisiones quedaría mermada si trascendieran al exterior la diversidad de opiniones y el número de votos reunidos para el acuerdo. El hecho de que el principio general sea el secreto de la instrucción y que las excepciones nunca puedan desembocar en la publicidad de ésta, se justifica porque la publicidad puede comprometer el éxito de la investigación<sup>8</sup>, porque la instrucción sirve sólo para preparar el juicio, en el que se discuten oral y públicamente los resultados de la misma, y porque la instrucción consiste en una serie de acciones separadas en el tiempo, circunstancia ésta que impide técnicamente que el público pueda conocerlas en conjunto y formarse de ellas una imagen total<sup>9</sup>. Ello explica que la publicidad debe excluirse siempre de la instrucción, pero la separación temporal de los actos de la instrucción no impide que los participantes en el proceso puedan participar en ellos; una exclusión de esos participantes se justifica por razones de oportunidad procesal, relacionadas con los fines mismos de la instrucción.

La publicidad de la sentencia —el hecho que la misma sea leída en público— se justifica porque ésta es el desemboque del proceso penal. El debate es solamente la etapa preparatoria de la decisión, que expresa la voluntad estatal. En principio, la lectura de la sentencia debe realizarse en público, pues con la misma no hay que temer una turbación del orden público, pues la sentencia es la declaratoria formal de que el orden público no fue turbado porque el acto punible no fue realizado o no lo fue por determinado sujeto, o el restablecimiento del orden público. El problema es si el legislador no debe establecer excepciones que permitan que la lectura de la sentencia se realice en privado, cuando subsisten los mismos motivos de moralidad pública o de orden público que llevaron al Tribunal a excluir la publicidad de los debates o cuando consideraciones referentes a terceras personas, como las familiares del imputado o de la víctima así lo exigen. Nosotros creemos que es inconveniente establecer, como lo hace nuestro legislador, una regla absoluta, que no permita excepciones, de lectura de la sentencia en público.

La publicidad de los debates es el producto de la liberación del procedimiento y del Estado surgida a raíz de la revolución francesa<sup>10</sup>.

Por medio de la publicidad creyó el liberalismo suprimir los males e injusticias propios del procedimiento inquisitorio y vigorizar la confianza del pueblo en la justicia y la educación jurídica de éste<sup>11</sup>. Estableciendo al pueblo como instancia neutral que debía vigilar al juez, se quiso evitar los errores judiciales, frecuentes en el procedimiento inquisitorio de antes de la revolución francesa, y proteger al individuo contra la arbitrariedad judicial<sup>12</sup>.

La publicidad —especialmente de los debates— tiene aún hoy día, como en sus orígenes, una función fundamentalmente política. Y aunque la publicidad implica en sí misma en muchos casos un grave daño moral para el imputado a veces de mayor gravedad que la pena que impone el juez<sup>13</sup>, se consideró que la función política de la publicidad era más importante que la protección de la esfera privada del individuo<sup>14</sup>.

Es la justificación política de la publicidad, de la que parte todavía hoy la doctrina<sup>15</sup>, lo que explica su existencia y no el hecho de que la acción punible sea "causa pública"<sup>16</sup>: la publicidad no se puede deducir de esta característica del delito, que nunca ha sido puesta en duda aún en los sistemas que no consagraron la publicidad<sup>17</sup>.

Por último, esta función política de la publicidad hizo que fuera consagrada como principio fundamental en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la ONU de 1948<sup>18</sup>, en la convención europea de derechos del hombre de 1950<sup>19</sup> y en la convención americana sobre Derechos Humanos, (art. 8 inc. 5), (garantías judiciales), ratificada por Costa Rica el 23 de febrero de 1970.

## B. Funcionamiento del principio de la publicidad.

6. Como se dijo, la publicidad rige en los debates (Art. 359 Cpp) y a la hora de la lectura de la sentencia (Art. 396 Cpp), bajo pena de nulidad. En ambos casos la publicidad consiste en la posibilidad dada

<sup>11</sup> Herbst, NJW, 1969, pág. 548.

<sup>12</sup> Péan, pág. 238 ss.

<sup>13</sup> Delaquis, pág. 245.

<sup>14</sup> Kühne, NJW, 1971, p. 227; Ludwig, pág. 301

<sup>15</sup> Bockelmann, pág. 218; von Campe, GA 1929 (Bd. 73), pág. 242; Töwe GS 1936 (Bd. 107), pág. 281; Jescheck, ZSTW (Bd. 71) 1959, pág. 3; Ludwig, pág. 301. Santoro (tomo XIV), pág. 513 afirma que la publicidad es una consecuencia del contradictorio. Cabe hacer la siguiente pregunta: Si contradictorio significa discusión de las partes entre sí (Leone, "Lineamenti...", pág. 269) y publicidad significa la posibilidad del público de asistir a los debates y de asistir a la lectura de la sentencia, cómo puede ser entonces la publicidad una consecuencia del contradictorio?

<sup>16</sup> Wettstein, pág. 230.

<sup>17</sup> Wettstein, pág. 61.

<sup>18</sup> Levasseur, pág. 264.

<sup>19</sup> Levasseur, pág. 264; Eb. Schmidt, JZ 1970, pág. 36.

<sup>7</sup> von Hippel, pág. 329; Gómez Orbaneja y Herce Quemada, p. 243.

<sup>8</sup> Stock, p. 137; von Hippel, Ps. 328 s.; Levasseur, p. 264.

<sup>9</sup> von Hippel, pág. 329.

<sup>10</sup> Wettstein, pág. 41; Seibert, NJW, 1970, pág. 1535; Clerc, pág. 234.

a cualquiera de asistir y seguir “*de visu*” y de *auditu*”, en el primer caso de los debates y en el segundo la lectura de la sentencia.

Diferencias pueden hacerse, sin embargo, respecto a la extensión de la publicidad en ambos casos:

a-1) La publicidad de la audiencia en que se lee la sentencia abarca solamente la lectura de la sentencia, y siendo parte esencial del debate la recepción de pruebas vale por tanto respecto a la misma el principio de publicidad. Cuando es arbitrariamente excluida la publicidad, se produce un vicio “*in-procedendo*” con la respectiva nulidad por consecuencia. Con relación a la recepción de las pruebas hay, sin embargo, excepciones a la publicidad. Las principales son las siguientes:

aa-1) No valen reglas de la publicidad respecto a los actos de la instrucción que no fueron practicados en su debido tiempo y que el Tribunal debe en el curso del juicio ordenar; en tales casos, vale el secreto de la instrucción, o cuando el Tribunal lo estime conveniente, la privacidad limitada que rige en la instrucción. Así, por ejemplo, no vale la publicidad, conforme al Art. 376 Cpp. para la declaración que el acusado debe o puede hacer, cuando de la instrucción o de los debates surjan o un hecho que integre con el hecho o hechos de la acusación un delito continuado o un hecho que integre una circunstancia agravante del hecho acusado, si el defensor del imputado pide que se suspenda el debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar su defensa. También están fuera de la publicidad la realización de los peritajes omitidos —especialmente psiquiátricos, psicológicos, criminológicos o sobre la personalidad del inculpado (Art. 353 Cpp)— porque el objeto de la declaración pericial en el juicio es el dictamen sobre el punto que se preguntó y no las operaciones que llevaron a las conclusiones— en su realización práctica— que expone el dictamen (Art. 379 Cpp.). Por ser parte de la instrucción, las inspecciones judiciales que sea necesario practicar (Art. 386 Cpp.) están fuera de las reglas de la publicidad y a las mismas sólo podrá asistir el fiscal y los defensores; la presencia de las partes sólo se permite cuando sea necesaria (Art. 381 Cpp.). Por lo demás, tales inspecciones requieren desplazamientos de los interesados y del Tribunal y se realizan en lugares que no pueden contener más que un número determinado de personas<sup>20</sup>, en los cuales no hay libre acceso del público.

aa-2) En principio, las declaraciones de peritos y testigos se realizan públicamente y ellos son sometidos a interrogatorios del fiscal, de las partes y de los defensores (Artículo 383 Cpp.). Pero cuando el perito o el testigo no compareciere a la audiencia por legítimo impedimento, podrá ser examinado en el lugar en que se encuentre por un miembro del Tribunal y al acto podrá asistir el fiscal y los defensores y

<sup>20</sup> KMR, Vorb. Paragr. 169, GVG Anm. b, 1; Löwe-Rosenberg, Anm. Paragr. 169 GVG, 3c.

las partes, cuando el Tribunal determina que la presencia de éstas es necesaria (Art. 381 Cpp.). La exclusión de la publicidad tiene su razón de ser en el hecho de que ésta es la posibilidad de cualquiera de penetrar en la Sala de audiencias y presenciar los debates. La publicidad no da ningún derecho al público de penetrar en lugares privados o no abiertos al público. Por lo demás, cuando el legítimo impedimento pro venga de enfermedad del perito o del testigo, puede causarse a la salud de éstos un grave perjuicio si un tropel presencia su declaración.

a-2) Mientras que la publicidad de la audiencia en que se lee la sentencia es una regla que no contempla excepciones, el legislador permite, como se dijo, en el artículo 359 Cpp., excepciones que justifican una exclusión de la publicidad de los debates. El artículo 360 Cpp. establece, por el contrario, prohibiciones para el acceso de determinadas personas o la posibilidad de ordenar a una persona que se aleje por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, cuya presencia no es necesaria, o de limitar, por las mismas razones, la entrada de personas a un determinado número. El artículo 360 Cpp. regula los poderes de policía y de orden que, respecto a la realización de la audiencia, tiene el Tribunal y, por consiguiente, vale tanto para la audiencia en que se realizan los debates como respecto a la audiencia en que se lee la sentencia. De acuerdo con el artículo 360 Cpp. no tienen acceso a la sala de audiencias “los condenados por delitos contra las personas o la propiedad, los dementes, los ebrios y los menores de 15 años”. El negarle acceso a ebrios y dementes a la Sala de audiencia se justifica para mantener el orden en ésta, mientras que la prohibición de que entren menores de 15 años tiene su fundamento en las mismas razones que se invocan para negarle a éstos la entrada al cine, cuando se exhiben películas inmorales<sup>21</sup>. La prohibición de entrada a la sala de audiencias contra los condenados por delitos contra las personas y contra la propiedad<sup>22</sup> no tiene, según nuestra opinión, ningún fundamento ra-

<sup>21</sup> Clerc, pág. 239. Si en el juicio el menor es testigo u ofendido, se le permitirá la entrada por el tiempo estrictamente necesario para que preste su declaración.

<sup>22</sup> Condenados son aquellos contra los cuales se ha dictado una sentencia firme por un delito cometido en el país o en el extranjero durante la mayoría penal (Arts. 17 y 39 C. Penal). “Delitos contra las personas” es un título que existe en el Código Penal, pero el Art. 360 Cpp se refiere a los delitos que el Código Penal castiga en el Título I del Libro Segundo (“Delitos contra la vida”). Delitos contra la propiedad son aquellos castigados en el Título VII del Libro II del Código Penal. Quedan por fuera, por consiguiente, los condenados por delitos contra la buena fe de los negocios.

cional<sup>23</sup>, por lo que sería deseable que tal disposición desaparezca del Art. 360. Por "razones de orden, higiene, moralidad o decoro" puede el Tribunal ordenar el alejamiento de toda persona cuya presencia en los debates o en la Sala a la hora de la lectura de la sentencia no sea necesaria o limitar la admisión a la sala de audiencias a determinado número de personas. Razones de higiene son aquellas que se refieren a la salud (por ejemplo, que un asistente padezca de enfermedad contagiosa grave) o a la limpieza (por ejemplo, que una persona despidiera olores molestos) de los asistentes. Razones de orden, moralidad o decoro son aquellas que tienden a proteger la dignidad del tribunal y de la administración de la justicia (por ejemplo, que una persona aparezca en la audiencia media desnuda). Dignidad del Tribunal y de la administración de justicia deben verse en concreto y no en abstracto: no se trata de convertir la audiencia en una "misa jurídica", sino de favorecer la correcta conducción de la audiencia<sup>24</sup>. Por las mismas razones puede el Tribunal limitar la entrada en la audiencia a un determinado número de personas. Tal limitación de la entrada debe realizarse de tal forma que no conduzca a una selección del auditorio, porque en tal caso habría nulidad por violación del principio de publicidad<sup>25</sup>.

El artículo 360 Cpp. otorga al Tribunal facultades de policía para la audiencia que se avecina. En el curso del debate el poder de disciplina y de policía corresponde al presidente del Tribunal (Arts. 365, 366 Cpp.). El ejercicio arbitrario de esas facultades no implica nulidad del acto realizado. Esta nulidad se produce, empero, cuando la actuación arbitraria lleva, fuera de los casos establecidos por ley y sin las formalidades necesarias para ello, a prescindir de la publicidad de los debates o de la lectura de la sentencia.

<sup>23</sup> En efecto, tal disposición desconoce las modernas tendencias de política criminal, para las cuales es esencial la reintegración social del delincuente y errada su discriminación social. Por otro lado, una prohibición general contra los condenados por delitos contra la propiedad y contra las personas carece de sentido, porque para la administración de la justicia es más peligrosa la presencia en la Sala de audiencias, por ejemplo, de condenados por delitos contra la administración de la justicia (por falso testimonio, por autocalumnia, etc.) que la presencia de un condenado por un delito tulposo. Por último, la realización práctica de ese precepto es casi imposible, porque los asientos del Registro Judicial de Delincuentes se cancelan una vez que se tenga por extinguida la sanción (véase Art. 8 inc. b) de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes (Nr. 4695 de 16 de Dic. de 1970)) y el Tribunal no puede estar pidiendo certificaciones para cada audiencia, que, por lo demás para esos fines no pueden ser expedidos por el Registro Judicial de Delincuentes (véase Art. 11 de la mencionada Ley).

<sup>24</sup> Baumann, "Grundbegriffe . . .", pág. 52; Baumann, ZRP, 1969, pág. 36.

<sup>25</sup> Garraud, tomo III, pág. 503; Clerc, pág. 238; Löwe-Rosenberg, Vorb. Paragr. 169, G.V.G. Anm. 3 a; Rassat, JCP 1969 II-15898. La jurisprudencia alemana, que exige estrictamente el principio de publicidad, considera el rechazo arbitrario de una persona una violación de ese principio, de tal gravedad que da apertura al recurso de casación por la forma. (Así, BGH St 24, 329; Kleinknecht, Vorb. Paragr. 169, GVG, Anm. 9; Koeniger, págs. 414, 415).

El artículo 359 Cpp. permite prescindir de la publicidad de los debates cuando ésta afecte "la moral o la seguridad pública".

Moral está tomada en este artículo en el sentido de moralidad pública, por lo cual no puede reducirse únicamente al escándalo proveniente de un delito sexual<sup>26</sup>, sino que se extiende a todo aquello que es susceptible de ser inmoral<sup>27</sup>. Por ejemplo, en nombre de la moral del artículo 359 Cpp. se pueden juzgar en privado aquellas causas que pueden sobreexcitar en el público una tendencia hacia determinados delitos, del mismo modo que la censura cinematográfica prohíbe la exhibición de filmes en los que la brutalidad y la violencia tienen lugar preponderante. En tanto que "moral" en el artículo 359 Cpp. tiene una dimensión esencialmente pública, no protege intereses puramente privados, si la publicidad en la causa no afecta la moralidad en su dimensión social.

"Seguridad Pública", el segundo motivo por el que el Tribunal puede prescindir de la publicidad de los debates, es un término impreciso, que no es sinónimo de "orden público" ni de "seguridad estatal", ni un término comprensivo de ambos conceptos<sup>28</sup>. El problema que presenta el término "seguridad pública" del artículo 359 Cpp. es que permite una interpretación extensiva, que puede convertir la publicidad de los debates en una excepción, en contra de la voluntad legislativa que quiere precisamente lo contrario.

La exclusión de la publicidad la realiza el Tribunal de oficio o a petición de parte (Art. 359 Cpp.), para todos los debates o para una parte de los mismos; es, pues, una medida que debe el Tribunal apreciar discrecionalmente<sup>29</sup>, después de comprobar la existencia de los hechos que entran en los motivos y la posibilidad de que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. Esa facultad discrecional del Tribunal está limitada por la obligación de motivar la resolución —que es un auto (Arts. 105 y 106 Cpp.) dictado verbalmente por el Tribunal, pero dejando constancia en el acta (Arts. 359 y 368 Cpp.)—; motivación necesaria para que posteriormente pueda comprobarse la existencia de los motivos alegados para excluir la publicidad y la necesidad

<sup>26</sup> La doctrina alemana interpreta el término "Sittlichkeit" (buenas costumbres) en una dimensión puramente de moral sexual. Así, Töwe, pág. 292; Kleinknecht, Vorb. Paragr. 172 GVG, Anm. 4, quien escribe: "Die Gefährdung der guten Sitten genügt nicht". En el mismo sentido, Peters, pág. 485, quien cree que en esa hipótesis la prescindencia de la publicidad de los debates persigue esencialmente el fin de proteger a los menores, víctimas de delitos sexuales, que actúan como delitos en la causa.

<sup>27</sup> Clerc, pág. 243.

<sup>28</sup> El legislador penal emplea el término "seguridad pública" en el artículo 398 C. Penal. Pero una interpretación del artículo 359 Cpp. por medio del Artículo 398 C. Penal le quitaría todo sentido al término "seguridad pública" del art. 359 Cpp.

<sup>29</sup> Koeniger, pág. 416; J. M. Robert, Dalloz-Sirey, 1969-J-pág. 235; KMR, Vorb. Paragr. 171 a GVG, Anm. 2; Kleinknecht, Vorb. Paragr. 172 GVG, Anm. 1.

de la medida, a efecto de declaratoria de la nulidad si la publicidad fue excluida arbitrariamente.

La nulidad que dispone el artículo 359 Cpp. es relativa, pues ni es considerada en ese artículo como absoluta ni entra en la conminación general de las nulidades absolutas (Arts. 145, 146 Cpp.). De donde es declarable sólo a petición de parte y subsanable si no se alega en la oportunidad dispuesta por la ley (Arts. 148, 149, 471 Cpp.). Tal nulidad resulta cuando el tribunal prescinde de la publicidad sin que exista la causal que permite prescindir de ella o cuando habiendo desaparecido, en el curso de los debates, la causal que llevó a realizar privadamente el debate, el tribunal no permite el acceso del público. Puesto que los debates son fundamentalmente públicos, la nulidad sólo se produce cuando se prescinde de la publicidad sin que existan los motivos legales para ello, pero no cuando el Tribunal no prescinde de la publicidad, a pesar de existir los motivos que permiten realizar el debate en forma privada<sup>30</sup>.

A falta de una norma que prohíba en nuestro derecho las emisiones radiales, televisadas, la toma de cine o las grabaciones magnetofónicas de las audiencias o de parte de ellas con el fin de su presentación al público o de la publicación de su contenido, no se produce nulidad si el Tribunal o el Presidente del Tribunal autoriza dichas emisiones, tomas o grabaciones, excepto que las mismas produzcan una limitación de los derechos de la defensa y de las posibilidades concretas de ésta, en cuyo caso resulta una nulidad absoluta (Arts. 146, 147 Cpp.).

7. Las reglas sobre publicidad, anteriormente delineadas, valen *mutatis mutandi* para las audiencias de los debates y lectura de la sentencia en juicios especiales y recursos (Casación y Revisión).

## II. CRITICA DEL DERECHO VIGENTE Y PROPOSICIONES "DE LEGE FERENDA".

8. La doctrina procesal, antigua y moderna, jamás ha abogado por una supresión del principio de publicidad, que hoy día se considera incommovible en el derecho procesal penal. Día a día se abre paso una nueva corriente que aspira a una nueva formulación de dicho principio<sup>31</sup>. Las razones de tal aspiración son las siguientes:

<sup>30</sup> Koeniger, pág. 415; Stock, pág. 138.

<sup>31</sup> Un grupo de autores pone de manifiesto que la complicación sufrida por el Estado y por el derecho desde tiempos de la revolución francesa a nuestros días, hace imposible que cualquier persona del pueblo pueda seguir los debates, entender lo que se discute y ejercer, así, un control sobre el juez, que fue el fundamento que se dio a la institución de la publicidad en sus orígenes. (Así,

A. Razones que justifican una nueva formulación del principio de la publicidad, especialmente de los debates.

1. Extensión de la protección penal a intereses puramente privados.

9. Con el correr del tiempo, la represión penal ha extendido su protección a intereses puramente privados. Una lesión a la víctima de estos delitos a causa de la publicidad fue una consecuencia no vista por el legislador a la hora de establecer ese principio. De ahí que muchas legislaciones han restringido el principio de publicidad y han extendido las causales que permiten, en consideración de intereses puramente particulares, prescindir de la publicidad, en aquellos procesos por delitos de acción o de instancia privada, en los procesos por delitos que protegen secretos industriales, de comercio o de fábrica o en aquellos procesos en los que se persigue la violación de secretos (referentes al ámbito íntimo del ofendido) o en los que tales secretos, pertenecientes a terceras personas, pueden ser lesionados por la publicidad.

Nuestro código procesal penal es desde el punto de vista de la protección de tales intereses absolutamente mudo. La publicidad puede hacerse a un lado cuando la misma afecte a la moral, tomada en su dimensión pública. Pero aun cuando esa disposición protegiera incluso la moral —tomada como la fama de que goza en la colectividad un individuo— en su dimensión individual, quedan sin protección una serie de intereses privados, que no se relacionan ni con la moral social ni con la moral individual.

2. Desarrollo de los medios de comunicación colectiva.

10. Cuando la publicidad nació, el único medio de comunicación colectiva era la prensa escrita. Se dijo, por consiguiente, que si la publicidad significaba posibilidad dada al público de entrar a la Sala de audiencias, por ello mismo permitía la ley el reportaje —en forma de comentarios y noticias— de la prensa escrita, porque así como un individuo cualquiera, que asistió a la audiencia, puede propagar lo que vio y oyó en la Sala y comentarlo con sus amigos, así también el reportero del periódico escrito puede propagar o comentar lo que vio

Schwabe, D R, 1936, pág. 445). La publicidad implica un grave daño para la defensa del inculcado, que dada la complicación del derecho, puede ocurrir por la influencia del público sobre el juez. Por otro lado, y merced a la evolución de la estructura actual, la publicidad de los debates no puede evitar la arbitrariedad judicial (Wettstein, pág. 41). De aquí que algunos autores proponen que se vea la publicidad como un principio absolutamente relativo, que debe ceder el paso a la protección de otros intereses, entre ellos, la investigación de la verdad. (Así, von Campe, pág. 242; Hellwig, JR 1931, pág. 259). Esta última idea, llevada hasta sus últimas consecuencias, puede implicar la derogación del principio de publicidad como regla.

en la Sala de Audiencias. El reportaje de la prensa escrita toma su legitimidad— en tanto no sea tendencioso, en cuyo caso puede existir responsabilidad penal— de la libertad de prensa<sup>32</sup> y de la libertad de cualquier individuo de asistir a los debates<sup>33</sup>. Consecuentemente, no existe ningún derecho de reportaje ni de crítica ni de propalación de aquellas partes del proceso —como la instrucción o la deliberación y votación de la sentencia— que por ley deben ser secretos o privados, ni de los debates, cuando la publicidad ha sido excluida de los mismos.

La aparición de la radio, la televisión, el cine y de las posibilidades que brinda la grabación magnetofónica hicieron posible que un debate fuera transmitido a un público de miles y, quizás, de millones de personas, quienes pueden enterarse de lo que ocurre en la sala de audiencias sin estar presentes. Particularmente en Alemania se presentaron dos tendencias en la doctrina respecto al nuevo problema. La primera tendencia<sup>34</sup>, favorable a la transmisión de debates, observó que si la ley permitía a cualquiera ver y oír el desarrollo del debate o la lectura de las decisiones también permitía una transmisión directa por medio de las nuevas técnicas, pero que el autorizar o no la transmisión era una cuestión técnica dejada al Tribunal, quien podía negar permiso para la transmisión, si ésta podía turbar el normal desarrollo de los debates o influir negativamente en la investigación de la verdad. La segunda tendencia, que encontró acogida en la ley, fue contraria a la transmisión radical o televisada y a las grabaciones magnetofónicas o las tomas de cine destinadas al público<sup>35</sup>. Según esta corriente doctrinal,

publicidad significa posibilidad para el público de estar presente en la sala de audiencias. Por tanto, dichas transmisiones, tomas o grabaciones no las permite la ley, porque a través de ellas toman conocimiento del proceso personas que no están inmediatamente presentes en la sala de audiencias<sup>36</sup>; por otro lado, con tales transmisiones, tomas o grabaciones se pierde la inmediatez y la espontaneidad de la palabra hablada, lo que causa perjuicio inmediato a la investigación de la verdad material, que es el fin del proceso penal<sup>37</sup>. La ley francesa prohíbe también tales transmisiones, tomas o grabaciones<sup>38</sup>.

Nuestra ley no prohíbe esas transmisiones, grabaciones o tomas. Por consiguiente, están permitidas, en tanto que no perturben el orden de la audiencia o no perjudiquen los derechos de la defensa, lo cual debe ser juzgado en concreto. Una modificación de la ley que prohíba tales actividades es deseable. Además de los argumentos doctrinales mencionados, nosotros agregamos el siguiente: la publicidad es un mal para el imputado, en tanto que lo expone públicamente al escarnio. El empleo de la radio y de la televisión produce al individuo y a su familia un mal de tales proporciones, que ambos quedan marcados ante sus conciudadanos para el resto de sus días. En vista de los principios más elementales de humanidad, deben evitarse semejantes efectos.

### 3. Transformación del derecho penal.

11. El principio de la publicidad fue pensado para ser aplicado a un derecho penal centrado sobre los hechos, cuyo fundamento era libre albedrío y en el que, consecuentemente, el enfermo mental, que hubiese cometido un delito, estaba fuera del derecho penal. Este derecho, fundado sobre el principio de culpa ("Schuldprinzip"), sufrió posteriormente una evolución, que consistió en exigir un examen de la personalidad del autor como uno de los presupuestos de la aplicación de la pena<sup>39</sup>. Quien dice examen de personalidad del imputado, dice también examen de su medio social y familiar, de su estado de salud, de su herencia biológica y de su estado psicológico y mental, de su vida sexual y de todo aquello que pueda ser útil para entender su peligrosidad, dar un diagnóstico de su estado peligroso y un pronóstico sobre su comportamiento futuro, sobre la medida aplicable y sobre su capacidad de adaptación. En la medida en que la personalidad del imputado adquiere importancia para fundamentar la sentencia y establecer la pena, se produce la consecuencia de que peritos médicos, psiquiátricos, psico-

<sup>32</sup> En tal sentido, Kohlhaas, DRiZ, 1956, pág. 4; Gerland, ZStW 1936 (Bd. 55), pág. 704 s.; Clerc, pág. 246, entre otros.

<sup>33</sup> Al mismo tiempo se delinea también en el derecho europeo una tendencia francamente contraria a la libertad del comentario de prensa, en tanto que el proceso esté pendiente. Muchos autores creen que debe existir una disposición que castigue penalmente el hecho de criticar o de comentar críticamente un asunto pendiente, cuando tal crítica pueda influir de cualquier modo en el proceso. Modelo de una tal disposición sería el "contempt of Court" del derecho angloamericano. (En tal sentido, Jescheck, ZStW 1959 (Bd. 71), pág. 6; Clerc, pág. 251, s.).

En Francia, la ordenanza de 23 de Dic. de 1958 insertó en el art. 227 del Código penal, que castiga: "Quincoque qui aura publié, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, des commentaires tendant à exercer des pressions sur les déclarations des témoins ou sur la décision des juridictions d'instruction ou de jugement..." (Al respecto, Levasseur, pág. 263 s.). Uno de los proyectos penales alemanes trató de introducir el delito turbación de la justicia según el "contempt of Court", lo que fue rechazado por las consecuencias políticas que tal medida traería consigo. (Al respecto, Jescheck, "I fundamenti...", pág. 138 s.).

<sup>34</sup> Sostenida especialmente por Gerland, ZStW 1936 (Bd. 55), pág. 705.

<sup>35</sup> Sostenida principalmente por Jescheck, ZStW 1959 (Bd. 71), pág. 5 y por Bockelmann, NJW 1960, pág. 217. El artículo 169 de la Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) establece lo siguiente: "La audiencia ante el Tribunal de Juicio (erkennendes Gericht), la sentencia y los autos (Beschlüsse) son públicos. Tomas radicales, magnetofónicas o televisadas, así como tomas para el cine con el fin de su presentación pública o de publicación de su contenido, no son permitidas".

<sup>36</sup> Así, Bockelmann, NJW 1960, pág. 217.

<sup>37</sup> Jescheck, ZStW 1959 (Bd. 71), pág. 5.

<sup>38</sup> Una ley francesa de 6 de dic. de 1954 prohíbe el uso, en la audiencia y en toda clase de Tribunales, de aparatos de grabación y fotográficos, de cámaras de cine y de televisión. Al respecto, Pradel, pág. 504.

<sup>39</sup> Wettstein, pág. 46; Kühne, pág. 227; Peters, pág. 485; Clerc, pág. 244, 249.

lógicos, etc., deben dar libremente dictámenes sobre la salud, la vida sexual o psíquica del imputado o sobre la herencia biológica de éste. La propalación de tales dictámenes fuera del proceso —y de no ser llamado el perito a dictaminar— constituirían violación del secreto profesional<sup>40</sup>. La publicidad tiene, pues, en el derecho moderno la consecuencia de lesionar la esfera íntima del individuo —tal esfera abarca el estado de salud y la vida sexual<sup>41</sup>—, situación contra la que el individuo nada puede hacer, porque si la ley permite intromisiones en la vida privada de las personas con el fin de investigar y perseguir las acciones delictuosas, permite también, en tanto que exista publicidad de los debates, la pública discusión y valoración de los resultados de la investigación. Pero no solamente el imputado sufre por esa situación. También su familia está obligada a oír cómo se discuten públicamente enfermedades y taras familiares y a soportar que un público curioso se entere de aspectos familiares que estigmatizarán por toda la vida a la familia del condenado. La publicidad se convierte, de este modo, para el condenado y para su familia, en una pena social que la ley no prevé<sup>42</sup>.

Tal fenómeno se presenta de manera más aguda en nuestro país. La evolución histórica de nuestro derecho penal —procesal y material— señala lo siguiente: a partir de 1941 en Costa Rica rige un código de fuerte influencia positivista, en el que no vale como fundamento de la responsabilidad el libre arbitrio, sino el principio de defensa social, y en el que el punto de toque es la investigación sobre la personalidad del delincuente. Esta evolución continúa y se profundiza en el Código del 70, que de manera franca crea un derecho penal de autor, centrado sobre la personalidad del delincuente<sup>43</sup>. Este relativo avance del derecho penal de fondo, no se acompañó de un correspondiente avance del derecho penal de forma: el código procesal penal de 1910, que rigió hasta 1975, fue de tipo inquisitorio, sistema que se abandonó en Europa a partir del Código de Instrucción Criminal francés. De ahí que a la hora de la reforma haya en nuestro país dos tendencias contradictorias: una, que prosigue la subjetivización del derecho penal de

<sup>40</sup> Herbst, NJW, 1969, pág. 546 s.

<sup>41</sup> Kühne, pág. 227.

<sup>42</sup> Kraff, Schweiz. Jur-Zeit., 1954 (Bd. 50), pág. 325.

<sup>43</sup> El código penal de 1970 tiene dos tendencias contradictorias como fuente. De un lado, una corriente "defensista" (de la sociedad) (véanse sobre todo, págs. 10 y 11 de la Exposición de Motivos) y de otro lado, una corriente conservadora, proveniente del código tipo para Latinoamérica, que a imitación de la doctrina alemana toma como criterio de la responsabilidad penal (y de la represión) el principio de la culpa ("Schuldprinzip") (Sobre el significado de este principio y su fundamento en el libre arbitrio, véase H. Kaufmann, pág. 418 ss.). Ambos puntos de vista son absolutamente contradictorios. Y esta contradicción se refleja en la legislación penal vigente. Así, el art. 30 C. Penal consagra el principio de culpabilidad y establece: "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no la ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Ello no impide al legislador someter a los inimputables a medidas de seguridad (Arts 42, 43, 98 ss. C. Penal).

fondo (Cód. penal de 1970) y otra aspiración tendiente a la reforma del derecho procesal penal, que vista la experiencia habida con el sistema inquisitorio, solamente podía desembocar en un código en el cual se suprimieran las principales instituciones del sistema inquisitorio (concentración de las facultades persecutorias, investigadoras, acusatorias y sentenciadoras en unas solas manos) y tuviera ciertos aspectos acusatorios (Código procesal penal de 1975). Esta situación explica el desfase que existe actualmente en nuestro país entre el derecho penal de fondo (derecho penal de autor) y el derecho penal de forma (derecho procesal destinado a servir para la aplicación de un derecho penal de fondo centrado sobre los hechos).

12. Con relación a la publicidad de la sentencia y de los debates, la contradicción entre derecho penal de fondo (personalidad del autor) y derecho penal de forma (código procesal penal centrado sobre los hechos), es solucionable, según la corriente doctrinal dominante, de la siguiente manera.

a-) *Solución del problema de la publicidad en el derecho de menores.*

13. Nuestro derecho de Menores, como el de la mayoría de los países, excluye la publicidad de los debates y de la sentencia que en esa materia se dicte. Según la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (Ley N° 3260 de 20 de dic. de 1963), que rige la materia, el legajo de hechos tiene carácter "confidencial" (Art. 57), lo que significa que al legajo solamente tienen acceso "las partes, sus apoderados judiciales o defensores, los representantes de la Procuraduría General de la República (Ministerio Público) y del Patronato Nacional de la Infancia y los padres o guardadores del menor". El carácter confidencial del legajo de hechos impide cualquier tipo de publicidad en las etapas posteriores al sumario. Del mismo modo, los artículos 9 y 10 de la mencionada ley prohíben, tácitamente, cualquier publicidad sobre la sentencia.

La doctrina moderna apoya decididamente la exclusión de la publicidad en el derecho de menores. Aquí debe valer únicamente la privacidad o el secreto, porque la publicidad estaría en contra de las tendencias educativas de esta rama del derecho<sup>44</sup>, en tanto que causa un perjuicio al menor que impide su posterior reinserción social<sup>45</sup>, crea la posibilidad de que el menor se sienta un héroe ante el público por la acción realizada<sup>46</sup>, y es contraria a una atmósfera propicia para el

<sup>44</sup> Henkel, pág. 325; Baumann, "Grundbegriffe . . .", pág. 52; Wettstein, pág. 130.

<sup>45</sup> Peters, pág. 484; Kaiser, pág. 187; Schaffstein, pág. 134; Clerc, pág. 241;

Pradel, pág. 574 s.

<sup>46</sup> Dallinger-Lackner, Vorb. Paragr. 48 (JGG), Rdn. 1, Anm. 1 y 3; Schaffstein, pág. 134; Peters, pág. 484.

diálogo entre menor y juez<sup>47</sup>, esencial en un derecho, como el de menores, centrado totalmente en la personalidad del autor, en el cual las medidas se determinan según las características psíquicas y sociales del menor<sup>48</sup>, con un fin meramente protector.

a-2) *Solución del problema de la publicidad en el derecho de mayores.*

14. En el derecho de mayores se trata de conservar la publicidad con respecto a los hechos y de proteger la esfera íntima del individuo y a su familia de las nefastas consecuencias de la publicidad. Puesto que el derecho penal material moderno se centra en la personalidad del autor, no puede haber una reforma penal completa si el legislador no crea también un derecho procesal penal de autor, que no se centre en los hechos exclusivamente, como ocurre con el procedimiento penal actual<sup>49</sup>. Ello sólo es posible si se adopta el sistema de partición del proceso en dos fases: una dedicada al examen de los hechos; otra dedicada al examen de la personalidad del autor para establecer la medida de adaptación social adecuada a su personalidad. La participación del proceso en dos fases concilia la existencia de la publicidad con el respeto de la esfera íntima del imputado y de la familia de éste: en audiencia pública se discutiría la existencia del hecho punible y en privado, todo aquello referente a la responsabilidad penal, a la personalidad del delincuente, a la influencia de la misma sobre el delito y a la determinación de la sanción, con base en el examen de personalidad<sup>50</sup>.

B. *Proposiciones "de lege ferenda"*.

15. Las consideraciones anteriores autorizan la proposición de reformas a la legislación vigente. Tales proposiciones "de lege ferenda" requieren las siguientes aclaraciones previas:

a-1) La solución de la problemática de la publicidad en el derecho moderno requiere distinguir entre derecho de menores y derecho penal (de mayores).

a-2) En el derecho de menores el principio que debe regir es, por todo lo anteriormente dicho, la privacidad y jamás la publicidad ni de los debates ni de la sentencia. Desde este punto de vista, consideramos

<sup>47</sup> Clerc, pág. 241.

<sup>48</sup> Bergande, pág. 3; Kaiser, pág. 32; Hauber, pág. 70.

<sup>49</sup> Clerc, pág. 252; Ulmen, pág. 24 ss.

<sup>50</sup> Clerc, pág. 252; Zipf, JuS 1973, pág. 354, Fussn. 3; Zipf, "Strafprozessrecht", pág. 147, 148.

que la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores ha consagrado la solución correcta.

a-3) Con relación al derecho de mayores, la solución correcta es crear un tipo de proceso penal adecuado al derecho penal moderno, centrado sobre la personalidad del delincuente. La partición del proceso en dos fases concilia la publicidad (sobre el hecho punible) con el respeto de la esfera íntima del individuo (privacidad).

El empleo de cámaras fotográficas, de televisión, de aparatos de grabación, de micrófonos para hacer transmisiones directas o para presentar partes de la audiencia al público o para hacer publicaciones sobre el contenido de lo filmado, grabado o televisado debe ser prohibido, aún en un sistema que se base sobre el principio de la partición del proceso en dos fases.

a-4) Con relación al derecho vigente, y sin modificar la estructura del proceso penal, es posible hacer un mejoramiento sustancial, cuyo fin será proteger intereses privados de las desventajas de la publicidad. Tal mejoramiento lo concretamos en la siguiente proposición de reforma:

*"Artículo 359.—El debate oral y público, bajo pena de nulidad. Sin embargo, el Tribunal podrá resolver, de oficio o a petición de interesado, en resolución fundada irrecurrible y de la cual se dejará constancia en el acta, que se realice en forma privada en los siguientes casos:*

- a) *Cuando la publicidad implique un peligro para el orden público, para la seguridad estatal o para la moralidad pública.*
- b) *Cuando en los debates sean discutidos circunstancias referentes a la vida privada de uno de los participantes en el proceso o de un tercero o secretos importantes concernientes de la propiedad industrial, comercial o intelectual, si tales circunstancias o secretos pueden ser lesionados a causa de la discusión pública.*
- c) *Cuando la publicidad implique un peligro para la investigación de la verdad o para la posterior reinserción social del imputado.*

*Desaparecida la causal de clausura, se deberá permitir el acceso del público.*

*La petición al Tribunal para que el debate se realice en forma privada, podrá ser hecha por quien justifique un interés legítimo para ello o por el Ministerio Público.*

De oficio o a petición de interesado o del Ministerio Público podrá resolver también el Tribunal en resolución fundada de la que se dejará constancia en el acta, que la lectura de la sentencia se realice en forma privada, si para ello subsisten las mismas razones que llevaron a prescindir de la publicidad en los debates”.

“Artículo 359.—Bis.

Las personas que asistan a un debate público o a la lectura de una sentencia realizada en audiencia pública no podrán hacer grabaciones magnetofónicas, ni tomas cinematográficas, ni transmisiones radiofónicas ni televisadas con el fin de darlos a conocer al público o de publicar su contenido.

En caso de desobediencia de lo mandado en este artículo se procederá conforme al artículo 365”.

“Artículo 360.—No tendrán acceso a la Sala de audiencias los dementes, los ebrios y los menores de 15 años.

Por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, el tribunal podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria, o limitar la admisión a un determinado número”.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

## CONCEJOS DE DISTRITO Y SINDICOS\*

Lic. Elvira Batalla Rivera  
Asesora Parlamentaria

\* Este trabajo fue elaborado en el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, a raíz de una consulta.

Con el artículo 63 del Código Municipal se inicia el *Capítulo VIII "Concejos de Distrito y Síndicos"*, que regula esas instituciones en los tres artículos que lo integran, aunque son las disposiciones para los "Concejos Municipales de Distrito" las que ocupan la mayor parte del capítulo. En el Transitorio I al artículo 63 se autoriza al Poder Ejecutivo para crear estos organismos que actúan dentro de la esfera de competencia territorial municipal en materias que son propias de las municipalidades. Tales disposiciones dan lugar a que desde 1970, año en que fue emitido el Código por ley N° 4574 de 4 de mayo, se presenten frecuentes conflictos con las municipalidades, a las que la Constitución Política de 1949 expresamente señala como corporaciones autónomas.

Se origina ese instituto, que el Transitorio I denomina "Concejos Municipales de Distrito", en los "Concejos de Distrito" que la Ley N° 118 de 6 de julio de 1939 estableció a cargo del Poder Ejecutivo. El Código Municipal lo presenta ahora como una derivación de los creados por el Presidente y su Ministro de Gobernación.

La introducción de los "Concejos Municipales de Distrito" y los "Concejos de Distrito", regulados en el *Capítulo VIII*, cuyo nombre no señala a los primeros, pero que evidentemente no son iguales, obliga a buscar las características que los diferencian. Para delinear las dos clases de "Concejos" que consigna el Código Municipal y señalar sus repercusiones en el régimen actual de los municipios, son puntos principales y necesarios los relativos a la autonomía o descentralización municipal y su organización, con especial énfasis en las figuras del síndico y del intendente, miembros relevantes de los "Concejos de Distrito" y los "Concejos Municipales de Distrito", respectivamente.

#### *Antecedentes del Régimen Municipal Costarricense*

Los orígenes de la organización municipal se remontan al Antiguo Régimen Español, el cual la heredó a sus provincias de América al establecerlas como colonias. En un principio el régimen municipal en la antigua provincia española de Costa Rica se tomó poco en consideración por estar reducido el mismo a la capital; pero en 1810 surgieron, por parte de algunas poblaciones del país, intentos de extender la vida municipal a esas comunidades. Tales inquietudes fueron satisfechas cuando las corporaciones municipales, creadas por la Constitución de Cádiz de 1812, las facultó para la administración de los intereses comunales, anteriormente a cargo de los representantes del gobierno español de la provincia, y adquirieron rápidamente enorme importancia.

Desde la época de la independencia del régimen español, los ayuntamientos, los cabildos y la Junta de Legados tuvieron carácter representativo, popular y constituyente, que se confirmó al consignarse las correspondientes disposiciones en el Pacto de Concordia, como resultado del movimiento constitucional de 1821. Se creó el gobierno municipal para regir las funciones que venían realizando en áreas geográficas determinadas las corporaciones municipales. Los ayuntamientos o municipalidades eran instituciones políticas y administrativas y su derecho derivaba de los cabildos, las juntas ejercían la autoridad o mando ejecutivo y la Junta de Legados fue la primera asamblea constituyente del país, a la cual le correspondió la redacción del Pacto.

Desde 1825 hasta 1841, se mantuvo lo dispuesto en los artículos 111 y 114 de la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, emitida el 25 de enero de aquel año<sup>1</sup>. Fue la Ley de Bases y Garantías del 8 de marzo de 1841 la que suprimió las municipalidades<sup>2</sup>. Sin embargo esa ley, dictada por don Braulio Carrillo, se anuló por los Decretos LXVII y LXXXVI, de 6 de junio y 27 de agosto del año 1842, cuando el nuevo gobierno del General Francisco Morazán restableció el anterior Régimen Municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Fundamental de 1825.

La Constitución Política del 9 de abril de 1844, fue la que más extensamente contempló el régimen correspondiente a las municipalidades. El Título VIII, "Del Gobierno Interior de los Pueblos", las reconoce en su articulado con las características de instituciones de elección popular<sup>3</sup>. En el Título V, Sección 2ª, "De las atribuciones del Senado", el artículo 126, inciso 8, señaló:

<sup>1</sup> "Del Gobierno interior de los Pueblos".

"Art. 111.—En cada uno por pequeño que sea habrá una Municipalidad electa popularmente, y sus atribuciones serán las que les designe la ley, igualmente que el número de sus individuos".

"Art. 114.—Habrá además en las cabeceras de cada Departamento un Jefe subalterno del Político Superior y del Intendente".

<sup>2</sup> El Art. 6, párrafo 1, dispuso:

"Para el ramo de Policía se establecerán Jefes Políticos, a cuyo cargo estará la del respectivo Departamento, sobre todos los objetos que comprende, con dependencia únicamente del Gobierno; y el cuidado de la recaudación y buena inversión de los fondos municipales de su Departamento: ellos serán también encargados de la circulación y cumplimiento de las leyes, decretos y órdenes que se les comuniquen por conducto del Ministerio general: y cuidarán de la enseñanza, ejerciendo las facultades de directores de ella".

<sup>3</sup> "Art. 175.—Habrá en cada Departamento un Jefe Político sub-delegado de Hacienda, según la demarcación territorial que establece la ley".

"Art. 176.—En cada pueblo por pequeño que sea habrá Municipalidad electa popularmente, y sus atribuciones serán las que designe la ley, igualmente que el número de sus individuos y las calidades y período de la duración de éstos."

"Art. 177.—Todos los destinos municipales son carga concejil de que ninguno podrá excusarse sin causa legal".

\* "Art. 178.—Siendo los intereses particulares de los pueblos de diferente naturaleza de los generales del Estado, el Poder municipal que los representa es

"... declarar cuando haya mérito para formar causa a los Cuerpos municipales por delitos graves en el ejercicio de sus funciones, e imponerles correcciones en las demás faltas, y conocer de los recursos sobre nulidad de sus elecciones, excepciones y renunciaciones de los electos".

Las Constituciones de 1825 y 1844, hicieron distinción entre el "gobierno del Estado" y el "gobierno interior de los pueblos": el Estado, compuesto de todos sus habitantes, divide su Supremo Poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; en el ejercicio del mismo cada uno es absolutamente independiente. El gobierno interior de los pueblos, corresponde al Poder municipal, dentro de una determinada demarcación territorial, con independencia de cada uno, en todos los cuales habrá una Municipalidad electa popularmente, y sus atribuciones serán las que designe la ley, así como el número de sus individuos.

En las cabeceras de cada Departamento, la Constitución de 1825 ordenaba que hubiera un "Jefe subalterno del Político Superior y del Intendente" y la de 1844 un "Jefe Político subdelegado de Hacienda", agregando en el artículo 178, que "siendo los intereses particulares de los pueblos de diferente naturaleza de los generales del Estado, el Poder municipal que los representa es independiente de otro alguno en tanto que no toque en ejecución de disposiciones generales; pero queda a la responsabilidad que en su caso declare el Senado".

Para la "Administración de Justicia", el Poder Judicial, contaba en cada uno de los pueblos con "Alcaldes Constitucionales" que ejercían el oficio de conciliadores en los asuntos civiles o sobre injurias, en juicio escrito, y de jueces en las causas verbales. Conforme al artículo 174 de la Constitución de 1844, "una ley especial arreglará la administración de Justicia en todos conceptos bajo las reglas prescritas en este título". (Título VII, "Del Poder Judicial").

Con la Ley Reglamentaria de Justicia, Decreto N° LIV, de 23 de diciembre de 1845, correspondió a los "Síndicos Procuradores", la función de agentes fiscales y acusadores en primera instancia en las causas criminales seguidas de oficio en sus respectivos pueblos o demarcaciones.

La Constitución Política de 1847, bajo el Título VII, "Del Gobierno Interior de los Departamentos", con referencia al Régimen Municipal encomendó un Gobernador Político en cada departamento, nombrado por el Poder Ejecutivo y a cuyo cargo quedaba la responsabilidad de conservar en sus respectivos departamentos el orden y tranquilidad pública. Fueron participantes en el gobierno departamental los "Cuerpos Municipales" compuestos, en las cabeceras de departamento, del

independiente de otro alguno en tanto que no toque en ejecución de disposiciones generales; pero queda sujeto a la responsabilidad que en su caso declare el Senado".

"Art. 179.—Las Municipalidades tendrán un executor de sus acuerdos, y no podrá ejercer destino alguno independiente del Ejecutivo. La ley arreglará sus atribuciones".

mismo Gobierno Político en calidad de Presidente, de los dos Síndicos procuradores y de los Alcaldes 2º y 3º constitucionales. Estos últimos eran los únicos miembros electos popularmente (artículo 137), por cuanto a los demás el Poder Ejecutivo los nombraba sin necesidad de ternas, conforme lo dispuesto en el artículo 110, inciso 4, y por el inciso 26 del mismo artículo, estaba facultado para "erigir los establecimientos y corporaciones que considere convenientes para el mejor régimen del Estado en todos los ramos de la Administración, y arreglar el orden con que deban manejarse, estableciendo sus dotaciones y dando cuenta al poder Legislativo para su aprobación" y según el artículo 167 "el poder Ejecutivo arreglará el orden político y judicial de los puertos del modo más conforme a sus circunstancias".

En las poblaciones menores, los Cuerpos Municipales estaban integrados en forma parecida, pero se excluía al Gobernador y había un síndico procurador menos de lo dispuesto para las cabeceras de departamento.

La Constitución Política "Reformada", de 30 de noviembre de 1848 vino a dividir, por primera vez, el territorio nacional en provincias, éstas en cantones y éstos en distritos<sup>4</sup>. Anteriormente, desde la Constitución de 1825, la división se hizo por Departamentos, los que estaban formados a su vez por Partidos y éstos en Pueblos<sup>5</sup>. A partir de 1848 esta división territorial siempre se ha respetado y aún en esta forma la señala la actual Constitución<sup>6</sup>.

La Ley Fundamental de 1825 fue la que sentó la norma de que en cada pueblo, por pequeño que fuera, debía existir una Municipalidad electa popularmente, con las atribuciones y el número de individuos que les designe la ley. Igual principio acogió la Constitución sucesora de 1844. Sin embargo la Carta de 1847 rompió esa tradición al modificar la finalidad que tuvieron las juntas populares, las cuales comprendían todos los ciudadanos con derecho a votar y cuyo objeto era el de elegir los representantes que debían sufragar por los individuos de los Supremos Poderes, sea, por Jefe de Estado, Senadores y Magistrados de la Corte de Justicia. Estableció para la elección de las personas que servirían los cargos en el Poder Legislativo y Ejecutivo del Estado, dos diferentes organismos: las juntas populares, compuestas de todos los

ciudadanos en ejercicio de sus derechos, debían sufragar por los electores correspondientes y los colegios electorales se formaban de los electores nombrados por dichas juntas y eran los que elegían Diputados, Presidente, Vice-Presidente del Estado y Jurado de Imprenta.

Con esta modalidad la Constitución de 1847 dejó la instalación de las juntas populares a cargo de la autoridad política, o por la que correspondiera en cada cantón, y los colegios electorales quedaron presididos por el Gobernador político, y en su defecto por el respectivo Alcalde 2º Constitucional, que como se explicó, éste y el Alcalde 3º eran los únicos miembros de elección popular de los "Cuerpos Municipales", pero con base en el régimen judicial establecido constitucionalmente en 1844 (artículo 157), administraban justicia en los pueblos.

Entre los más valiosos aportes de la Carta de 1847 se encuentra el esfuerzo de querer deslindar diversos regímenes que cada vez se mezclaban más y que en la Constitución de 1844, estaban totalmente entrelazados, al grado de que era imposible separar lo político, lo electoral, lo municipal y lo judicial. En el Título IV, Sección II, Artículo 79, en su inciso 7, dejó a cargo del Poder Legislativo, como una de sus atribuciones, la de nombrar los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, con lo cual dejaron de ser individuos de elección popular. Sin embargo, no fue sino en la Constitución de 1917 que se prohibió expresamente la incompatibilidad de calidad de funcionario que administre justicia con la de Regidor o empleado municipal y con la de empleado o subalterno de los otros Poderes.

La experiencia demostró que varias de las disposiciones de la Constitución de 1847 ofrecían serios inconvenientes en la práctica y se procedió a la modificación de ella en 1848. De esta forma, una de las funciones de las asambleas electorales de cantón, de conformidad con el régimen dado al efecto, fue la de "hacer la elección de las Municipalidades de las capitales de Provincia..." (Art. 25, inciso 3). Y para el régimen de los municipios se dispuso en el artículo 101 que habría en la capital de cada Provincia y en las cabeceras de cantón, cuerpos municipales, cuya organización, funciones y responsabilidades serían puntualizadas en las ordenanzas de estas corporaciones, agregándose que "una ley particular arreglará el régimen político y judicial de los puertos con presencia de sus circunstancias".

A pesar de las reformas a la Constitución de 1847, siempre se mantuvo el estado de confusión entre los regímenes municipal y político de las provincias, cantones y distritos, a los que la Constitución Reformada de 1848 separó en Títulos diversos<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> TÍTULO IX. DEL RÉGIMEN POLÍTICO DE LAS PROVINCIAS, CANTONES Y DISTRITOS PARROQUIALES.

Art. 97.—En cada Provincia habrá un Gobernador de libre nombramiento y amovible a voluntad del Ejecutivo.

Art. 98.—Los Gobernadores son agentes inmediatos del Poder Ejecutivo, y como tales deben cumplir y hacer cumplir sus órdenes.

<sup>4</sup> En el Título I, Sección 4ª, el artículo 8 dispuso: "El territorio de la República de Costa Rica se dividirá en Provincias. Cada Provincia se compondrá de uno ó más cantones, y cada cantón se dividirá en distritos parroquiales. La ley arreglará la división territorial, y determinará las autoridades que deban ser nombradas".

<sup>5</sup> En el Capítulo 2, "Del Estado", el artículo 16, decía: "El territorio del Estado se dividirá en Departamentos: cada Departamento en Partidos y los Partidos en pueblos; una Ley particular arreglará esta división".

<sup>6</sup> El título XII, "El Régimen Municipal" contempla en el primer párrafo del artículo 168:

"Para los efectos de la Administración Pública el territorio nacional se divide en provincias; éstas en cantones y los cantones en distritos. La ley podrá establecer distribuciones especiales".

La Constitución Política de 27 de diciembre de 1859, merece especial atención al estudiarse el régimen municipal. Ella demostró ser en la evolución histórica del derecho constitucional costarricense de las más importantes, hasta que fue sustituida por la Carta Fundamental de 1949 que le dio características muy definidas a las corporaciones municipales. Vino a precisar en forma clara la reforma de 1848, anteriormente estipulada en el artículo 25, inciso 3. Expresamente el artículo 64 dispuso entre las atribuciones de las Asambleas Electorales, la de "elegir los individuos que deben componer las Municipalidades que se establezcan...".

La Carta de 1859 en el Título Décimo, en sus artículos 134, 135 y 136, denominado "Del Régimen Municipal" instauró:

*"El territorio de la República continuará dividido en Provincias para los efectos de la administración jeneral de los negocios nacionales: las Provincias en cantones; y éstos en distritos. Esta división puede variarse para los efectos fiscales, políticos y judiciales por las leyes generales de la República, y para los efectos de la administración municipal, por las Ordenanzas municipales".*

*"Habrá en la capital de cada Provincia una Municipalidad a la cual corresponde la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia, la formación y conservación del registro cívico y del censo de la población y exclusivamente la administración é inversión de los fondos municipales, todo conforme al respectivo Reglamento orgánico".*

*"Habrá en cada Provincia un Gobernador, agente del Poder Ejecutivo y de nombramiento de éste, con las calidades y atribuciones que le señale la ley".*

La Constitución de 1869, mantuvo en los artículos 143, 144 y 145, dedicados al Régimen Municipal, la misma redacción dispuesta en la Constitución de 1859, con excepción de que en la de esa fecha el artículo 135, después número 144, al final, se cambió por "... todo conforme á las leyes respectivas". Introdujo que para reformar la Constitución, también tendrían iniciativa las Municipalidades de la República, cuando ellas convinieran unánimemente en la necesidad de hacerlo "respecto á las mismas disposiciones que se indiquen". (Art. 147, Disposición VIII).

Art. 99.—Dichos Gobernadores en el ejercicio de su encargo son responsables ante la Suprema Corte de Justicia por abusos de autoridad y por infracción de las leyes.

Art. 100.—La ley determinará las cualidades que se requieren para poder ser Gobernador y el tiempo que debe éste durar en su destino".

En la Constitución Política de 7 de diciembre de 1871, el Régimen Municipal se mantuvo con disposiciones idénticas a las de la anterior Carta de 1869, inclusive lo señalado para reformarla. En 1882 por el Decreto Ejecutivo N° VII del 26 de abril de ese año, se le dio gran inherencia en la administración de las Municipalidades al Poder Ejecutivo.

El 8 de junio de 1917, la Asamblea Nacional Constituyente, consagró, por primera vez en la historia constitucional costarricense el derecho de los ciudadanos de sufragar en forma directa. Instituyó en el Capítulo IV, artículo 50, "el sufragio es función esencialmente política y corresponde únicamente a los ciudadanos en ejercicio de sus derechos; y el voto, como acto personal, sólo puede emitirse por el propio ciudadano que tenga derecho a darlo"<sup>8</sup>.

Al establecer el régimen municipal, la Constitución de 1917 tomó en consideración que en materia tributaria los impuestos deben ser autorizados únicamente mediante leyes; sobre éstos y los presupuestos nacionales solamente puede disponer el Poder Legislativo<sup>9</sup>. La actual

#### "TITULO X. DEL REGIMEN MUNICIPAL.

Art. 101.—Habrá en la capital de cada Provincia y en las cabeceras de cantón, cuerpos municipales, cuya organización, funciones y responsabilidad serán puntualizadas en las ordenanzas de estas corporaciones. Una ley particular arreglará el régimen político y judicial de los puertos con presencia de sus circunstancias".

<sup>8</sup> "Art. 51.—...

El sufragio directo se ejercitará:

1. Por los ciudadanos domiciliados en cada distrito, para elegir Síndico Municipal, propietario y suplente.
2. Por los ciudadanos domiciliados en cada cantón, para elegir Intendente y Regidores Municipales, así como sus respectivos suplentes.
3. Por los ciudadanos domiciliados en cada provincia, para elegir Diputados y Senadores, propietarios y suplentes.

La elección que comprenda tres o más funcionarios de la misma clase, se practicará por el sistema de representación proporcional".

"Art. 52.—Habrá elecciones populares el primer domingo de marzo, cada tres años, a partir de 1922, inclusive. En ellas se elegirá la mitad de Senadores, mitad de Diputados, mitad de Regidores, lo mismo que Síndicos e Intendentes Municipales."

"Art. 58.—Una ley especial reglamentará las elecciones sobre las bases antes consignadas, de modo que se aseguren la libertad y el orden del sufragio".

<sup>9</sup> "Art. 77.—...

"Autorizar por ley general o especial a las Municipalidades para establecer impuestos o contribuciones locales, señalando en la ley específicamente las cosas imponibles y el máximo a que pueda llegarse en cada caso; revocar o modificar las autorizaciones anteriores; disponer del modo cómo han de formarse y liquidarse los presupuestos de las Municipalidades y señalar las atribuciones de éstas, que pueden ser más extensas para las de cantones centrales de provincia; y en general dictar las ordenanzas municipales de acuerdo con las bases que se consignan en esta Constitución".

Constitución contiene en sus disposiciones estos principios de reserva de ley<sup>10</sup>.

Es en la Constitución de 1917 que encontramos reunidos la mayoría de los principios, instituciones y figuras del régimen municipal análogos a los del ordenamiento jurídico vigente. En su Capítulo VIII "Del régimen municipal", se establece la división territorial administrativa basada en el número de los habitantes del país; para cada cantón una Municipalidad y un Intendente; en cada Municipalidad cierto número de regidores y en los distritos un Síndico para representarlos ante la Municipalidad; Intendente, regidores y Síndico como miembros de elección popular; fines, atribuciones, rentas, etc., de las Municipalidades<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> "CAPITULO II. Atribuciones de la Asamblea Legislativa.  
Art. 121.—...

11. Dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

13. Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales".

<sup>11</sup> "Del régimen municipal:

"Art. 116.—Para los efectos de la administración general de los negocios nacionales, el territorio de la República continuará dividido en las siete provincias de San José, Alajuela, Cartago, Heredia, Guanacaste, Puntarenas y Limón. Las provincias se dividen en cantones y éstos en distritos. En adelante no se creará cantón alguno que no cuente a lo menos con cinco mil habitantes; tampoco si al cantón o a cada uno de los cantones desmembrados para constituir la nueva circunscripción, no les quedare una población al menos de seis mil almas y territorio suficiente para las necesidades de su desarrollo.

La ley que cree un cantón, señalará sus límites de modo indubitable.

El Poder Ejecutivo dictará las disposiciones oportunas, a fin de que cuanto antes se determine de modo claro los linderos de las provincias y cantones existentes. Si las Municipalidades interesadas se convinieren en la delimitación total o parcial, el Poder Ejecutivo aprobará el convenio y se tendrá como línea divisoria la acordada entre las partes.

En caso contrario someterá el asunto en la parte controvertida a la decisión de la Cámara de Diputados para que por ley se defina la cuestión, se adopten los naturales en cuanto sea posible".

"Art. 117.—Para el manejo de los intereses puramente locales, cada cantón tendrá una Municipalidad y un Intendente, elegidos por los ciudadanos que estén domiciliados en él desde tres meses antes de la elección.

La Municipalidad constará de tres regidores en los cantones cuya población no pase de cinco mil habitantes; de cinco en los que tengan más de cinco mil y no más de diez mil, y en los cantones que tengan más de diez mil almas, de un Regidor más por cada diez mil habitantes de exceso y por fracción que suba de cinco mil.

Para reponer las faltas de los Regidores se elegirán al mismo tiempo tantos suplentes como sean los propietarios, y para reponer las del Intendente se elegirá un Vice-Intendente. Cada distrito elegirá además un Síndico propietario y un suplente, cuya función principal será representar ante la Municipalidad los intereses especiales de su distrito y ver que los fondos de éste se inviertan en sus necesidades, deducido el tanto por ciento de gastos generales del cantón que corresponda al distrito en proporción a su población respecto de la total del cantón".

"Art. 118.—Los Regidores propietarios y suplentes duran seis años y se renovararán por mitades cada tres años. Si el número fuere impar, se renovará

La Constitución de 1917 fue derogada por Decreto Ejecutivo N° 1 de 3 setiembre de 1919 y por Decreto Ejecutivo N° 2 de esa misma fecha se restableció y puso en vigor la Constitución de 1871, junto con las modificaciones y adiciones que sufrió posteriormente, pero se excep-

primero la mitad del número por que resulte agregando una unidad al total. La suerte decidirá cuál o cuáles Regidores han de dejar su puesto en el primer trienio.

El Síndico dura tres años y se elegirá, al mismo tiempo que los Regidores, por los ciudadanos del distrito.

Los cargos de Regidor y Síndico son obligatorios y gratuitos. La ley señalará los requisitos que han de tener tales funcionarios y los motivos por que puedan excusarse de servirlos.

El Intendente y el Vice-Intendente durarán en sus puestos tres años y son reelegibles. El cargo de Intendente es remunerado. Su dotación se fijará por la Municipalidad para el período siguiente y no podrá ser aumentada ni disminuida para el trienio en curso.

Los funcionarios municipales contarán sus términos desde el primero de mayo, día en que tomarán posesión".

"Art. 119.—La Municipalidad no funcionará sin la asistencia de dos tercios de sus miembros. Las decisiones se tomarán por mayoría de votos presentes. El Intendente presidirá las sesiones, sin voto.

Lo establecido respecto de suplentes de Diputados en el artículo 63 es aplicable a Regidores".

"Art. 120.—La Municipalidad nombra y remueve libremente los Jefes de servicios; los subalternos serán nombrados y removidos libremente por el Intendente, pero la Municipalidad tiene derecho de revocar tales nombramientos o remociones.

El Intendente es el ejecutor de las leyes y de los acuerdos de la Municipalidad sobre asuntos municipales.

La Municipalidad delibera y resuelve sobre todos los asuntos de interés local y le corresponde, por lo tanto, cuidar de la higiene, a la cual dedicará preferente atención, de acuerdo con un Consejo Superior de Salubridad, y cuidar, asimismo, de la comodidad, ornato y recreo; de caminos, calles, plazas del cantón; de las obras públicas municipales, del alumbrado, riego, aseo, mercados, cloacas, cañerías y, en general, de todo lo que importe al progreso y bienestar del vecindario considerado como unidad administrativa distinta del Estado. Todo de conformidad con las leyes generales y con lo dispuesto en la presente Constitución.

Dispone de todas las rentas y entradas que le correspondan según la ley.

Puede decretar contribuciones nuevas siempre que haya una ley que las autorice. Su decreto será obligatorio para el vecindario una vez que sea aprobado por el Ejecutivo, el cual no podrá negar su pase si la contribución es conforme a la ley no excede del máximo que ésta haya fijado y debe fijar para cada renglón.

Con sus rentas y entradas atenderá a las necesidades del cantón. No podrá la Municipalidad ni la ley autorizar ningún gasto que no responda a una verdadera necesidad, y desde luego se tendrá por prohibido consumir fondos públicos del cantón en fiestas, celebraciones, recepciones u otros fines ajenos a los de la institución municipal.

Una ley general dispondrá lo conveniente respecto a la manera de formar y liquidar los presupuestos municipales. Cada trimestre publicará el Intendente y circulará impresa una nota minuciosa de las entradas y gastos habidos; y cada año publicará en el periódico oficial una memoria de lo practicado durante el año anterior".

tuó, temporalmente, el Título VIII dedicado al Poder Legislativo. Para el régimen municipal la derogatoria significó darle vigencia a las disposiciones de la Constitución de 1859, incluso con las pocas modifica-

"Art. 121.—El Intendente propondrá a la Municipalidad las medidas que juzgue convenientes.

Podrá vetar cualquier acuerdo de la Municipalidad, dentro de los ocho días hábiles siguientes a su fecha, cuando a su juicio el acuerdo sea contrario a la ley o exceda las facultades de la corporación. Los particulares perjudicados podrán en iguales casos apelar de las resoluciones municipales. La Municipalidad reconsiderará inmediatamente lo acordado, y si insiste en lo resuelto, el caso será sometido para su decisión final al Poder Ejecutivo, el cual considerará y definirá el punto en Consejo de Gabinete".

"Art. 122.—El Poder Ejecutivo velará por el legal cumplimiento de las Municipalidades e Intendente. Si notare alguna ilegalidad en el desempeño de las funciones correspondientes a tales corporaciones o funcionarios, podrá suspender lo acordado si así lo decide en Consejo de Gabinete y dará cuenta al Senado en sus próximas sesiones, para que se declare lo procedente o se elija la responsabilidad del caso".

"Art. 123.—En cada provincia habrá un Gobernador, agente del Poder Ejecutivo y de nombramiento de éste, con las calidades y atribuciones que la ley señala.

Este funcionario no tendrá autoridad alguna sobre la Municipalidad e Intendente en el ejercicio de los cargos que éstos desempeñan. En cuanto no riña con la ley deberá, por el contrario, prestarle su colaboración y ayuda".

Entre las disposiciones transitorias de la Constitución de 1917, para el régimen municipal se contempló lo siguiente:

"Art. 4.—Para arreglar el régimen de Municipalidades en el período de transición, se dispone:

1. Que la mitad del personal de las Municipalidades actuales continúe en sus funciones hasta el 30 de abril de 1919. El Presidente de la República en el Consejo de Ministros, sorteará la mitad que ha de salir desde ahora y la repondrá con individuos de su nombramiento que reúnan los requisitos de ley. Si el número fuere impar, saldrá ahora la mitad del número par que forme el total más uno.
2. Que el cargo de Intendente no se haga efectivo hasta el 1 de mayo de 1919 en adelante, y entre tanto sigan los Gobernadores y Jefes Políticos con las atribuciones que hoy tienen. En ese intervalo deberá el Ejecutivo proponer el proyecto de Ordenanzas Municipales y el Congreso emitir las. Las Municipalidades continuarán rigiéndose conforme a las actuales hasta el 1 de mayo de 1919, fecha en que entrarán en vigor las nuevas.
3. Que los Síndicos actuales permanezcan en sus puestos hasta el 30 de abril de 1919. Si ocurriere vacante, el Ejecutivo, oyendo a los principales vecinos y contribuyentes de distrito, la repondrá con un vecino de su nombramiento que reúna las condiciones legales.
4. Que la primera elección popular para elegir Regidores propietarios y suplentes, así como para elegir Síndicos, Intendentes y Vice-Intendente, tenga lugar el primer domingo de marzo de 1919".

"Art. 6.—Los Senadores y Diputados que componen la actual Asamblea y que formarán el inmediato Congreso, y las Municipalidades en ejercicio, durarán en sus puestos hasta el 30 de abril de 1919.

El Poder Ejecutivo, en la fecha oportuna, convocará a elecciones, de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución; y las Cámaras que entonces se elijan, de la misma manera que las Municipalidades, serán renovables por mitad cada tres años en la forma prevenida en la misma Constitución".

ciones que le hizo la Constitución de 1869. Sin embargo, la más importante de estas reformas introducidas en la Carta de 1869, se suprimió en virtud de la Ley N° 17 de 22 de mayo de 1903, que eliminó el inciso 8 del artículo 134 de la Constitución de 1871, que consignaba en igual forma la disposición VIII del artículo 147 de la Ley Fundamental de 1869, con lo cual las Municipalidades perdieron su intervención en la iniciativa para reformar la Constitución.

La Carta Fundamental de 1871 se mantuvo en vigencia desde 1919 hasta que se promulgó la de 1949, que aún nos rige. Las regulaciones municipales con rango constitucional quedaron por consiguiente reducidas a los artículos 134, 135 y 136, sea con la misma enumeración de articulado y redacción que les dio la Constitución de 1859, aunque el artículo 135, reformado por la Carta de 1869, fue nuevamente modificado, por Decreto Ejecutivo VII de 26 de abril de 1882.

*Los primeros "Concejos de Distrito" (creados por Ley N° 118 de 6 de julio de 1939).*

Conforme a lo ordenado por el artículo 134 de la Constitución de 1859, las Ordenanzas Municipales (Ley N° 20 de 24 de julio de 1867) regulaban la administración municipal. Posteriormente la Ley de la Organización Municipal (N° 131 de 9 de noviembre de 1909), que deroga y reforma parcialmente las anteriores Ordenanzas Municipales, señala en el artículo 27 que el artículo 129 de las Ordenanzas dichas se leerá: "El Poder Ejecutivo ejerce la suprema inspección sobre las autoridades gubernamentales en todas sus atribuciones y en la forma que el mismo determine; sobre las autoridades municipales en todo lo relativo al cumplimiento de las leyes en general y de los reglamentos y acuerdos que las conciernan; y sobre las Municipalidades, en cuanto a la legalidad de sus resoluciones y acuerdos y ejerce esa inspección, únicamente conociendo en grado en las apelaciones interpuestas por los interesados en su caso y en revisión de los vetos interpuestos por los Gobernadores. En el ejercicio de las atribuciones que les señala la ley, las Municipalidades procederán con independencia".

Esta ley promulgada en 1909 para organizar los municipios se emitió en base a lo dispuesto por la Constitución Política de 1871, reformada por el Decreto Ejecutivo VII de 26 de abril de 1882.

El texto original del artículo 130 disponía que habría en la capital de cada Provincia una Municipalidad; al ser modificado se estableció una municipalidad para la cabecera de cada cantón. El cambio significó que la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia, que antes correspondió exclusivamente a las municipalidades, las dejó restringidas por el Poder Ejecutivo, representado por el Gobernador de cada provincia, quien tenía la facultad de vetar todos los acuerdos de las municipalidades de su jurisdicción y en

caso de resello, por las dos terceras partes del número de regidores, y de haber inconformidad, este agente del Ejecutivo elevaba el asunto a la Secretaría de Gobernación, la cual resolvía en definitiva.

El cuerpo municipal estaba integrado en los cantones por cierto número de regidores propietarios y suplentes y en los distritos administrativos por el síndico representante. A las sesiones del cantón central el Gobernador de la Provincia tenía derecho de asistir, con voz pero sin voto, también el Jefe Político y el síndico (ambos de la municipalidad de su cantón).

La Ley de la Organización Municipal en el artículo 6 estableció: "Cada distrito administrativo del cantón elegirá un síndico que represente y defienda los intereses de su circunscripción ante la Municipalidad. La elección se hará inmediatamente después de la de regidores de cantón, por los electores del distrito". En su artículo 7 señaló los requisitos para ser regidor o síndico y en el artículo 11 dispuso que los regidores y síndicos serían elegidos en la forma y tiempo que establecía la Ley de Elecciones"<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> La Ley de la Organización Municipal de 9 de noviembre de 1909, aún cuando fue promulgada con fundamento en lo dispuesto por la Constitución de 1871, reformada en 1882 por el Decreto Ejecutivo dictado por el General Tomás Guardia, "para adoptarla con algunas modificaciones", al remitir a la Ley de Elecciones, obliga a revisar el texto constitucional de 15 de abril de 1869. Esto por cuanto la Ley de Elecciones vigente al 9 de noviembre de 1909 era la dictada por Decreto XXVIII del 20 de junio de 1870, dado en el Palacio Nacional, siendo don Bruno Carranza el Jefe provisorio de la República. Con las reservas del caso, este Decreto, debió tener como base la Constitución de 1869, sin embargo la crisis política del país había roto el orden constitucional y don Bruno Carranza fue nombrado provisionalmente por los revolucionarios, para encargarse del poder y de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. Tal Asamblea no llegó a instalarse, y al renunciar el señor Carranza gobernó don Tomás Guardia; esta primera vez, desde 1870 hasta 1876, y posteriormente de 1877 a 1882, año éste en que restableció la Constitución de 1871.

En su Título Séptimo, "Del Sufragio", la Constitución de 1869, en el artículo 62 establecía como una de las atribuciones de las asambleas electorales, "elejir los individuos que deben componer las Municipalidades...".

La Ley de Elecciones de 20 de junio de 1870 disponía en la Sección 1, "División Territorial para los efectos electorales", artículo 1: La división territorial de la República en Provincias, Comarcas, Cantones y Distritos, que actualmente existe según las disposiciones vijentes, es la misma que se reconoce para el efecto de hacer las elecciones de Diputados a la Convención Nacional, y para las cuales se convoca a los ciudadanos costarricenses a fin de que sean verificadas conforme a esta ley". (Al remitir a las disposiciones vijentes, se refiere a la Ordenanzas Municipales, Decreto Ley XX de 24 de julio de 1867, que en su Sección 1 establecía la División Territorial de la República).

En todo caso, a la fecha de emisión de la Ley de la Organización Municipal (9 de noviembre de 1909) el Congreso había promulgado la Ley sobre División Territorial Municipal, Decreto N° 56 de 7 de junio de 1909 y en consecuencia ésta era la legislación aplicable. En el artículo 16 decía: "los distritos tienen derecho:

La Ley N° 118 de 6 de julio de 1939, "no obstante lo dispuesto por la Ley N° 131 de 9 de noviembre de 1909...", introdujo los Concejos de Distrito para designar las juntas de vecinos que regirían los distritos que contaran con rentas mayores de ₡ 3.000.00 y tuviera su principal centro comercial o agrícola a 30 kilómetros o más de la cabecera de su cantón. De igual modo serían regidos el barrio o conjunto de barrios que a juicio del Poder Ejecutivo, y por reunir las mismas condiciones, conviniera a sus intereses su propia administración (Art. 1). Sin embargo,

- a. a ser tenidos como circunscripciones electorales, y por lo tanto a tener el número de electores que le permita su población, conforme a la Constitución;
  - b. a elegir un síndico que lo represente y defienda ante la Corporación Municipal del cantón y que concorra a las sesiones con las facultades que la ley les atribuya;
  - c. a que se lleve cuenta aparte de sus fondos por la Tesorería Municipal correspondiente, y a que, deducido el tanto que proporcionalmente le toque pagar de los gastos generales del cantón, dichos fondos se inviertan exclusivamente en el mismo distrito;
  - d. ...".
- (Nota, el subrayado es nuestro).

La Ley sobre División Territorial Municipal de 7 de junio de 1909, fue dictada de conformidad con la Constitución Política de 1871, reformada en 1882. Sin embargo, aunque esta es la Carta Fundamental que interesa tomar en consideración al aplicar la Sección 1 de la Ley de Elecciones de 20 de junio de 1870, a la que remite la Ley de la Organización Municipal de 1909, para la Sección 2, "De las elecciones", la ley vigente en materia electoral continuaba siendo la de 1870 y por consiguiente su base era —con las reservas señaladas— la Constitución de 1869.

La Ley de Elecciones, en la Sección 2, artículo 3 disponía: "La elección será a dos grados: 1 y 2. El primero consiste en el derecho a sufragar todos los ciudadanos en ejercicio para miembros de las asambleas electorales, bajo la denominación de electores. El segundo consiste en el sufragio de los electores, dado en asambleas electorales para el nombramiento de empleados de elección popular". "Art. 7. Los electores serán elejidos en razón de tres principales y un suplente por cada mil habitantes de un Distrito; pero el Distrito que no los tuviere elejirá siempre los cuatro electores dichos". "Art. 9. La distribución de los electores principales y suplentes que corresponden a cada Distrito, la hará la junta electoral de Provincia, el día que se instale, respecto a los Distritos de su circunscripción".

La Constitución de 1869, en su Título Séptimo, "Del sufragio", en sus artículos 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 63, disponía igual que en el Título VI la Constitución de 1871. En el artículo 60, la primera no permitía que fueran electores, "el Presidente de la República, el Obispo, los Secretarios de Estado, los Magistrados de la Corte de Justicia, los Gobernadores, los Curas, los Jefes de Policía y los militares en servicio". La Carta de 1871, excluyó de la prohibición las últimas tres categorías de personas. El artículo 61 establecía una duración de tres años para el encargo de elector, lo cual cambió en 1871, al señalarse un periodo de cuatro años. El artículo 62, en 1869 atribuyó a las asambleas electorales la elección de los Senadores y los Representantes de Provincia ante el Congreso, compuesto de dos Cámaras; pero en 1871 el Congreso Constitucional se formaba por los Diputados correspondientes a cada Provincia. Se mantuvo igual en ambas Constituciones la atribución de elegir los individuos que componían las Municipalidades.

la gestión confiada a esas juntas y su funcionamiento se regularían por las leyes vigentes de organización municipal. (Art. 5)<sup>13</sup>.

Los Concejos de Distrito fueron integrados, conforme a la Ley N° 118, por tres miembros propietarios y de igual número de suplentes: “dos de los miembros propietarios y dos de los suplentes serán designados libremente por el Poder Ejecutivo, y los restantes, de la terna que oportunamente proponga la Municipalidad del lugar. Si ésta no enviare la nómina de candidatos dentro de los quince días siguientes a la fecha de haberseles solicitado, el mismo Poder completará el personal del Concejo y procederá a su nombramiento”. (Art. 2).

<sup>13</sup> La Constitución vigente al 6 de julio de 1939, fecha de la ley N° 118 que creó los Concejos de Distrito, era la de 1871, reformada en 1882. Las disposiciones constitucionales para el régimen municipal eran, en síntesis, casi las mismas establecidas por la Carta de 1859 en sus artículos 134, 135 y 136. La modificación que le hizo la de 1869 al artículo 135 llevó a que las Municipalidades de la capital de cada Provincia dejaran de administrar sus intereses según sus Reglamentos orgánicos y debían regirse en lo sucesivo por las leyes creadas para los municipios; hasta que se promulgó el Código Municipal por ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970, con base en la Constitución Política de 1949 que sustituyó la de 1871, esas normas legales, de las cuales se señalan las que interesan, fueron las siguientes:

Las Ordenanzas Municipales (Decreto Legislativo XX de 24 de julio de 1867, que contenía disposiciones para la División territorial de la República); Ley de Elecciones (Decreto XXVIII de 20 de junio de 1870); Decreto Ejecutivo LXXIV de 20 de diciembre de 1870, que confiere al Consejo de Estado la atribución de nombrar “Alcaldes y Rejidores para el próximo período”; Decreto Ejecutivo II de 8 de enero de 1872, que convoca a elecciones para Presidente de la República, Diputados al Congreso, Municipales y Alcaldes de las respectivas provincias y Cantones; Decreto Ejecutivo LXXXIV de 16 de diciembre de 1876, que restablece las Corporaciones Municipales en las Cabeceras de Cantón; Decreto-Ley VI de 26 de setiembre de 1888 que deroga los artículos 127 y 128 de las Ordenanzas Municipales de 24 de julio de 1867, “en la parte que establecen autorización previa del Poder Ejecutivo para proceder contra los Gobernadores, por delitos cometidos y daños causados en el ejercicio de sus funciones; autorización del Gobernador de la provincia para proceder contra los Jefes Políticos y Agentes Principales de Policía; y anuencia del Gobernador en las cabeceras de provincia, o del jefe político en los cantones donde lo hubiere, para proceder contra los Jueces de Paz y Comisarios de Policía”; Decreto Ejecutivo XXVII de 26 de julio de 1893, que reforma a las Ordenanzas Municipales en la parte referente a “Rentas”; Ley N° 48 de 7 de agosto de 1909 que reforma el inciso 3 del artículo 18 de las Ordenanzas Municipales, y decreta: “la calidad de Diputado no es incompatible con la de Rector Municipal, por no considerarse este cargo como subalterno de los otros Supremos Poderes”; Ley sobre División Territorial Municipal, N° 56 de 4 de junio de 1909; Ley sobre Organización Municipal, N° 131 de 9 de noviembre de 1909; Ley de Elecciones N° 15 de 26 de setiembre de 1927; Ley N° 118 de 6 de julio de 1939 que crea los “Concejos de Distrito”; Decreto Ejecutivo N° 39 de 6 de setiembre de 1939 que reglamenta la Ley N° 118 de 6 de julio de 1939.

NOTA: Para una mayor información de la legislación municipal hasta 1939, puede consultarse la publicación de la Imprenta Nacional de 1939, realizada durante la administración del Licenciado León Cortés Castro. (“Disposiciones Legales relacionadas con el Gobierno Municipal”, recopiladas por Máximo Quesada Picado).

Para ejecutar los acuerdos y resoluciones de esos Concejos, el Poder Ejecutivo nombraba un funcionario llamado “Intendente”, con iguales deberes y atribuciones que en materia municipal señalaban las leyes a los Jefes Políticos. (Art. 6).

El artículo 9 de la ley N° 118, tomó en cuenta la situación del Síndico y al efecto dispuso: “El Síndico del distrito que sea administrador de acuerdo con los términos de esta ley, continuará ejerciendo sus funciones ante el “Concejo de Distrito”. Y en la reglamentación de la ley, el Decreto Ejecutivo N° 39 de 6 de setiembre de 1939, la única participación que dejó a cargo del Síndico fue la de asistir al acto de instalación del Concejo y firmar el acta. Aún cuando el artículo 3 del Reglamento expresamente señaló que el Síndico Municipal debía ser convocado a la toma de posesión del cargo de concejales, agregó: “la inasistencia de este funcionario no es motivo de nulidad de lo actuado”.

Al emitirse la Constitución Política de 1949 la figura del síndico, que aparentemente tendía a desaparecer dentro de la normatividad municipal, adquirió rango constitucional. El artículo 172 literalmente dispuso: “Cada distrito estará representado ante la Municipalidad del respectivo cantón por un síndico propietario y un suplente con voz pero sin voto”.

El Régimen Municipal que contempla el Título XII, Capítulo Único, de la Constitución, confiere al campo municipal, dentro de una división territorial específicamente dada, independencia para la administración de los intereses y servicios locales de cada cantón, de la cual gozan las corporaciones municipales por ser entidades autónomas, aunque están sujetas a la ley en materia de gobierno (art. 188), y tienen patrimonio, propio, la responsabilidad jurídica les permite plena libertad de acción en su esfera administrativa, dentro de su jurisdicción territorial, para cumplir con los fines que le señala el Código Municipal, en base al artículo 169 de la Constitución.

Por Decreto Legislativo N° 4574 de 4 de mayo de 1970 se emitió el primer Código Municipal, que en su artículo 185 expresamente derogó las Ordenanzas Municipales de 1867, salvo las secciones séptima y octava, (Sección VII “De los Gobernadores” y Sección VIII “De los Jefes Políticos”) en cuanto no resulten modificadas por este Código; la Ley de la Organización Municipal de 1909 y la Ley N° 118 de 1939 que estableció los Concejos de Distrito.

### *Los actuales “Concejos de Distrito y Síndicos”*

Para los efectos de la Administración Pública —reza el artículo 168 de la Constitución— el territorio nacional se divide en provincias; éstas en cantones y los cantones en distritos.

La creación de nuevas provincias y de nuevos cantones, la regula la Constitución en el artículo citado, que asimismo señala que la ley

podrá establecer distribuciones territoriales especiales. Para las primeras debe la Asamblea Legislativa observar los trámites de reforma parcial a la Constitución y someter el proyecto a plebiscito celebrado en la provincia o provincias que soportarán la desmembración; para los cantones se requiere la aprobación legislativa por votación de los dos tercios del total de sus miembros. La reforma de distritos no está indicada en la Carta fundamental.

A pesar de lo anterior, no solamente el número de provincias y cantones resulta de gran trascendencia, sino que es necesaria la lista de los distritos, porque la División Territorial Administrativa se aplica al proceso electoral. "...Para ese efecto el Poder Ejecutivo deberá formularla y publicarla por lo menos ocho meses antes del día señalado para la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República, enumerando detalladamente las provincias, cantones y distritos, caseríos o poblados, empleando para su numeración, el orden de las leyes que los hayan creado, y expresando también, en cuadro anexo, la población que corresponde a cada uno de ellos según los datos que arrojen el censo y cálculos más recientes de la Dirección General de Estadística y Censo. El Tribunal Supremo de Elecciones podrá usar, con base en dicha publicación, la facultad de dividir un distrito administrativo en dos o más distritos electorales, procurando la comodidad de los electores para la emisión de sus votos. Sin embargo, no podrá hacer uso de esa facultad en el mes que preceda a las elecciones". (Art. 10).

Lo señalado incide directamente en las elecciones nacionales: "En cuanto al número de Representantes a la Asamblea Legislativa o a una Asamblea Constituyente y a los Concejos Administrativos Municipales que corresponda elegir respectivamente a las provincias y cantones, se estará a lo dispuesto en el decreto de convocatoria, el cual hará la fijación de dicho número con estricta observancia del artículo 106 de la Constitución Política en cuanto a los Diputados y de los artículos 171 y 172 de la misma Constitución y lo que al efecto disponga la Ley de Organización Municipal en lo que respecta a Regidores y Síndicos (Art. 99 del Código Electoral).

El artículo 171, señala que los Regidores Municipales serán elegidos por cuatro años y el número de los mismos lo determinará la ley, con excepción de los cantones centrales de provincias que estarán integrados por no menos de cinco Regidores propietarios e igual número de suplentes. El artículo 22 del Código Electoral indica cuántos regidores corresponde a cada municipalidad, el cual se fija según el número de habitantes del cantón, que oscila entre 25.000 o menos, hasta 200.000 o más. El artículo 172 de la Constitución exige que cada distrito esté representado ante la Municipalidad del respectivo cantón por un síndico propietario y un suplente, con voz pero sin voto. El Código Municipal en su artículo 65 copia esta disposición, limita la facultad de ese representante al indicar en el párrafo tercero que sólo tendrá voz respecto de los asuntos que fueren de interés directo para el distrito

que represente<sup>14</sup>, y no señala lo que al efecto dispone la Ley sobre División Territorial Administrativa número 4366 de 19 de agosto de 1969, por la cual se conoce el número de distritos y la forma de creación de esa circunscripción que obliga a consultar a la municipalidad respectiva.

Es necesario tener presente la ley sobre División Territorial Administrativa al revisar el Código Municipal, en especial su artículo 63, para no tomar como una disposición insubstancial, que "los Concejos Municipales constituirán tantos Concejos de Distrito como distritos haya en el cantón". Esa ley es además la que permite, consecuentemente, conocer el número de síndicos que deben ser designados por elección popular<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> A pesar del rango constitucional que adquirió el síndico en la Carta de 1949, la evolución que en sentido contrario se percibe en las derogadas leyes municipales se mantiene en el Código Municipal. En la Ley sobre Organización Municipal de 9 de noviembre de 1909, la actuación de este miembro de elección es bastante restringida. El artículo 65 del Código actual conserva el espíritu limitado del artículo 22 de aquella ley que disponía la asistencia del síndico a las sesiones municipales cuando éstas eran celebradas en su cantón, en las cuales tenía voz, pero no voto y expresamente señalaba: "El síndico de un distrito no podrá mezclarse en la discusión de asuntos que no interesen a su distrito".

<sup>15</sup> El artículo 11, Capítulo III, "De los Cantones", de la Ley sobre División Territorial Administrativa señala que sólo por ley podrán ser alterados los límites de los cantones y las discusiones que pueda haber en la actualidad sobre cantones, respecto a sus límites, únicamente podrán ser resueltos por una ley.

El Capítulo IV, siguiente, "De los Distritos", en las disposiciones que consigna su único artículo, bajo el número 14, establece que los cantones se dividen en distritos y el "Poder Ejecutivo, asesorado por la Comisión Nacional de División Territorial, procederá cuanto antes a delimitar los distritos existentes, que aún no lo estén. Dicha delimitación deberá efectuarse, de manera especial, en aquellos casos en que la división ofrezca duda y para realizarla, se tomarán como base las situaciones de hecho, pero sin afectar límites cantonales o provinciales establecidos con anterioridad. Los límites que fije el Ejecutivo a los distritos de un cantón confiantes con distritos de otro cantón, no serán tenidos por definitivos, mientras una ley no señale la línea divisoria entre los cantones. Los proyectos de ley referentes a esta materia, serán preparados por la Comisión Nacional de División Territorial, a petición del Poder Ejecutivo. Como inicio del procedimiento de delimitación de los distritos, el Poder Ejecutivo solicitará al Instituto Geográfico Nacional, la demarcación de aquellos distritos cuya línea divisoria se encuentra bien definida, a efecto de establecer la lista de aquéllos que no lo estén. El trámite incluirá obligadamente, una consulta a la municipalidad respectiva". El referido artículo 14 señala, para la creación de nuevos distritos, que los interesados en solicitarla, deberán demostrar que el territorio del distrito en proyecto, tiene una población mínima del diez por ciento de la población total del respectivo cantón y que el distrito o distritos que se desean desmembrar, también conservarán ese mismo porcentaje de población siempre que no se vea menor de dos mil habitantes. "El Poder Ejecutivo declarará por acuerdo, la creación de los distritos, indicando su cabecera, los poblados que los forman y sus límites detallados. Esos límites deberán seguir accidentes naturales del terreno, preferentemente, ríos, quebradas, caminos, divisorias de aguas, etc."

El Capítulo VIII del Código Municipal está destinado, como su nombre lo indica, a regular los "Concejos de Distrito y Síndicos". La legislación municipal actual no indica el modo ni los requisitos de los Concejos de Distrito; en este sentido la Ley N° 118 de 1939, derogada, fue más clara porque al menos lo definió: "juntas de vecinos para regir, conforme a las leyes de organización municipal, los distritos con rentas mayores de ₡ 3.000.00 y a una distancia de 30 kilómetros o más entre el principal centro comercial o agrícola y la cabecera de su cantón". También resulta omisa al compararla con lo que dispone para regular la figura del síndico y lo señalado por la Ley de Organización Municipal de 1909 que lo designaba como el "representante electo por el distrito para defender los intereses de su circunscripción ante la Municipalidad".

Los artículos 63 y 65 del citado capítulo, si toman conceptos de las leyes anteriores para establecer la integración de los actuales Concejos de Distrito con cinco miembros vecinos del distrito, de los cuales uno será el síndico, electo por votación popular, quien presidirá las reuniones del Concejo. Sin embargo, la creación de los Concejos de Distrito, a la luz del párrafo primero del artículo 63 resulta por simple confusa: no basta que exista el distrito para constituirlos, éstos surgen en virtud del síndico, al que la Constitución le da su representación (Art. 172), y no al revés como se indica en esa disposición.

Contrario al artículo 172 de la Constitución es que el artículo 64, inciso a) disponga que los Concejos de Distrito son órganos de enlace entre las comunidades distritales y las municipalidades y que al síndico únicamente se le atribuya presidir las reuniones de esos "órganos de colaboración de las municipalidades", como los designa en ese mismo artículo el inciso b). No señala además el capítulo en sus disposiciones cuál es el agente que les permite a los Concejos de Distrito externar su voluntad, omisión que no queda salvada con incluir al síndico como "miembro necesario" del Concejo.

En lo conducente —señala el artículo 65, párrafo segundo— se aplican al síndico las disposiciones del Título III "Organización Municipal", sobre requisitos, impedimentos, prohibiciones, reposición, juramentación y toma de posesión del cargo de los regidores. Acerca de tales aspectos no hay discrepancia porque en el Código Municipal fueron consideradas disposiciones establecidas en el Código Electoral para regidores y síndicos (Arts 5 y 8). Notamos, sin embargo, que en el Título III a los regidores se les señalan sus deberes y facultades y a los síndicos únicamente se les menciona cuando se trata de la fecha en que ambos tomarán posesión de sus cargos (Art. 34).

En relación con las atribuciones del síndico, pocas disposiciones dispersas del Código Municipal indican, en forma implícita, que el síndico tiene derecho a ser convocado a todas las sesiones del Concejo Municipal, y esto, porque si conforme lo establece el artículo 117 debe serlo para las sesiones extraordinarias secretas para acordar los presupuestos, con mayor razón tiene derecho a ser llamado para que asista

a las sesiones que son ordinarias y además no secretas, como ampliamente se confirma por el artículo 77. Este dispone que los síndicos devengarán, por cada sesión a que asistan y de acuerdo con los límites fijados en la tarifa, que se basa en el momento del presupuesto de cada municipalidad, y el número máximo de sesiones remuneradas permitidas, el cincuenta por ciento de la dieta que corresponda a un regidor de conformidad con el valor que ésta tenga estipulado. Los síndicos, pues, no sólo tienen derecho a asistir a las sesiones del Concejo Municipal, como señala el artículo 65, sino que tienen derecho a ser convocados a todas ellas, y percibir dietas.

En cuanto a los recursos contra los acuerdos y resoluciones municipales, al regidor se le faculta en el artículo 33 para interponerlos; en cambio al síndico el único camino viable que se le deja es el de recurrir a la norma general del artículo 171: "los interesados podrán establecer contra los acuerdos municipales los recursos ordinarios de revocatoria y de apelación, el extraordinario de revisión y ejercer las acciones jurisdiccionales que las leyes regulen".

En general el articulado para regular la figura del síndico, en el Código Municipal, se dirige abiertamente a restringirla, por lo que a pesar de tener rango constitucional en la práctica no ha podido funcionar con la importancia que le corresponde: entre las limitaciones expresamente señaladas en la ley municipal, las lagunas de la misma y las disposiciones que atentan contra la Constitución Política, cabe afirmar que esta institución, así como la de los Concejos de Distrito, son totalmente inoperantes en la realidad y hacen nugatoria la voluntad del constituyente del cuarenta y nueve que al querer eliminar la intervención del Poder Ejecutivo en materia electoral y darle más participación a la voluntad popular, le atribuyó mayor relevancia al síndico, miembro de elección popular, conforme al Código Electoral.

#### *Los "Concejos Municipales de Distrito"*

Constituyen los "Concejos Municipales de Distrito" un instituto nuevo en el régimen municipal costarricense, aún cuando su introducción en un moderno Código sea tan poco notorio en el texto y tan discutido en la realidad política nacional de los municipios. Dentro del Capítulo en que se encuentra inserto es difícil hallarlo, aunque paradójicamente ocupa casi la totalidad del mismo.

El Capítulo VIII "Concejos de Distrito y Síndicos", del Código Municipal promulgado el 4 de mayo de 1970, se compone de tres artículos, los cuales ya hemos analizado en páginas anteriores. Bajo la denominación dada al capítulo no se regulan únicamente las dos instituciones señaladas, sino que aparece en forma bastante desapercible la de los "Concejos Municipales de Distrito", a través de un primer transitorio al primero de esos tres artículos. El Transitorio I del artículo 63 del Código Municipal textualmente dice en su párrafo con que se inicia:

*“Los Concejos de Distrito establecidos mediante Decreto Ejecutivo antes de la vigencia de este Código, subsistirán con el nombre de Concejos Municipales de Distrito...”*

Es necesario introducir en la ley disposiciones transitorias al establecerse cambios normativos que afectan situaciones jurídicas existentes a desaparecer o ser modificadas sustancialmente, en virtud de nuevas regulaciones. Los transitorios tienen la finalidad de integrar aquéllas, en forma no violenta ni perjudicial, dándoles un período de transición prudencial de ajustamiento, para regirse conforme al nuevo orden. La lógica señala, que en buena técnica jurídica, es recomendable que estas disposiciones destinadas a considerar estados temporales de situaciones prececederas, estén ubicadas al final de las innovaciones normativas. Hay también razones de conveniencia práctica para no enumerarlas: ellas dejan de existir al cumplir su función de adecuación cuando transcurre el período de tránsito para el que fueron creadas, y su eliminación posterior permite no alterar el orden numérico originalmente dado al nuevo articulado.

El citado Capítulo VIII regula, junto con este Transitorio —que no tiene ni las características ni las funciones de tal adjetivo— tres instituciones:

- a) los “Concejos de Distrito”;
- b) los “Síndicos”; y
- c) los “Concejos Municipales de Distrito”, con la correspondiente figura del “Intendente”.

A los “Concejos Municipales de Distrito”, a través de un largo transitorio, se les dedica casi todo el capítulo que debió destinarse únicamente, como el nombre del mismo lo indica, a los “Concejos de Distrito y Síndicos”. Su intromisión se ubica en el centro mismo de las regulaciones y a continuación del primer artículo; ocupa la mayor parte del único capítulo que le concedió el Código Municipal a los Concejos de Distrito y a los Síndicos.

El Transitorio I del artículo 63 no se limita a hacer subsistir con nombre distinto los antiguos “Concejos de Distrito”: conforme lo dispone en el inciso g) del mismo, faculta al Poder Ejecutivo para crear nuevos “Concejos Municipales de Distrito”.

Los “Concejos de Distrito” fueron instituidos originariamente por la Ley N° 118 de 6 de julio de 1939, y el Decreto Ejecutivo a que se refiere el Transitorio I no es otro que el N° 39 de 6 de setiembre de ese mismo año, que vino a reglamentar dicha ley, por disponerle así su artículo 12.

Examinada la ley N° 118 de 6 de julio de 1939<sup>16</sup> y su Reglamento de 6 de setiembre del mismo año<sup>17</sup>, fecha que no menciona el Transitorio I, vemos la influencia que sobre la misma ejercieron las Constituciones Políticas de la época.

<sup>16</sup> “N° 118. EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, DECRETA: Artículo 1.—No obstante lo dispuesto por la ley N° 131 de 9 de noviembre de 1909, cuando un distrito cuente con rentas mayores de tres mil colones, y su principal centro comercial o agrícola diste treinta kilómetros o más de la cabecera de su cantón, podrá ser regido por una junta de vecinos que se denominará “CONCEJO DE DISTRITO”. De igual modo podrá regirse el barrio o conjunto de barrios que a juicio del Poder Ejecutivo y por reunir las mismas condiciones, convenga a sus intereses su propia administración”.

“Art. 2.—Cada Concejo de Distrito constará de tres miembros propietarios y de igual número de suplentes: dos de los miembros propietarios y dos de los suplentes serán designados libremente por el Poder Ejecutivo, y los restantes, de la terna que oportunamente propongan la Municipalidad del lugar. Si ésta no enviare la nómina de candidatos dentro de los quince días siguientes a la fecha de habersele solicitado, el mismo Poder completará el personal del Concejo y procederá a su nombramiento”.

“Art. 3.—Para ser miembro de estas Corporaciones se requiere: ser mayor de edad, de reconocida buena conducta, de capacidad para el cargo, contar con una renta anual mayor de dos mil colones y ser residente en el lugar desde seis meses antes de su nombramiento”.

“Art. 4.—No podrán integrar estas Juntas los que, conforme la ley, no pueden ser Regidores Municipales, excepto en cuanto a nacionalidad”.

“Art. 5.—La gestión confiada al “Concejo de Distrito”, y su funcionamiento, se regulará por las leyes vigentes de organización municipal, en lo que no alcance la presente”.

“Art. 6.—Los acuerdos y resoluciones que estos Concejos dicten, serán ejecutados, únicamente, por un funcionario de nombramiento del Poder Ejecutivo, el cual se llamará “INTENDENTE”, con los mismos deberes y atribuciones que en materia municipal señalan las leyes a los Jefes Políticos.”

“Art. 7.—El “Concejo de Distrito” debe formular para cada año su planta de empleados que someterá a la aprobación del Poder Ejecutivo, con indicación de dotaciones”.

“Art. 8.—Los fondos de un barrio o caserío sólo podrán invertirse en provecho del mismo, salvo los que sea necesario prorratar entre ellos para los gastos generales de administración.”

“Art. 9.—El Síndico del distrito que sea administrador de acuerdo con los términos de esta ley, continuará ejerciendo sus funciones ante el “Concejo de Distrito”.

“Art. 10.—El “Concejo de Distrito”, por medio de su Intendente, informará cada tres meses a la Municipalidad de su cantón del movimiento de ingresos y egresos, con especificación de las obras realizadas y en proyecto. Copia de tal informe le será enviado a la Inspección General de Hacienda Municipal.”

“Art. 11.—Las personas que se nombren para integrar estos Concejos, así como el Intendente, durarán dos años en el desempeño de sus funciones, salvo que por negligencia, abandono del cargo u otro motivo calificado, considere el Poder Ejecutivo que procede su remoción. Los miembros de Concejo servirán el cargo ad-honorem.”

A esa fecha la Constitución vigente de 1871 había sido reformada por el General Guardia, mediante el Decreto Ejecutivo N° VII de 26

"Art. 12.—El Poder Ejecutivo hará la reglamentación de esta ley."

"COMUNIQUESE AL PODER EJECUTIVO. Dado en el Salón de Sesiones del Congreso. Palacio Nacional. San José a los cuatro días del mes de julio de mil novecientos treinta y nueve.

OTTO CORTES, Vicepresidente; H. CHACON JINESTA, Primer Secretario; CARLOS JINESTA, Segundo Secretario.

CASA PRESIDENCIAL. San José a los seis días de julio de mil novecientos treinta y nueve. EJECUTESE, LEON CORTES. El Secretario de Estado en el Despacho de Gobernación, LUIS FERNANDEZ".

17 N° 39. LEON CORTES, PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

De conformidad con lo que prescribe el artículo 12 de la ley N° 118 de 6 de julio en curso, DECRETA:

"Art. 1.—Cada Concejo de Distrito, que nombre el Poder Ejecutivo, de acuerdo con la citada ley, tendrá su asiento en la cabecera del respectivo distrito."

"Art. 2.—Los concejales tomarán posesión de su cargo ante el Agente Principal de Policía del lugar, dentro de los diez días siguientes al de su designación. Al acto asistirán propietarios y suplentes en la fecha y hora que señale, previa convocatoria, la mencionada autoridad. El juramento, así como la instalación de estas corporaciones se ajustará al artículo 14 de la Ley de Organización Municipal de 9 de noviembre de 1909."

"Art. 3.—Nombrados el Presidente y el Vicepresidente, los concejales procederán seguidamente a elegir, de fuera de su seno, un Secretario-Contador, y señalar el local, los días y horas para sus sesiones ordinarias, que como minimum se fijan en dos mensuales.

El Agente Principal de Policía levantará una acta de la instalación y de los acuerdos tomados, la que firmará con los concejales y Síndico Municipal quien ha de ser convocado para que concurra al acto. La inasistencia de este funcionario no motivará nulidad de lo actuado.

Copia del acta se enviará a la Secretaría de Gobernación para ser publicada en el Diario Oficial."

"Art. 4.—El nombramiento del Intendente (artículo 6 de la ley que se reglamente), lo hará el Poder Ejecutivo en la misma fecha que la de los concejales; prestará juramento y tomará posesión del cargo ante la autoridad de policía referida; pero si el nombramiento recayera en esta autoridad, lo juramentará y dará posesión del puesto el Presidente del Concejo. De este hecho se levantará una acta, copia de la cual, será remitida para su publicación a la Secretaría de Estado ya mencionada".

"Art. 5.—El Concejo de Distrito podrá celebrar sesión extraordinaria cuando dos de sus miembros propietarios así se lo soliciten por escrito al Intendente, quien convocará para el caso con indicación de los asuntos que deben tratarse. También podrán celebrarse tales sesiones cuando el Intendente lo estime necesario. La citación se hará con veinticuatro horas de anticipación, incluyéndose al Síndico Municipal del distrito".

"Art. 6.—A falta de local apropiado para las reuniones del Concejo, ellas preferentemente, habrán de celebrarse en el despacho del Agente Principal de Policía."

"Art. 7.—No se celebrará sesión sin la concurrencia de la totalidad de los miembros que integran el Concejo. Las faltas de los propietarios se llenarán con los suplentes en el orden de su nombramiento. Si el suplente a quien co-

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

de abril de 1882, que le dio al Poder Ejecutivo gran intervención en el régimen municipal, al grado que el Gobernador, tenía la facultad de vetar todos los acuerdos de las municipalidades de su jurisdicción.

responde, en primer término, reponer al propietario ausente, no pudiese concurrir, se llamará al que siga en el orden referido. Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos."

"Art. 8.—Corresponde al Intendente comunicar a la Secretaría de Gobernación toda vacante que ocurra en miembros del Concejo, ya sea por fallecimiento, renuncia o ausencia definitiva, a fin de que el Poder Ejecutivo proceda a su reposición. Si la vacante que hubiere que llenar fuere la de un miembro propuesto por la Municipalidad, se pedirá la terna correspondiente.

"Art. 9.—En la primera sesión ordinaria, o extraordinaria, que celebre el Concejo, procederá al nombramiento de la planta de empleados que fueren necesarios para la administración de los servicios que deba atender la Corporación de acuerdo con las leyes municipales. También en la misma sesión se señalarán los barrios, que por su importancia y recursos económicos, tenga derecho a que sus fondos se manejen en cuenta separada de las del centro del distrito."

"Art. 10.—Los barrios concurrirán, en la proporción de sus ingresos, a los gastos de administración del distrito y se tendrán como tales el sueldo del Tesorero, el del Secretario-Contador, el del Intendente, y cualquiera otro que por su naturaleza deba considerarse así a juicio de la Inspección General de Hacienda Municipal, y los que demanden el mobiliario y útiles para las oficinas de aquellos funcionarios."

"Art. 11.—La persona que resulte nombrada para Tesorero del distrito, no podrá tomar posesión del cargo sin rendir previamente la garantía de ley consistente en póliza de fidelidad del Banco Nacional de Seguros en un tanto equivalente al 25% del monto de los ingresos alcanzados durante el año anterior."

"Art. 12.—En el desempeño de sus funciones, el Tesorero como el Secretario-Contador, procederán con arreglo a la Ley de Hacienda Municipal y Reglamento de Contabilidad Municipal vigente. Además, el segundo de los aquí nombrados, en su calidad de Secretario del Concejo ajustará sus actuaciones en conformidad con la Ley N° 11 de 10 de setiembre de mil novecientos veinticinco, ley que también le servirá de norma a la Corporación en cuanto al trámite que deba dar a sus acuerdos o resoluciones que interesen a particulares."

"Art. 13.—La visación, glosa y aprobación definitiva de las cuentas de las tesorerías de los distritos que se administren de acuerdo con la ley que reglamente este decreto, corresponde a la Inspección de Hacienda Municipal, en concordancia con la número 178 de 16 de agosto de 1938."

"Art. 14.—El Intendente será el órgano de comunicación del Concejo con el Poder Ejecutivo; su Presidente con las Corporaciones públicas y el Secretario-Contador con empleados y particulares."

"Art. 15.—Instalado el Concejo de Distrito, su Presidente lo comunicará así, por medio del Jefe Político, a la Municipalidad respectiva, para ésta dentro de los quince días siguientes, a más tardar, haga entrega a la nueva Corporación de los fondos pertenecientes al distrito autónomo."

"Artículo 16.—Este decreto entrará en vigor desde la fecha de su promulgación."

Dado en la Casa Presidencial.—San José, a los seis días del mes de setiembre de mil novecientos treinta y nueve. LEON CORTES. El Secretario de Estado en el Despacho de Gobernación, LUIS FERNANDEZ".

La Carta de 1871, modificada en la forma dicha en 1882, se mantuvo en vigor desde 1919 hasta 1949. Sin embargo, la Constitución de 1871 estuvo derogada durante el período de vigencia de la Constitución dada bajo el régimen de Tinoco (8 de junio de 1917 al 3 de setiembre de 1919). La Ley Fundamental de 1917 dejó el manejo de los intereses locales a cargo de las municipalidades de cada cantón, cada una de las cuales debía tener un Intendente electo. Este miembro podía ser reelecto para un nuevo período (3 años); su función era la de ejecutar las leyes y los acuerdos municipales, además podía vetar cualquiera de estos acuerdos. El Gobernador no tenía ya autoridad alguna sobre las municipalidades e Intendente, pero debía prestarles colaboración.

Disponía también que cada distrito eligiera además su Síndico propietario y un suplente, cuya función principal sería la de representar ante la Municipalidad los intereses especiales de su distrito y "ver que los fondos de éste se invirtieran en sus necesidades, deducido el tanto por ciento de gastos generales del cantón que corresponda al distrito en proporción a su población respecto de la totalidad del cantón". (Art. 117).

Al promulgarse la Constitución Política vigente, el 7 de noviembre de 1949, la nota característica más sobresaliente del régimen municipal, fue dotar a las municipalidades de gran independencia, con lo cual el Poder Ejecutivo perdió su injerencia en el gobierno municipal<sup>18</sup>. Sin embargo, aunque parezca un contrasentido, del estudio de los textos de las Cartas Fundamentales, que en la evolución histórica del régimen municipal costarricense el legislador constitucional siempre mantuvo una posición de avanzada, al comparársele con el legislador ordinario.

<sup>18</sup> "En la correspondiente Exposición, Revista del Colegio de Abogados, Tomo III, San José, Costa Rica, diciembre de 1948, se lee, en lo conducente:

"REGIMEN MUNICIPAL. Es evidente que el régimen municipal ha decaído considerablemente en Costa Rica durante los últimos años y la Comisión ha creído conveniente darle nueva vida, de acuerdo con la tradición y con la importancia que dicho régimen tiene en el desarrollo de las nacionalidades hispanoamericanas."

"Para ello, procedió en primer lugar a darle la mayor independencia posible, liberándolo de la tutela del Poder Ejecutivo, y convirtiéndolo en instrumento de una adecuada y eficaz organización de las provincias". "Fácil es comprender que la Comisión ha tenido en cuenta, al redactar lo tocante al régimen municipal, no solamente la importancia intrínseca de la institución, sino también su propósito de descentralizar las funciones del Estado en la medida en que sea conveniente a las mismas sin perjudicarlas en su unidad y dirección" Cit. por ROJAS, Otto, "El Código Municipal y la Municipalidad Autónoma. Subvenciones y la Autonomía Municipal", trabajo publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 20-21, octubre 1972, pág. 20.

El anterior texto hace referencia a la comisión de juristas, economistas, políticos y sociólogos, que fue integrada en esa forma conforme al Decreto N° 37 de 25 de mayo de 1948, de la Junta Fundadora de la Segunda República. El proyecto presentado por esa Comisión, al reunirse la Asamblea Nacional Constituyente en general fue desechado; a pesar de ello sirvió de orientación en materia municipal.

De ahí, que al dictarse el Código Municipal, que se pretende moderno, vacile en establecer regulaciones acordes con la nueva Constitución y estatuya diferentes clases de Concejos de Distrito para mantener en alguna forma la tradicional intervención del Poder Ejecutivo, a pesar de la autonomía actual de las corporaciones municipales.

No es sólo en la legislación municipal vigente que se observa esta actitud de reserva: la Ley N° 118 que creó los Concejos de Distrito en 1939, mantuvo la tendencia de la Ley de la Organización Municipal de 9 de noviembre de 1909 que al reformar el artículo 129 de las Ordenanzas Municipales de 24 de julio de 1867, dejó a cargo del Poder Ejecutivo "la suprema inspección" sobre las autoridades municipales y sobre las municipalidades mismas. Para lograrlo, la ley de 1939, no obstante lo dispuesto por la de 1909, tomó instituciones de la Constitución de 1917 y les dio un sentido totalmente distinto. Es patente el caso del Intendente, que conforme a la Carta de 1917 era un miembro de elección popular y la Ley N° 118 convirtió en un funcionario de nombramiento del Poder Ejecutivo, que en gran parte vino a sustituir al antiguo síndico también elegido popularmente y al que no tomó como miembro de los Concejos de Distrito, a menos que fuera en ese momento "administrador" de los fondos de un barrio o caserío, con lo cual al vencerse el período para el que fue electo quedaba fuera de la integración concejil.

Estas modificaciones no resultaron difíciles, puesto que en 1939 la Constitución de 1871, reformada en 1882 para beneficio del Poder Ejecutivo, estaba nuevamente en vigencia y la Constitución de 1917 había sido derogada desde 1919.

En problema vino a convertirse la Ley N° 118 de 1939 al emitirse la Carta de 1949 que suprimió las prerrogativas de que gozó el Poder Ejecutivo anteriormente sobre el régimen de los municipios. En 1970, al promulgarse el Código Municipal ese Poder mantuvo en el mismo, en forma harto difícil, su intervención a través de los Concejos Municipales de Distrito, a pesar de la autonomía establecida para el régimen de los municipios. Por mantener una posición tradicional, el nuevo Código diseñó la forma actual de los Concejos de Distrito y creó los Concejos Municipales de Distrito, reservándose en los últimos la participación del Poder Ejecutivo y en los primeros la restricción de las funciones que la Constitución señala al síndico.

Ambos organismos se diferencian entre sí en muchos aspectos, sin embargo la distinción esencialmente se halla en los miembros principales de cada uno: en los Concejos de Distrito uno de los integrantes es "necesariamente el síndico de la circunscripción"; en los Concejos Municipales de Distrito el Intendente es indispensable, conforme a las regulaciones que consigna el Código Municipal.

El síndico tiene como única función la de presidir las reuniones de ese Concejo y el derecho a asistir a las sesiones del Concejo Municipal, en las que tendrá voz sólo respecto de los asuntos que sean de interés directo para el distrito que represente. Al Intendente en cambio se le

confieren "los mismos deberes y atribuciones que el Código le señala al Ejecutivo Municipal"<sup>19</sup>; ejecuta los acuerdos y resoluciones de los Concejos Municipales de Distrito e informa a la municipalidad del cantón a que pertenece el distrito, cada tres meses, del movimiento de ingresos y egresos, con especificaciones de las obras en ejecución y en proyecto.

El Código insiste en mantener los Concejos de Distrito, que son un resabio histórico, conservado por el marco legal, como lo está también, por las leyes electorales, que el síndico es un funcionario de elección popular, aunque al referirse a él la Constitución no lo señale así y ninguna de nuestras anteriores constituciones, ni la presente (art. 172), disponga en ese sentido, con excepción, desde luego del artículo 117, párrafo cuarto, de la Carta de 1917.

<sup>19</sup> El Ejecutivo Municipal es nombrado por el Concejo Municipal, pero no puede serlo quien sea regidor o síndico, propietario o suplente y está sujeto "a las mismas disposiciones sobre requisitos, impedimentos, prohibiciones, recusaciones y licencias que establece este Código para los regidores, en cuanto fueren racionalmente aplicables, dada la naturaleza del cargo y el origen de su nombramiento y a los demás requisitos, que para garantizar la eficiencia de la función Ejecutiva, establezca por reglamentos la respectiva municipalidad".

(Arts. 55 y 56).

"Art. 57.—Corresponde al Ejecutivo:

- a) Ejercer las funciones inherentes a la condición de administrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilando su organización, funcionamiento y coordinación, lo mismo que el fiel cumplimiento de los acuerdos municipales y de las leyes y reglamentos en general;
- b) Asistir a las sesiones del Concejo con voz pero sin voto;
- c) Suministrar al Concejo la información regular, exacta y completa que sea necesaria para asegurar el buen gobierno y dirección superior de la corporación;
- ch) Proponer al Concejo normas generales de la política que debe llevarse adelante y que considere oportunas;
- d) Presentar al Concejo, para su aprobación, los proyectos de presupuesto de la municipalidad;
- e) Proponer al Concejo la creación de plazas y servicios indispensables para el buen funcionamiento del Gobierno Local;
- f) Nombrar, promover, remover, conceder licencias e imponer sanciones al personal de la municipalidad, de acuerdo con lo establecido en este Código y los reglamentos respectivos;
- g) Vigilar el correcto desarrollo de la política adoptada por la municipalidad, la realización de los programas de trabajo y la ejecución de los presupuestos;
- h) Ejecutar o hacer ejecutar los acuerdos que dicte el Concejo;
- i) Convocar a sesiones extraordinarias: estará obligado a convocar cuando se lo pidan por escrito al menos dos regidores.
- j) Ejercer el veto conforme a este Código;
- k) Ostentar la representación legal de la municipalidad;
- l) Rendir semanalmente informe de los egresos que autorice según inciso d) del artículo 21; y
- m) Cumplir las demás atribuciones que le correspondan de conformidad con este Código, los reglamentos municipales y demás disposiciones pertinentes."

Se originó el síndico como un funcionario de lección popular, en el artículo 6 de la Ley de la Organización Municipal N° 131 de 9 de noviembre de 1909, que remitía a la Ley de Elecciones de 20 de junio de 1870, (al efecto véase la cita N° 12), además puede notarse en la evolución normativa de las funciones que tuvo el síndico, las que fueron modificándose con el transcurso del tiempo:

- a) en 1823, por Ley N° 65 de 4 de agosto, el artículo 4 establecía que la Electoral de cada distrito elegiría anualmente un Procurador Síndico, "el cual tendrá voz en las sesiones municipales en todo lo que se refiere a su distrito y libre inspección de la contabilidad municipal; y representará a su distrito en todas las acciones judiciales que haya que promover por mal manejo de las rentas pertenecientes á dicho distrito."
- b) En las Ordenanzas Municipales (Decreto XX de 24 de julio de 1867) es difícil reconocer al síndico como tal y sus funciones. Según parece, son éstos los Jueces de Paz que mencionan los artículos 103 y siguientes, que disponen que cada uno de los distritos parroquiales en que se dividen los Cantones de Provincia, habrá un Juez de Paz subordinado al Gobernador o al Jefe Político del Cantón. A los Jueces de Paz les concierne todo lo relativo a la seguridad del Distrito y de su régimen político y económico. Ellos son nombrados anualmente por los Gobernadores en el Cantón de la Capital, y por los Jefes Políticos en los Cantones menores.
- c) La Constitución de 1844 dispuso en el Título VII "Del Poder Judicial", que "una ley especial arreglará la administración de Justicia en todos conceptos bajo las reglas prescritas en este título". La Ley Reglamentaria de Justicia, Decreto N° LIV, de 23 de diciembre de 1845, dejó a cargo de los Síndicos Procuradores la función de agentes fiscales y acusadores en primera instancia en las causas criminales seguidas de oficio en sus respectivos pueblos o demarcaciones. Los Procuradores Síndicos eran nombrados libremente por el Poder Ejecutivo (artículo 110, inciso 4° de la Constitución de 1844).

La Constitución de 1917 nos dejó entre sus más valiosos aportes, que aún se conservan, el haber deslindado los regímenes político, electoral, municipal y judicial, tan entrelazados en las constituciones que la precedieron, y el derecho de los ciudadanos costarricenses a sufragar en forma directa, por primera vez en la historia del país. Sin embargo en la Constitución de 1949 no recogió la norma establecida en el artículo 52 de la Carta de 1917 que expresamente señalaba que en elecciones populares se elegirían también los síndicos municipales<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> En el Capítulo II "El Sufragio", la constitución actual reza en el artículo 96, segundo párrafo:

El Código Municipal restringe las funciones actuales del síndico, según se explicó en páginas anteriores al analizar los "Concejos de Distrito y Síndicos" en relación con otras leyes vigentes y la Carta Política, que contempla a este funcionario en el Título XII dedicado al Régimen Municipal. Pero aún va más allá el Código en materia y contraviniendo el espíritu de la Constitución que busca fortalecer el régimen de los municipios, le otorga facultades trascendentales al Intendente, con lo cual resulta ser uno de los más importantes integrantes.

El Código copia en su mayoría las disposiciones que la Constitución de 1917 incluyó dentro del régimen municipal para el Intendente: las funciones son muy similares a las que tiene el actual Ejecutivo Municipal (propone medidas generales de política, ejecuta los acuerdos, ejerce el veto a los mismos, etc.); aunque del Código no se desprende si el cargo lo sirve gratuitamente, conforme al párrafo cuarto del artículo 118 de la Carta de 1917, al Intendente si se le remuneraba.

Cabe agregar que ésta es la única Carta del país en que se menciona a este funcionario que tiene características de Jefe superior económico, porque la otra constitución, sea la de 1825, que cita al "Intendente" en el artículo 114 de la misma<sup>21</sup> no se refiere a la persona que desempeña esta clase de trabajo público, sino a otro tipo de servidor del derecho político norteamericano (la Ley Fundamental del Estado de 25 de enero de 1825 fue redactada conforme a los lineamientos de la constitución federal, que tomó como modelo la de los Estados Unidos de Norte América).

Después de esta revisión, necesaria para explicar la referencia hecha por el Transitorio I a un "Decreto Ejecutivo" que, sin tener rango de ley, tuvo el poder de crear una institución como la de los viejos "Concejos de Distrito" en un momento histórico en que reinaba sin crisis política un estado de derecho, concluimos que los "Concejos Municipales de Distrito" subsisten en virtud de aquellos que tuvieron su origen, no en un Derecho Ejecutivo, sino con fundamento en una ley emanada del Congreso Constitucional de 1939, y a la que no conviene mencionar en forma directa, sin mayores controversias, introducir disimuladamente Concejos de nombramiento del Poder Ejecutivo.

Si la cita a la Ley N° 118 de 6 de julio de 1939, resulta espinosa, aún es peor la vía transitoria usada para estatuir los "Concejos Mu-

"El Estado contribuirá a la financiación y pago de los gastos de los partidos políticos para elegir los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo con las siguientes disposiciones: ..."

El artículo 102, que es el que señala las funciones del Tribunal Supremo de Elecciones, el inciso 7) le atribuye la de "efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones de Presidente y Vicepresidentes de la República, Diputados a la Asamblea Legislativa, miembros de las Municipalidades y Representantes a Asambleas Constituyentes";

<sup>21</sup> Art. 114. Habrá además en las cabeceras de cada Departamento un Jefe subalterno del Político Superior y del Intendente".

nicipales de Distrito" y más grave todavía desafiar el régimen autónomo que gozan las corporaciones municipales en la actualidad.

Los Concejos Municipales de Distrito, a los cuales el Código Municipal no los menciona por su nombre en ninguno de sus capítulos, son regulados bajo el correspondiente a los "Concejos de Distrito" como si fueran los mismos y en el transitorio I del artículo 63 los contempla, aparentemente de manera provisional, pero que resultan ser veladamente permanentes y distintos.

El Código se cuida de no señalar que los Concejos Municipales de Distrito subsisten como aquellos establecidos mediante Ley N° 118 de 1939 que se fundamentó en la Constitución dada bajo la dictadura de Federico Tinoco, y que por Decreto Legislativo N° 41 de 21 de agosto de 1920 el Congreso promulgó la "Ley de Nulidades para reinstaurar el estado de derecho en el país y abolir la Constitución de 1917 y las subsiguientes leyes creadas, que quedaron sin efecto por haberse dado bajo un régimen ilegítimo y arbitrario". Además hace caso omiso de que el propio Código Municipal derogó expresamente por su artículo 185 la "ley que estableció los Concejos de Distrito, N° 118 de 6 de julio de 1939".

El hecho de que el Transitorio no se refiere a tan ingratos orígenes no es lo más importante; el punto más álgido no está en la fuente de donde derivan los Concejos Municipales de Distrito, ni en la forma inconveniente como se introducen en el ordenamiento, que resulta a todas luces chocante hasta con las más elementales reglas técnico-jurídicas. Lo trascendental es que al autorizarse a través del Transitorio, sea por ley expresa, la intervención del Poder Ejecutivo, se crea una situación de roce con un ente descentralizado o autónomo, conforme consagra la Constitución nacional a las corporaciones municipales: se crean así, serios problemas políticos, realmente inconvenientes; dificultades enormes en el ámbito del derecho Administrativo, y frente a la Carta Fundamental un enfrentamiento que exige reformar el Código Municipal.

El problema de fondo se encuentra en que el Transitorio I dispone que "los Concejos de Distrito establecidos mediante Decreto Ejecutivo antes de la vigencia de este Código, subsistirán con el nombre de Concejos Municipales de Distrito, con la misma personalidad jurídica y con las mismas funciones que han venido desempeñando y su gestión y funcionamiento se regirán por las siguientes disposiciones: a) ...; b) ...; c) ...; ch) ...; d) ...; e) ...; f) ...; y g): El Poder Ejecutivo podrá crear nuevos Concejos Municipales de Distrito ...".

Los antiguos Concejos de Distrito con esas disposiciones: cambian de nombre, conservan su personalidad jurídica y sus funciones, pero se rigen conforme a las nuevas disposiciones establecidas en los incisos a), b), c), ch), d), y f) del Transitorio I. Así los viejos Concejos de Distrito se denominan ahora "Concejos Municipales de Distrito", al igual que los nuevos que cree el Poder Ejecutivo y ambos tienen personalidad jurídica, funciones que se regulan en la misma forma según

lo establecido en los incisos señalados, para finalmente terminar confundiendo en un mismo instituto, en cuanto a su gestión y competencia, pero no en cuanto a su fuente de origen, ya que los primeros subsisten por disposición de la ley, sea por el propio Transitorio I y los segundos son creados por el Poder Ejecutivo.

En virtud del Transitorio I los primeros Concejos de Distrito y los Concejos Municipales de Distrito pasaron a formar un mismo grupo. Todos ellos se rigen en la actualidad conforme a reglamentación del Poder Ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso e) del citado Transitorio.

Otra es la situación de los Concejos de Distrito que crean los Concejos Municipales y que éstos reglamentan en cuanto a la forma de nombramiento de los miembros que los integran y su funcionamiento, autorizados por el Transitorio II del artículo 63.

A pesar de que las municipalidades gozan de la autonomía que les confiere la Constitución (artículo 170) y de que pueden en base al Código Municipal "dictar los reglamentos autónomos, de organización y de servicio y de cualquier otro autorizado por la ley" (inciso a) del artículo 7), la reglamentación dispuesta por el Poder Ejecutivo "regirá también para las municipalidades, en lo que fuere aplicable".

La característica esencial de los entes descentralizados es que ellos tienen personalidad jurídica, así las instituciones autónomas del Estado "gozan de independencia administrativa" (artículo 188 de la Constitución), potestad que les permite dictar normas sin más sujeción, en materia de gobierno, que las que señale la ley. Dentro de la idea de la descentralización administrativa los Concejos no pueden tener personalidad jurídica: ésta corresponde al ente, sea al propio municipio, al cual se le señala jurisdicción territorial determinada. La descentralización implica una atribución de competencia, la que se da con carácter definitivo, por lo cual el Estado no puede actuar en el ámbito de acción conferido y expresamente señalado por la Constitución (artículo 169).

El origen de la competencia es de orden legal: nuestra Constitución Política claramente establece en el artículo 121, inciso 20, como atribución o competencia de la Asamblea Legislativa "crear los tribunales de justicia y los demás organismos para el servicio nacional". Sin embargo los Concejos Municipales de Distrito se crean "con la misma personalidad jurídica y con las mismas funciones que han venido desempeñando", mediante decretos emitidos por el Presidente de la República y el Ministro de Gobernación, autorizados por el Transitorio I del artículo 63 y su inciso g) y se rigen por reglamentación del Poder Ejecutivo, la cual es impuesta a pesar de la autonomía municipal.

Para poner en acción la personalidad jurídica, los entes necesitan de la ayuda que le prestan las personas físicas, su reunión forma un órgano, que carece de personalidad, "porque sus fines y competencias (deberes y poderes) no les están atribuidos como centro último autónomo de referencia sino en forma dependiente y provisional. Dependiente porque la competencia está atribuida como parte del ente y no

como un centro autónomo y distinto de acción; y provisional porque, por esa misma dependencia, la competencia es propia del órgano en forma transitoria y como puente para trasladarla finalmente y en último término al ente a que pertenece. El órgano no tiene fines ni competencias, sino el ente a través de él"<sup>22</sup>.

Este órgano integrado por regidores electos popularmente y por el Ejecutivo Municipal de nombramiento del Concejo Municipal, es el que ejerce el Gobierno Municipal, (artículo 20 del Código Municipal) a cuyo cargo está "la administración de los intereses y servicios locales en cada cantón". (artículo 169 de la Constitución).

La finalidad de este órgano llamado "Concejo Municipal" se logra a través de la acción administrativa que realiza y que ejecuta por medio del agente público señalado por la ley, en este caso, por el Ejecutivo Municipal, que tiene entre sus funciones "las inherentes a la condición de administrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilando su organización, funcionamiento y coordinación, lo mismo que el fiel cumplimiento de los acuerdos municipales y de las leyes y reglamentos en general; ejecutar o hacer ejecutar los acuerdos que dicte el Concejo; ejercer el veto"<sup>23</sup>; ostentar la representación legal de la comunidad. (artículo 57 del Código Municipal).

<sup>22</sup> Del texto original hemos cambiado la palabra 'oficina' por la de 'órgano' para evitar confusiones innecesarias; pero el sentido es el mismo, conforme lo expresa el Lic. Eduardo Ortiz: "La oficina (que es sinónimo de órgano) es un objeto ideal, que no se toca ni se ve, resultado de una prescripción legal que ordena reputar pertenecientes al Estado o al ente público determinadas competencias (poderes y deberes), a través de otro centro parcial de acción con nombre propio, calificado como parte de su organización". (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Op. cit. Tesis 11 "La Doctrina del Órgano", pág. 2).

<sup>23</sup> "Art. 176.—El veto de los acuerdos municipales podrá ser interpuesto por el Ejecutivo sólo por motivos de ilegalidad, y dentro del quinto día después de aprobado definitivamente el acuerdo impugnado.

En el memorial que presentará, el Ejecutivo indicará imprescindiblemente las normas o principios jurídicos violados.

La interposición del veto suspenderá la ejecución del acuerdo.

En la sesión siguiente inmediata de presentado el veto, deberá el Concejo rechazarlo o acogerlo".

"Art. 177.—No estarán sujetos al veto los siguientes acuerdos:

- a) Los no aprobados definitivamente;
- b) Aquellos en que el Ejecutivo tenga interés personal directo o indirecto;
- c) Los recurribles en los procesos contencioso administrativos especiales regulados en los artículos 82, 83, 89 y 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa;
- ch) Los que deban aprobarse por la Asamblea Legislativa o la Contraloría General de la República, o hayan sido autorizados por aquélla;
- d) Los apelables ante la Contraloría General de la República; y
- e) Los de mero trámite o de ratificación, confirmación o ejecución de otros anteriores".

Estas disposiciones tienen su fundamento en la propia Constitución que en su artículo 173 reza:

"Los acuerdos municipales podrán ser:

Por su parte el Transitorio I del artículo 63 en su inciso c) dispone que “los acuerdos y resoluciones de los Concejos Municipales de Distrito serán ejecutados por un funcionario de nombramiento del Poder Ejecutivo el cual se llamará “Intendente”, con los mismos deberes y atribuciones que el Código Municipal le señala al Ejecutivo Municipal”. Si al Ejecutivo Municipal, como indica el artículo 176 del Código de la materia le corresponde ejercer el veto, que la Constitución en su artículo 172, numeral 1) establece como medio para objetar los acuerdos municipales, el cual debe ser razonado por el funcionario que indique la ley, la disposición del inciso c) del Transitorio es contraria a lo que manda el texto constitucional. Cabe agregar, además, que ella es un resabio histórico, producto de la Constitución de 1917 que estableció en el artículo 117, para el manejo de los intereses locales, en cada cantón una Municipalidad y un Intendente.

### Conclusiones

Dentro del Capítulo VIII “Concejos de Distrito y Síndicos”, se incluyen tres diferentes órganos, que en relación con los Concejos Municipales, deben guardar un orden jurídico para poder coexistir en el ejercicio de sus funciones:

#### 1) El síndico

La naturaleza de la competencia del síndico es distinta a la del Concejo Municipal, también lo son los efectos de esa competencia y su finalidad. Sin embargo está relacionado con el Concejo Municipal, pero no en razón de jerarquía ya que nace esta figura de norma expresa constitucional, y no por el reglamento de organización.

Por la estructura, el síndico constituye un órgano individual, sea el formado por un solo titular, a diferencia del Concejo Municipal que es un órgano colegiado, integrado por los regidores y el Ejecutivo Municipal, todos en posición de igualdad recíproca.

El síndico está relacionado con el Concejo Municipal y forma con éste un órgano complejo, cuando se encuentra presente, en las sesiones a que tiene derecho a asistir. “Órgano complejo es el formado por dos, ambos necesarios para su existencia, que expresan simultáneamente su voluntad con el objeto de producir un mismo

- 1) Objetados por el funcionario que indique la ley, en forma de veto razonado;
- 2) Recurridos por cualquier interesado.

En ambos casos, si la Municipalidad no revoca o reforma el acuerdo objetado, o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente.”

efecto de derecho. La ausencia de cualquiera de los órganos integrantes y paritarios, produce la total inexistencia del acto, por falta del sujeto necesario para realizarlo”. “Ocurre con el órgano complejo a la inversa de lo dicho respecto del colegiado —que funciona por unanimidad y sin observancia del voto mayoritario—. Así como el órgano colegiado actúa a través de deliberaciones o actos colegiados, así también, el órgano complejo actúa a través de actos llamados complejos, que tienen de común con aquellos el provenir de dos voluntades destinadas a formar un solo efecto. En ambos casos, consecuentemente, la nulidad o la ineficacia de la voluntad de un órgano, produce la del acto final”<sup>24</sup>.

La medida de los poderes y deberes que tiene este órgano, conforme a la Constitución, es la de representar el distrito en el Concejo Municipal con voz pero sin voto y —agrega el Código Municipal— “sólo en los asuntos que fueren de interés directo para el distrito que represente”. (Artículo 65, párrafo final).

La ley no define qué se entiende por “interés directo”, lo cual no excluye que el síndico pueda interesarse también en asuntos municipales en general, como por ejemplo querer que obras que se llevan a cabo en diferentes lugares puedan ser realizadas en el distrito que representa, por ser ellas convenientes o beneficiosas al desarrollo de la comunidad a que pertenece.

#### 2) Los Concejos de Distrito

Los Concejos de Distrito, sean los que crean los Concejos Municipales mediante su reglamento autónomo de organización y que son regulados por los artículos 63, 64 y 65 del Código Municipal, ellos se encuentran en un grado inferior de jerarquía en relación con los segundos. Suficientemente analizados en una de las secciones de este estudio, presentan serias complicaciones jurídicas por cuanto los artículos que los regulan son contrarios al artículo 172 de la Constitución, y además establecen contradicciones de normas dentro del mismo Código Municipal.

#### 3) Los Concejos Municipales de Distrito

Estos por ser creados por el Poder Ejecutivo, no sólo no guardan ningún orden orgánico con relación a los Concejos Municipales, sino que irrespetan todo el ordenamiento jurídico municipal que tiene su base en la descentralización, la que le permite gozar de la autonomía que consagra la Constitución en sus artículos 170 y 188.

<sup>24</sup> ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Op. cit., Tesis 11, págs. 8 y 15.

Los tres institutos existentes han venido funcionando simultáneamente en un mismo distrito. Desde luego ha sido más fácil el surgimiento de los Concejos Municipales de Distrito y de los Concejos de Distrito. En cambio el síndico debe ser electo por el distrito, creado éste conforme a la Ley sobre División Territorial Administrativa que exige que la circunscripción está delimitada por ley, y en el caso de los nuevos distritos, que se demuestre que el territorio tiene una población mínima del diez por ciento de la población total del respectivo cantón y que el distrito o distritos que se deseen desmembrar también conserven ese mismo porcentaje de población, siempre que no sea menor de dos mil habitantes.

Una situación como la que plantea el funcionamiento de estos órganos, conforme a la doctrina puede llevar a que se establezcan las llamadas competencias concurrentes y de ejercicio simultáneo porque existen órganos con iguales funciones por razón de la materia, territorio, tiempo y grado. En la competencia concurrente "es posible que una competencia pertenezca a varios órganos, sin fragmentarse entre los mismos; cada órgano tiene la plenitud de la competencia correspondiente y puede hacer lo mismo que el otro. Esto ocurre entre órganos iguales o desiguales. Si se da la hipótesis entre órganos iguales se configura un fenómeno similar al que hemos llamado hablando de las fuentes, de coordinación por mutua concurrencia, en virtud del cual dos centros de acción pueden hacer lo mismo y lo hecho por uno deroga o deja sin efecto lo hecho por otro, con plena vigencia del principio de que lo posterior deroga lo anterior. La hipótesis más importante de competencias concurrentes, desiguales es el de la jerarquía plena o completa, que siempre es excepcional. En esta hipótesis hay dos órganos desiguales, el superior de los cuales puede hacer y deshacer todo lo que hace el inferior, antes o después de que éste haya resuelto el negocio de que se trata. Es la hipótesis de dos competencias desiguales pero fungibles, según dicho de Giannini. Ocurre ello cuando una norma otorga una competencia en forma genérica a un órgano complejo, como un Ministerio; no importa si, además, indica cuáles órganos dentro del mismo tienen la potestad en cuestión. En este caso hay competencias intercambiables entre superior e inferior y aquél puede sustituir a éste para todo efecto legal<sup>25</sup>.

Entre el síndico, el Concejo de Distrito y el Concejo Municipal de Distrito, se dan competencias concurrentes y de ejercicio simultáneo, ya que los tres tienen funciones similares por razón de la materia, territorio y tiempo: a todos se atribuye la competencia de colaborar con la Municipalidad del cantón a que pertenece el distrito. O sea que se da la primera hipótesis planteada en que cada órgano tiene plena competencia y puede hacer lo mismo que el otro, aunque sean ellos órganos desiguales en razón del grado y entre los mismos no se da

ninguna relación de jerarquía porque no cabe, en la forma que dispone el Código Municipal, afirmarse que un órgano es superior al otro. Sin embargo la reunión del síndico con el Concejo de Distrito sí configura un órgano complejo, como también lo es cuando sesiona con el Concejo Municipal. Esto no se produciría entre el Concejo Municipal de Distrito y el Concejo Municipal en el supuesto de que se reunieran, ya que el primero se encuentra fuera de la relación orgánica municipal por ser un órgano del Poder Ejecutivo, aunque con atribuciones municipales a nivel de distrito. Además el Concejo Municipal no puede relacionarse con órganos que no sean de la misma municipalidad o con los de otras municipalidades y menos aún con órganos no municipales.

Otra situación que se presenta con estos órganos es que el Concejo Municipal de Distrito, conforme al Código Municipal, cuenta con un agente o persona física para ejecutar sus acuerdos, el Concejo de Distrito no tiene esta ayuda psico-física del hombre, por lo cual sus decisiones no pueden ser externadas.

En síntesis, el Capítulo VIII "Concejos de Distrito y Síndicos", debe ser reformado en su totalidad, ya que no sólo está mal estructurado, sino porque gran parte de sus disposiciones son inconstitucionales, frente a los artículos 169, 170, 172, 188, 121 inciso 20), y 9). Además, también es contrario al artículo 173 de la Constitución que autoriza solamente a un funcionario para ejercer el veto municipal.

<sup>25</sup> ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Op. cit., "Teoría de la Organización", pág. 21.

## LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: ¿FICCION O REALIDAD?

*Dr. Enrique P. HABA*  
Investigador honorario de la  
Alexander von Humboldt-Stiftung

SUMARIO: I. Diferencia entre la interpretación subjetiva y la objetiva; argumentos contra la viabilidad de la primera. II. La VL como ser y como deber-ser; la idea del "legislador racional". III. Generalidades sobre la posibilidad de una indagación de voluntades. IV. Alcance de lo que se puede conocer sobre el pensamiento del legislador. V. Conclusiones: papel de la VL como figura de la argumentación jurídica.

Cuando en la teoría del Derecho se encara el problema de la intelección de las leyes, por lo general ello aparece planteado como una alternativa entre dos modalidades: la interpretación *subjetiva* y la interpretación *objetiva*. La primera consiste, para decirlo en forma muy genérica, en la búsqueda de la *voluntad* del legislador (VL). La segunda, en cambio, persigue la determinación de significaciones objetivas, esto es, de *ideas* que se considera como incorporadas *de por sí mismas* al texto legal, con independencia de que hayan sido o no pensadas por un legislador.

La discusión entre estos dos tipos de soluciones corresponde a distintos planos, que no siempre son cuidadosamente distinguidos. Así, con respecto al papel de la VL se presentan dos cuestiones, que suelen ser examinadas en forma un tanto indiscriminada. Por un lado, está el problema de saber si es verdaderamente *posible* (fácticamente viable) llegar a conocer esa "voluntad" y, en caso afirmativo, hasta qué punto será ella lo bastante concreta como para determinar el contenido de la ley. Por el otro, cabe preguntarse si —o hasta qué punto— dicha voluntad *merece* (valoración) ser determinante para el intérprete. En el presente artículo me referiré exclusivamente a la primera de estas dos cuestiones, que puede ser encarada como prejudicial con respecto a la otra.

## I

La interpretación *subjetiva* trata de descubrir —y es ése, para ella, el sentido de las leyes— lo que ha "querido" decir el autor del precepto, o sea, lo que con ese texto se propusieron una o varias personas. El intérprete trata de saber lo que alguien ha pensado —real o presuntivamente— en un punto preciso del tiempo y del espacio. Se trata, pues, de un pensamiento (el del autor) que no se halla ubicado sobre un plano ideal, sino que es de naturaleza propiamente *síquica*: se busca reconstruir contenidos intelectuales que han podido presentarse en la mente de uno o varios autores. El autor —una persona individual o colectiva— aparece reconocido como la Autoridad<sup>1</sup> llamada a deter-

<sup>1</sup> En otro sitio (Esquemas...) he señalado cómo la interpretación jurídica puede fundarse sobre distintos tipos de "Autoridades", en función de las cuales será adecuado emplear respectivamente unos u otros medios interpretativos. Si

minar el sentido de las normas legales. Y es justamente por el *hecho* de que ciertas ideas han sido pensadas por *esa* persona, en determinada ocasión (durante el proceso de elaboración de la ley), que dichas ideas son admitidas como el único sentido jurídicamente válido para el texto en cuestión. Tales ideas constituyen precisamente la llamada "voluntad del legislador". Por lo tanto, aquí el término "voluntad" implica también la referencia a contenidos propiamente intelectivos (ideas); no se trata, pues, de una voluntad ciega, sino que está dirigida a poner en vigencia determinadas nociones de sentido normativo. Empero, vale la pena repetirlo, se trata de una voluntad de carácter *empírico*. Por eso, la determinación de la misma puede efectuarse mediante procedimientos de orientación histórica.

Heck (§ 3.2, p. 57), por ejemplo, señalaba que tales modos de interpretación indagan concepciones de carácter histórico; se trata, según él la llama, de una interpretación "histórica, empírica o reproductiva". Ella persigue la determinación de las ideas (*Vorstellungen*) esenciales que en su origen han acompañado la determinación de los signos lingüísticos que el intérprete tratará de comprender. Ahora bien: como estas *Vorstellungen* comprenden una variedad muy amplia de contenidos, habría que saber cuáles de ellos han de ser los decisivos para fijar la significación de una ley. Heck, por su parte, entiende que debe tratarse de los "intereses" que el legislador recoge o que se imponen a la voluntad del mismo. De cualquier manera, lo que Heck desea subrayar, al señalar la existencia de un "sentido subjetivo", es la diferencia que existe entre los procedimientos que se refieren a este tipo de interpretación y aquellos otros que, en cambio, persiguen la determinación de un "sentido objetivo"<sup>2</sup>.

Muchos autores, sin embargo, se niegan a aceptar la interpretación subjetiva. Radbruch, por ejemplo, la ha calificado (siguiendo a Boeckh) de "filológica". Considera que un procedimiento semejante, que persigue la reconstrucción del pensamiento real de una persona, no corresponde de ninguna manera a la naturaleza de la interpretación jurídica. Según él, ésta se halla dirigida, en cambio, a aprehender

el fundamento es una Autoridad-persona (tipo I de los señalados en aquel trabajo: cf. § 6), se justificaría, para conocer el pensamiento de la misma, el empleo de procedimientos que pueden ser llamados psicológico-voluntaristas (op. cit., §§ 21-28); pueden también ser calificados de históricos, como he preferido hacerlo en el presente artículo.

<sup>2</sup> Sobre el papel que le puede corresponder a una referencia a "intereses" en la interpretación, cf. Pérez, esp. p. 111 ss. Sobre la noción misma de "interés", cf. también Haba, § 51.

<sup>3</sup> "La interpretación filológica fue caracterizada por August Boeckh como un 'conocimiento de lo conocido'; como un pensar posteriormente lo ya pensado en un momento anterior. La interpretación filológica se dirige a la fijación de un hecho, a la determinación del sentido subjetivamente mentado, del pensamiento efectivamente pensado de un hombre real, que yace en el fondo de la obra artística objeto de la interpretación; es, pues, un método puramente empírico. La interpretación jurídica, empero, se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico" (Radbruch, cap. 16, p. 147).

una especie de idea objetiva. En consecuencia, la interpretación subjetiva no sería propiamente "jurídica"<sup>3</sup>. No obstante, lo cierto es que la práctica judicial muestra otra cosa: allí la interpretación "filológica" aparece comúnmente utilizada, también ella, para determinar el sentido de las leyes. Pero cabe preguntarse si ese recurso a interpretaciones subjetivas no constituirá más bien una ficción, cosa que ha sido sostenida repetidas veces.

Creo que la cuestión merece ser planteada del modo siguiente: ¿es en realidad *posible* alcanzar esos sentidos subjetivos, llegar a descubrir una "voluntad" del legislador? No pocos lo ponen en duda. Muy a menudo ha sido señalado que tal "voluntad" no es más que una ficción. En efecto, muchos piensan que no es factible llegar a conocer una voluntad (síquica) correspondiente a los autores de la ley, es decir, un pensamiento de ellos que sea lo bastante unitario e integral como para ilustrarnos sobre el contenido mismo de las fórmulas legales. La VL no sería otra cosa que una construcción ficticia, de la cual el intérprete se vale para legitimar ciertos resultados. Los métodos interpretativos que se apoyan sobre tal presunción estarían entonces, por su base misma, destinados a producir resultados no menos ficticios.

Vale la pena resumir las principales objeciones levantadas contra la posibilidad de *conocer* esta "voluntad"<sup>4</sup>. Aun en el caso de que el legislador sea un solo individuo, no hay forma —se dice— de "mirar en su alma", pues los estados mentales de cada uno son inaccesibles (en sí mismos) a las otras personas. Todavía mucho menos viable es la búsqueda del contenido de una voluntad colectiva, como la del parlamento. En todo caso, ahí se podría comprobar que esa voluntad ha existido y que ella fue decisiva para la *sanción* de la ley. Pero para que haya sanción, basta con que las voluntades de los legisladores se hallen de acuerdo en aprobar el *texto*; puede decirse, en efecto, que hay una verdadera "voluntad colectiva" dirigida a poner en vigor la *letra* de la ley. El contenido de esa voluntad colectiva no es accesible, en cambio, para los efectos de extraer de ella el *sentido* correspondiente a los términos de dicha letra. La mayoría de los miembros del parlamento tienen apenas algunas nociones muy vagas sobre lo que normativamente significa el texto que han aprobado; nociones que, por lo demás, pueden no ser coincidentes. La VL es una resultante de motivos muy variados (inclusive de compromisos) y además esos motivos cambian durante el proceso de elaboración de las normas. Las objeciones apun-

<sup>4</sup> Cf. Engisch (p. 118 s.), Keller (p. 92 ss.) y sobre todo Mennicken (p. 30 ss.). Pero estos autores tratan en conjunto lo que tiene que ver con la posibilidad fáctica de conocer tal "voluntad" y lo que se refiere al alcance que dicho conocimiento puede o debería tener para las decisiones jurídicas concretas. Por nuestra parte, como hemos de examinar sólo la primera de estas dos cuestiones, entresacaremos, de las razones aportadas por aquéllos, sólo los argumentos que se relacionan específicamente con aquel primer punto.

tadas serían válidas también, con mayor razón, si como legislador consideráramos Autoridades como "el espíritu del pueblo", "la voluntad general", etc.

Por mi parte, no me parece que estas razones sean demasiado pertinentes. No creo que la hipótesis de una VL esté desprovista de toda base realista, ni siquiera cuando se trata de una voluntad colectiva. Es cierto que esta "voluntad" puede, en ciertos casos, ser utilizada como una ficción. En efecto: es posible recurrir a ella con una finalidad de índole retórica, o bien como simple hipótesis de trabajo (la idea del "legislador racional", por ejemplo: *infra*, II *in fine*). Mas no es éste el aspecto que está aquí en discusión. No niego que se hable también de una VL para cubrir, en su caso, ideas que de hecho no corresponden al pensamiento real de los autores de la ley. Pero la pregunta que tenemos planteada es otra: ¿resulta posible, si ello quiere hacerse, llegar a determinar lo que *en verdad* ha pensado un legislador real? La tesis que me propongo defender, es que tal indagación es posible —no digo siempre, pero sí en buen número de casos— en una medida que es lo bastante importante como para *decidir* sentidos jurídicos. Antes de pasar a indicar, en apoyo de esta posición, algunas razones que a mi juicio deberían ser tenidas más en cuenta (III-IV), insistiré todavía sobre ciertas distinciones previas que me parecen fundamentales.

## II

Dije, al principio, que la discusión acerca de la VL puede ser planteada en dos planos: el de lo fácticamente posible (*ser*) y el de lo deseable (*deber-ser*). Y señalé que me referiría sólo a la primera de esas dos cuestiones. Lo que me importa mostrar, es que la referencia a la "voluntad" empírica del legislador constituye una meta que es viable desde el punto de vista metódico. Dicho de otro modo: que el intérprete puede (en muchos casos) detectar esa voluntad y que, para tales fines, es perfectamente racional que emplee medios interpretativos capaces de revelarle aspectos del pensamiento *real* de los autores de la ley. Lo que discutimos no es, pues, el mérito, lo deseable (o no) que pueda ser el echar mano a dichos medios. No examinaremos más que la posibilidad intelectual de seguir tal vía. Pero, lo repito, eso no significa negar que, en los hechos, la remisión a dicha "voluntad" desempeña a veces el papel de un expediente retórico, cuando el intérprete invoca la VL pero sin someterse de veras a ella (sea porque es verdaderamente imposible conocerla, sea porque en realidad no desea acatarla). Sin embargo, suponiendo que el intérprete quiera conocer esa voluntad, ¿tiene él la posibilidad práctica de extraer sentidos jurídicos a partir de la misma? Esa, y no otra, es la cuestión que tenemos planteada.

Quiere decir que bajo el mismo rótulo, "la voluntad del legislador", se cobijan dos tipos de problemas muy distintos. En efecto, puede hacer-

se referencia a dicha "voluntad" como *ser* o como *deber-ser*. Por lo general, esa distinción no aparece precisada en los alegatos de los partidarios de la interpretación objetiva. Al contrario, ellos suelen presentar como *imposible* (*ser*), lo que consideran *no-deseable* (*deber-ser*); y viceversa. Es sobre todo el segundo aspecto, el de la valoración, lo que determina las posiciones de esos autores. A ellos les preocupa, antes que nada, discutir el valor que tendrían, desde el punto de vista de una *estimativa* jurídica (justicia, intereses, etc.), las soluciones que tuvieran que depender simplemente de la voluntad empírica de los autores de la ley. Pero lo cierto es que, al no señalar que se trata, así encarada, de una cuestión de *deber-ser*, las razones de los "objetivistas" provocan fácilmente la impresión (falsa) de que una indagación de aquella voluntad se enfrentaría a una simple imposibilidad de hecho (*ser*).

Por nuestra parte, en cambio, nos importa separar lo más netamente posible esas dos cuestiones: (i) si se *puede*; (ii) si se *debe*. Y nuestra respuesta será: *se deba o no se deba, el hecho es que se puede, si ello se quiere*. Las razones para sostener que se debe o no se debe, son de otra naturaleza que aquellas que determinan si se puede o no se puede. Distinción que tiene no escasa importancia práctica para la discusión de los fundamentos de una sentencia. Porque esto permite ver claro que, si el intérprete quiere apartarse de la VL, debería exponer las razones *axiológicas* que justifican tal apartamiento. Esto es, él debería hacerse responsable de dichas razones precisamente como *tales*: como valoraciones que no puede imputar al legislador, sino a su propia responsabilidad personal<sup>5</sup>. El hecho de no disimular el *tipo* de razones que pueden llevar eventualmente al intérprete a apartarse de la VL, constituye, según creo, una condición fundamental para la transparencia y la honestidad del pensamiento jurídico. El planteamiento de los objetivistas, cuando niegan la posibilidad misma de que haya una VL con claro sentido normativo, viene a ser una ideología destinada a justificar el más amplio arbitrio para los jueces<sup>6</sup>.

Por otro lado, es importante precisar que la voluntad de los creadores de la ley no tiene por qué coincidir (siempre) con lo que correspondería a un "legislador racional", al "buen legislador". Este está representado por una serie de reglas puramente racionales, a las cuales debería atenerse el intérprete: "principios cuasi-hipotéticos" (Nowak,

<sup>5</sup> Por supuesto que la valoración "personal" puede coincidir con (y seguramente estará influida por) criterios de valor que son de aceptación general en tales o cuales círculos sociales. Pero eso no quita que, de todos modos, sea el juez mismo quien opta allí por cierta valoración (que habría podido ser distinta).

<sup>6</sup> Es cierto que, hipotéticamente, la posición objetivista no conlleva en forma necesaria una negación de la mera viabilidad de investigaciones sobre la VL. Podría ser admitido que esta investigación es exitosa, pero, así y todo, considerar que no hay que acatar su resultado, sino atenerse a otras consideraciones, de carácter "objetivo". Sin embargo, lo cierto es que los partidarios de estas posiciones no suelen plantear las cosas de una manera tal que la diferencia entre las dos cuestiones surja de modo tajante.

§ 3), una "ficción metodológica" (Ziembinski, p. 120), "la imagen de un legislador justo, coherente, razonable y no redundante" (Bobbio, p. 245). Se trata de un "modelo dogmático" (Nino, p. 129 ss.), de acuerdo al cual las leyes son interpretadas como si el legislador fuese:

- un único individuo que hubiera dictado todas las normas que integran el orden jurídico...
- imperecedero, que mantiene con su voluntad la validez de las normas, incluso las dictadas mucho tiempo atrás...
- siempre consciente de las normas que sanciona...
- omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta...
- siempre operativo, no dictando normas que carezcan de aplicabilidad alguna...
- justo, imputando a sus propósitos las soluciones interpretativas axiológicamente más adecuadas...
- coherente, puesto que su voluntad no puede contradecirse consigo misma...
- omnicomprensivo, pues no deja ninguna situación jurídica sin regular...
- siempre preciso, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje..." (ibid.).

Es posible, claro está, elegir el ideal de un "buen legislador" como base para la interpretación; y a menudo así se hace. Sin embargo, en tales casos no se está recurriendo propiamente a la voluntad de los autores de la ley. Importa mucho no perder de vista esta diferencia. En efecto: por el hecho de que el "buen legislador" sea una ficción (eventualmente útil) a la cual recurre la dogmática jurídica, no quiere decir que no sea asimismo posible indagar la voluntad del legislador empírico, ni que los resultados de esta indagación tengan que ser análogamente ficticios a los de aquella otra forma de interpretación.

*En definitiva.* La discusión sobre la viabilidad metodológica de una indagación de la VL corresponde al plano de los hechos (ser) y no al de las valoraciones (deber-ser). Esa cuestión es independiente, por lo tanto, de un problema de otra naturaleza: el de saber en qué casos se justifica el recurso a la figura —ficticia— de un legislador eminentemente racional (noción que no refleja una realidad, sino que es una construcción de la dogmática jurídica, un tipo ideal).

En los dos párrafos siguientes expondré algunas razones que abogan en favor del carácter realista de la posibilidad de tomar en cuenta, para interpretar las leyes, lo que corresponde a la voluntad empírica de sus autores.

Es verdad que la voluntad propiamente dicha, igual que cualquier otro dato interno de la vida síquica, no puede ser aprehendida directamente y en forma plena más que por el sujeto mismo que experimenta el estado de conciencia. Y las dificultades son mayores, por cierto, cuando se quiere conocer una "voluntad" colectiva. Suponiendo que ésta no sea encarada desde un ángulo místico, tal "voluntad" puede consistir sólo en una abstracción a partir de voluntades individuales. Se trata de determinar aquello que el contenido de distintas voluntades tiene en común, lo que ellas presentan de *análogo* en el instante en que se han aplicado a elaborar una ley<sup>7</sup>.

Ahora bien: ¿cómo y en qué medida es posible saber verdaderamente cuál ha sido el contenido de una o varias voluntades reales? Este es un problema que se refiere no sólo al legislador, sino que concierne también a la interpretación de negocios jurídicos, la prueba de la culpabilidad penal, etc. Si partiéramos de la base de que toda comprobación sobre el contenido de una voluntad subjetiva (ajena) es imposible, por la misma razón tendría que quedar sin efecto la viabilidad de las ciencias psicológicas en general. Sin embargo, las objeciones que vimos más atrás (*supra* I) no querrán ir tan lejos, me parece. Lo más probable es que los objetivistas no discutan la validez de las ciencias psicológicas. Pero entonces, ¿por qué afirmar que ha de ser *en general* imposible arribar a conocer la voluntad de un órgano como el parlamento? Pienso que este problema debería ser reformulado así: ¿hasta qué punto es factible conocer esa voluntad, y qué podrá inferirse de ella para la interpretación de las leyes? Tal vez sea útil no olvidar algunas cosas elementales, a la hora de responder a tal pregunta. Veámoslas, pues.

Las ciencias psicológicas trabajan con ciertas hipótesis. Pero éstas no son arbitrarias, sino que reposan, como la mayoría de los conocimientos científicos, sobre una consideración de probabilidades, a partir de datos empíricos. Frente a ciertos gestos, a ciertas conductas, a ciertos discursos, el psicólogo extrae, en función de experiencias acumuladas, ciertas conclusiones (más o menos probables) sobre fenómenos de conciencia de los protagonistas. Análogamente lo hacen las ciencias históricas, cuando tratan de reconstruir motivos o ideas que corresponden a acontecimientos del pasado. Y de parecida manera, por lo demás, procedemos todos en la vida de relación cotidiana: la única manera de entenderse con los

<sup>7</sup> "Pero para la existencia y contenido de una tal voluntad conjunta son relevantes las voluntades de individuos reales. Pues de una colectividad se dice que ella quiere algo, cuando todos sus miembros están de acuerdo en querer lo mismo [...]. La voluntad imputada puede también ser, por lo demás, la de un grupo que no es mayoritario o una voluntad individual, sin que por ello sea necesario que la misma se presente como voluntad de ese individuo o de ese grupo pertenecientes al todo colectivo al cual es imputada" (Keller, p. 90-91).

demás, de saber a qué atenerse frente a ellos, es "interpretando" lo que dicen y lo que hacen, para hacernos una idea de lo que *piensan*.

Claro que la voluntad individual no es lo mismo que una voluntad colectiva. En el sentido propio de la palabra, las colectividades no tienen una verdadera "voluntad". Cuando se habla del "espíritu" o de la "voluntad" de un pueblo, de una asociación, de una asamblea, de un grupo cualquiera, siempre se trata (salvo que caigamos en el misticismo) de una expresión empleada en un sentido más o menos metafórico. Sólo los individuos son capaces de tener estados de conciencia, de experimentar fenómenos síquicos (en sentido estricto). La "sicología" de un grupo representa una *abstracción* de determinados caracteres que se dan comúnmente en los espíritus de los integrantes del grupo. Pero tal abstracción posee el realismo propio de las nociones extraídas de la experiencia.

Se dice que el grupo "piensa", "siente", "quiere" tal o cual cosa, porque esto se da, de una cierta manera, en los respectivos espíritus de los *individuos* que forman parte del mismo: sea en los de todos ellos, sea en la mayoría. Es claro que esa "cosa" no se presenta exactamente en la misma forma en el espíritu de cada uno de ellos. Para cada miembro, aquello aparece integrado, de una manera particular, en su propia "corriente de la conciencia": la experiencia que cada uno tiene del objeto común ofrece una variedad de aspectos y una plenitud de significaciones conexas que son estrictamente personales. Nadie ve el objeto de modo exactamente igual a su vecino. Y la forma en que cada uno lo contempla va mucho más allá, en riqueza de contenido, de lo que todos están viendo en común.

Sin embargo, no es erróneo decir que existe un "espíritu colectivo", en la medida en que ciertas ideas-tipo actúan análogamente sobre la conciencia de distintos individuos o se presentan en cada uno de ellos como resultado de cierta actividad en común. Esas ideas-tipo son una abstracción frente a las conciencias individuales. No obstante, teniendo en cuenta que se trata de ideas *compartidas* por una multiplicidad de sujetos, se habla de un "espíritu" del grupo, cuyo contenido consiste precisamente en tales ideas. Y del mismo modo que es posible indagar lo que piensa un individuo, igualmente cabrá aplicarse a la búsqueda de contenidos síquicos compartidos por una pluralidad de individuos: las ideas-tipo —el "espíritu", la voluntad", el "pensamiento", la "conciencia"— de un grupo.

#### IV

Aunque todo lo que acabamos de recordar sea muy elemental y conocido, conviene acordarse de ello también cuando se trata de juzgar el realismo de las constataciones (efectivamente dadas o posibles) sobre la VL. Tanto cuando el objeto de la indagación es una voluntad indi-

vidual, como cuando se refiere a una voluntad colectiva, no es menos posible conocer en alguna medida su contenido que si se trata de los fenómenos síquicos de otros individuos o grupos. Por eso muchos piensan, como Gény (§ 98), que la ley es "una voluntad emanada de un hombre o de un grupo de hombres y condensada en una fórmula"; o sea, que la ley se "distingue precisamente por la actividad conciente y reflexiva de la cual emana. Por tanto, interpretar la ley es simplemente buscar el contenido de la voluntad legislativa con ayuda de la fórmula que la expresa" (t. I, p. 264-265).

Ahora bien, cuando se habla de la "voluntad" del legislador, este término comprende generalmente tres cosas: la *letra* que dicha voluntad ha querido establecer como texto legal; el *contenido preceptivo*, las reglas mismas, que aquélla ha querido prever; pero también los *finés* perseguidos por medio de tal reglamentación<sup>8</sup>. Sin embargo, no siempre se está en condiciones de averiguar *todo* lo que el intérprete quisiera saber. Las constataciones sobre la VL pueden ser *más o menos* completas. Ello depende, primero, de la medida en que los propios miembros del parlamento (o de otros órganos) hayan tomado *efectivamente* conciencia de la multiplicidad de los aspectos implicados en la ley —un grado de conciencia que no es el mismo en todos los casos—. Luego, está la cuestión de poder *probar* la existencia de dichos contenidos de voluntad: en función de los materiales de que el intérprete disponga para tal indagación, estará o no en condiciones de efectuar comprobaciones relativamente precisas sobre el pensamiento del legislador.

Las dificultades aparecen sobre todo, como vimos, cuando nos hallamos ante una voluntad colectiva, como la de los parlamentos. Entonces surge el problema de saber en qué dirección específica habría que buscar la localización de dicha voluntad. ¿Hay que atenerse principalmente a la opinión de los redactores (o de otros individuos bien determinados), o más bien a lo que pensaron aquellos que votaron el texto en el plenario de la asamblea legislativa? No existe una respuesta de carácter absolutamente general, una solución que sea igualmente válida para todos los casos y desde todos los puntos de vista. Depende de la concepción que se tenga de la "voluntad" indagada, y de las circunstancias en que ésta se manifieste: en función de ello se determina quiénes son los sujetos precisos considerados como los depositarios legítimos del pensamiento que ha de proporcionar su contenido concreto a la ley.

<sup>8</sup> Cf. Keller, p. 89 ss. Ya Ihering había señalado esta relación tan estrecha que hay entre la voluntad y sus fines. "Reencontramos la tradición que, sin confundirlas, vincula la voluntad con la inteligencia: la voluntad se dirige hacia lo que es conocido como bien. ¿Puede el jurista ignorar la operación intelectual del legislador unida a la expresión de su voluntad? [...] para determinar el alcance de una fórmula en presencia de casos singulares es preciso desentrañar el fin perseguido por su autor. [...] La comprobación de que un acto de voluntad ha sido realizado no es, pues, suficiente; es necesario conocer también el sentido de ese acto teniendo en cuenta las necesidades de la vida. Y este conocimiento lleva al campo de las ideas" (Batiffol, p. 19-20).

Es posible que como VL se entienda —sentido muy *estricto*— única y exclusivamente aquello que pensaron los votantes mismos en la asamblea. Pero es igualmente posible que esta “voluntad” sea concebida de una manera más *amplia*, en función de la llamada “teoría del pacto”. Los partidarios de la misma dicen que no es necesario indagar el pensamiento de la mayoría de los parlamentarios, sino sólo el de los redactores del texto. Habría entonces un “pacto”, de carácter tácito, por el cual los parlamentos admiten el contenido concebido por el o los redactores, como si éste hubiera emanado de la propia voluntad de los primeros<sup>9</sup>. De tal manera podrían aparecer justificadas remisiones, delegaciones, incluso de varios grados: por ejemplo, del cuerpo legislativo a los redactores, de éstos a un experto, de éste a ciertos precedentes legislativos, etc.

Si se está a la hipótesis inicial (sentido más estricto), la voluntad indagada ofrece en general un contenido menos detallado. La segunda hipótesis (sentido más amplio), en cambio, permite recurrir a un pensamiento más particularizado, sobre la base de la teoría del pacto. El problema de saber si esta teoría se justifica, si ella reposa o no sobre una ficción, no es un punto que sea necesario dilucidar para aceptar la mera *viabilidad* metodológica de los procedimientos histórico-sicológicos con vistas a determinar la VL. Ya sea que éstos se dirijan a conocer el pensamiento de un monarca, del parlamento, de los redactores o de otras personas, su enfoque es siempre del mismo tipo por lo esencial: una indagación de alcance sicológico, una investigación de enfoque histórico para averiguar aquello que pasó por la mente de uno o varios individuos en un momento dado.

Tal investigación puede, por supuesto, arribar a resultados más vagos o más concretos, más generales o más particulares, según los casos. Detectar la VL puede servir simplemente para aclarar una finalidad fundamental de la ley<sup>10</sup>, o bien alcanzará hasta a determinar soluciones para los detalles mismos de una situación. Por otro lado, la teoría del pacto presupone una *jerarquía* de las voluntades consultadas, una complementación entre ellas: por ejemplo, entre un propósito general que fija el cuerpo legislativo y precisiones que le aportan los redactores. Significa que, en caso de conflicto entre lo que resulta de distintas voluntades, todas las cuales hubieran contribuido a determinar el contenido de la ley, habría que darle la preferencia a la voluntad fundamental, es decir, a aquella que se considera como la base originaria de las delegaciones. Por ejemplo: entre la voluntad de la mayoría de quienes votan la ley en el parlamento y la voluntad de la persona (o comisión) que presentó el proyecto original, tendría que predominar la primera.

<sup>9</sup> En cuanto a la “teoría del pacto”, cf. Mennicken, p. 34.

<sup>10</sup> Muchos entienden que a los parlamentos actuales les correspondería fundamentalmente (además de importantes funciones de contralor) la tarea de señalar los objetivos de índole más general para la reglamentación jurídica: cf. Muñoz, esp. p. 241 ss.

Me parece que las acotaciones efectuadas muestran que no existe ninguna imposibilidad *de principio* para conocer la VL. Es verdad, naturalmente, que hay casos en los que el intérprete presenta como VL tales o cuales ideas, sin haber suministrado ninguna prueba satisfactoria de que eso es así. Pero del hecho que a veces se “haga trampa” en el empleo de un procedimiento, no se sigue que *siempre y forzosamente* tenga que suceder de tal modo, o sea, que dicho procedimiento no pueda ser empleado asimismo en forma honesta.

Quiérase o no, por lo habitual se considera que la “voluntad” de la ley reside en un determinado grupo de personas: por ejemplo, en la totalidad o en una parte de los miembros del parlamento. Y lo cierto es que el pensamiento de esas personas puede alcanzar a ser conocido, en los límites dentro de los cuales resulta posible en general hacerse una idea sobre lo que piensa el prójimo. No se ve por qué habría de transformarse ello en imposible por el solo hecho de que los individuos accedan a la condición de legisladores. En la práctica, pues, es perfectamente viable llegar a conclusiones, empíricamente verificables, sobre la voluntad de quienes participan en el proceso legislativo<sup>11</sup>. Es decir, conocerla por lo menos *hasta un cierto punto*, aun cuando este “punto” no sea siempre y a todos los respectos igualmente neto.

En la medida en la cual los métodos históricos perseguirán *verdaderamente* el conocimiento de una tal voluntad, ellos son, tanto desde el punto de vista racional como en la práctica, perfectamente viables, en buen número de casos. No significa, por supuesto, que esos medios permitan *siempre* obtener una respuesta suficientemente clara sobre el sentido en que el precepto regula tal o cual problema, o que dicha respuesta represente forzosamente una solución “satisfactoria” (desde el punto de vista axiológico).

De todos modos, el recurso a la VL es sólo *uno* de los medios de que *puede* servirse el intérprete. Dicho de otro modo: la determinación de esa voluntad no es más que *una* de las metas posibles cuando se trata de determinar el sentido preceptivo de los textos legales. Hay muchas otras formas de interpretar, que pueden ser utilizadas ya sea de modo complementario, ya sea en lugar de (e inclusive contra) lo que pueda emanar de la VL: interpretación literal, métodos lógicos y en general dogmáticos, criterios teleológicos, etc.<sup>12</sup>. En efecto, la investigación de la VL es sólo una de las figuras posibles de la argumentación jurídica. Por ejemplo: en muchos casos (probablemente en la mayoría)

<sup>11</sup> Para investigar dicha voluntad es posible recurrir, según los casos, a fuentes históricas varias: trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, notas del codificador, costumbres, antecedentes legislativos o de doctrina, etc. —todo ello en la medida en que allí se haya manifestado el pensamiento del legislador o que eso haya podido servirle de inspiración—. Cf. Haba, § 21.

no se considera necesario pasar a una investigación histórica sobre la VL, porque el texto parece desde ya lo bastante claro por una interpretación literal; en tales casos se presume simplemente que la VL corresponde a lo que resulta de dicha interpretación literal.

El propósito del presente artículo no debe verse, pues, en una intención de sostener que el recurso a la VL sea el único tipo legítimo de interpretación, ni que el mismo deba siempre predominar sobre los demás: éstos son problemas de axiología jurídica (deber-ser). Me he limitado a recalcar la *viabilidad metodológica* (ser) de dicha forma interpretativa, sin entrar a discutir su mérito, esto es, sin prejuzgar nada sobre la cuestión de saber en qué casos *debería* ser aplicada y en cuáles no. Esta última es una cuestión de *política* jurídica, no simplemente técnico-metodológica. La metodología del Derecho indica qué procedimientos son *fácticamente viables* y bajo qué condiciones: es *descriptiva*. La política jurídica, en cambio, señala cuáles procedimientos son *preferibles* y en qué casos lo son: es valorativa, *prescriptiva*. En la discusión sobre el alcance de la indagación de la VL, esas dos cuestiones, como lo señaláramos (*supra* II), han sido casi siempre enfocadas de un modo indiscriminado. Sobre ese error he querido llamar la atención aquí.

#### EN CONCLUSION.

A mi juicio, es correcto admitir la existencia de una voluntad —individual o colectiva— perteneciente al legislador. Esa voluntad *puede* ser conocida y tomada en cuenta por el intérprete de las disposiciones legales. Esto, con las siguientes precisiones:

- i) La VL puede ser concebida de *distintas* maneras, según a quiénes se considere como los individuos determinantes del contenido normativo de la misma.
- ii) Dicho contenido puede llegar a ser conocido sólo *hasta cierto punto*, en una medida que varía según los casos. A veces, la voluntad legislativa no se refiere más que a la finalidad de la ley; otras, llega a abarcar asimismo detalles más particularizados de la reglamentación jurídica.
- iii) Los métodos históricos son procedimientos adecuados para indagar la VL, en la medida en que ellos se limiten a registrar aquello que pueda ser *verdaderamente* constatado sobre el pensamiento de los

<sup>12</sup> Cf. Haba, *passim*.

agentes de aquella voluntad (en función de los materiales disponibles y de los criterios científicos aptos para determinar con suficiente probabilidad dicho pensamiento).

- iv) Si esa voluntad *deberá* o no ser acatada por el intérprete, es un problema de otra naturaleza: cuestión de política jurídica.
- v) Por lo demás, el recurso a la VL es sólo *uno* de los medios posibles en el cuadro de los métodos interpretativos que suelen ser aplicados a las leyes.

## OBRAS CITADAS

- BATIFFOL (Henri), *Filosofía del Derecho* (trad. por Lilia Gaffuri): Buenos Aires 1964, Cuaderno de Eudeba N° 118, 118 p.
- BOBBIO (Norberto), "Le bon législateur": en *Le raisonnement juridique*, p. 243-249; *Actes du Congrès Mondial de Philosophie du droit et de Philosophie sociale*, Bruxelles 30 août-3 septembre 1971, publiés par Hubert Hubien, Bruselas 1971, Emile Bruylant, 601 p.
- ENGISCH (Karl), *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. por Ernesto Garzón Valdés; Presentación de Luis García San Miguel): Madrid 1967, Guadarrama, XVIII — 272 p.
- GENY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (seconde édition revue et mise au courant; Précédé d'une Préface de Raymond Saleilles): Paris 1954, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2 tomos, XXV — 446 y 422 p. Hay traducción al castellano de la 1ª ed. (1899), publicada por Reus, Madrid 1925.
- HABA (Enrique P.), *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*: Caracas 1972, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Cuaderno de Filosofía del Derecho N° 9, 111 p. Este trabajo apareció originariamente publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad, en tres partes: Nos. 50, 51 y 52.
- HECK (Phillipp), *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (Interpretación de las leyes y jurisprudencia de intereses): compilado junto con otros trabajos del mismo autor, en una selección de los principales pasajes, por Roland Dubischar, Bad Homburg vor der Höhe-Berlin-Zurich 1968, Gehlen, 229 p.
- KELLER (Adolf), *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes* (La crítica, corrección e interpretación de la letra de la ley): Winterthur 1960, P. G. Keller, 305 p.
- MENNICKEN (Axel), *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie* (La finalidad de la interpretación de las leyes. Un estudio sobre la teoría subjetiva y objetiva de la interpretación): Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zurich 1970, Gehlen, 120 p.
- MUÑOZ (Hugo Alfonso), *La Asamblea Legislativa en Costa Rica*: San José 1977, Editorial Costa Rica, 305 p.
- NINO (Carlos Santiago), *Notas de introducción al derecho vol. 4. La ciencia del derecho y la interpretación jurídica*: Buenos Aires 1975, Astrea, 157 p.
- NOWAK (Leszek), "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique": en *Etudes de logique juridique vol. III. Contributions polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique*, p. 65-86, publiées par Ch. Perelman, Bruselas 1969, Emile Bruylant, 120 p.
- PÉREZ (Victor), *La jurisprudencia de intereses. Orígenes y formación de la metodología sustancial en la Teoría del Derecho de tradición romanista*: San José 1974, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Privado, 152 p.
- RADBRUCH (Gustav), *Filosofía del Derecho* (trad. por J. Medina Echavarría): Madrid 1959, Revista de Derecho Privado, 278 p.
- ZIEMBINSKI (Zygmunt), "Lawyers' reasonings based on the instrumental nexus of legal norms": en *Etudes de logique juridique vol. III*, p. 112-120.

## EL PROCESO COLECTIVO CONSTITUTIVO DE TRABAJO EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

*Prof. Abel Castro Hidalgo*

*Nota:*

Cuando en el presente artículo se usa la palabra "Código", sin ningún agregado, se alude al Código de Trabajo de Costa Rica. Los artículos que se mencionan solamente por su número corresponden a dicho Código.

EL PROCESO COLECTIVO-CONSTITUTIVO DE TRABAJO  
EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE  
(Conflictos económico-sociales)

I. *EL CONCEPTO DE "PROCESO CONSTITUTIVO",  
EN GENERAL.*

Conforme al sistema de clasificación de procesos sustentado por Francesco Carnelutti, el proceso constitutivo es aquel que tiende a obtener una sentencia constitutiva o sea un fallo que crea un nuevo sistema de derecho, modifica uno anterior o lo extingue<sup>1</sup>. Algunos procesalistas de Derecho Civil niegan la existencia de las sentencias constitutivas. Así, Roco se pronuncia sobre este punto en los siguientes términos: "La concepción de una categoría de sentencias constitutivas conduce por necesidad a negar la autonomía substancial de la función jurisdiccional. Entre legislación, administración y jurisdicción habría una distinción de órganos y no de función. En efecto, si la función jurisdiccional tuviese por objeto, no la realización del derecho ya existente, sino la creación del derecho, o sea el procurar la tutela jurídica a determinados intereses, no habría diversidad de objeto entre la función jurisdiccional, la administrativa y la legislativa: habría sólo una distinción de órgano, y es éste un criterio que ya hemos condenado."<sup>2</sup>

II. *LA EXISTENCIA DE ESTE PROCESO EN EL  
DERECHO LABORAL.*

En mi concepto, esta modalidad del proceso, que aparece controvertida en el campo del Derecho Civil, tiene cabal realización en el Derecho Colectivo de Trabajo, es más, pareciera que hubiera sido ideada para éste, aunque desde luego ello no es así. Me refiero al proceso mediante el cual se resuelve un conflicto de intereses, llamado en nuestra legislación "conflicto colectivo de carácter económico-social",

<sup>1</sup> PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México Editorial Porrúa, 2ª Edición, 1956.

<sup>2</sup> ROCCO, Ugo. Derecho Procesal Civil. Traducción de Felipe J. Tenna, Méjico, Porrúa Hnos. y Cía., 1944, página 266.

que tiene por objeto, precisamente, crear un nuevo sistema de derecho, una nueva situación jurídica. Por esa razón he titulado este artículo —que trata sobre el tema— “El Proceso Colectivo Constitutivo de “Trabajo”, cuyo concepto fijaré en líneas siguientes con mayor precisión. Cabe advertir que la indicada expresión la usa Carnelutti en su obra “Teoría del Regolamento Collettivo dei Lapporti di Lavoro”<sup>3</sup>. También Nápoli emplea esta denominación, al clasificar los conflictos colectivos por la finalidad del respectivo proceso. En efecto, en dicha clasificación se refiere a los “conflictos colectivos constitutivos” y explica que tienen esa naturaleza “porque la decisión que en ellos se da modifica o extingue el derecho anterior, creando otro en su reemplazo y sus efectos son actuales (ex-nunc)”<sup>4</sup>.

Previamente a entrar el examen de este proceso en nuestra legislación, es conveniente exponer algunas ideas generales acerca de los conflictos de trabajo y su clasificación.

### III. LOS CONFLICTOS LABORALES. SU CLASIFICACION.

Conforme expresa Krotoschin<sup>5</sup> “se entiende por conflictos de trabajo las diferencias de cualquier clase que nacen de una relación de Derecho Laboral, sea que esta relación se encuentre establecida entre un empleador y un trabajador individual, entre varios trabajadores o entre grupos de empleados y trabajadores (asociaciones profesionales), en sus relaciones recíprocas o internas”. El anterior concepto comprende, desde luego no solamente los conflictos obrero-patronales, sino también los inter-patronales y los inter-obreros.

En el régimen individualista únicamente se conocieron los conflictos laborales que se suscitaban acerca de la interpretación o ejecución de los contratos individuales de trabajo, por ejemplo los reclamos de salarios, los relativos a incumplimiento del contrato individual, etc., conflictos que guardan gran analogía con los de derecho común y que se resuelven mediante principios semejantes a los que regulan éstos.

Posteriormente, a causa del desarrollo industrial y de la organización de los trabajadores en coaliciones o asociaciones profesionales, —como medio de que se valieron éstos para obtener mejores condiciones de trabajo—, surgieron las huelgas y los paros. Se vio entonces la necesidad de hacer una división de los conflictos de trabajo en dos grupos: conflictos individuales y conflictos colectivos. Los primeros son los tradicionales que giran alrededor del contrato individual; los se-

gundos, de naturaleza distinta a las diferencias de derecho civil, se caracterizan por referirse a intereses de carácter colectivo, profesional o de categoría. Fueron denominados “conflictos colectivos” para diferenciarlos de los conflictos individuales y por intereses a una colectividad de trabajadores.

Durante la época en que las asociaciones profesionales eran prohibidas, la huelga y el paro fueron calificados desde luego como contrarios a la ley y sancionados como delitos. Más adelante, en la etapa llamada por la doctrina “época de tolerancia”, tales leyes fueron derogadas en la mayoría de los países y si bien no se reconoció jurídicamente la existencia de las asociaciones profesionales, el Estado dejó en libertad a las clases sociales para que entre ellas resolvieran sus diferencias, de acuerdo con la filosofía que imperó en el período del régimen individualista. Esta situación se mantuvo durante un tiempo, pero con el aumento de las huelgas originadas por los problemas laborales que surgieron a causa del desarrollo de las grandes industrias y del desajuste entre las clases sociales, llegó a comprender el Estado que tal situación no podía continuar, por las repercusiones de orden social que los conflictos colectivos engendraban y por los perjuicios económicos que acarrearaban a los trabajadores y a las empresas, lo mismo que a la sociedad en general. Se produjo entonces un cambio de actitud del Estado frente al panorama descrito y ante la imperiosa necesidad de poner remedio a esa situación, se decidió a interponer sus buenos oficios y aún su autoridad para que las partes en conflicto procuraran componer sus controversias y en algunos casos, en que éstas afectaban servicios esenciales para la sociedad, llegó hasta imponer una solución obligatoria. Ello coincidió con el tránsito del Capitalismo Liberal al Intervencionismo de Estado, que se operó en los planos económico y social. Se establecieron entonces, entre otros, los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje como formas de resolver los conflictos colectivos.

Con el reconocimiento que se produjo, al influjo de las nuevas corrientes jurídicas, de la legitimidad y aún de la obligatoriedad de las convenciones colectivas de trabajo, (llamadas en Europa, por lo general, contratos colectivos de trabajo), surgieron nuevos conflictos distintos de los típicos conflictos colectivos, pues se referían a la interpretación o al cumplimiento de la convención colectiva de trabajo o a diferencias entre sindicatos. Se sintió entonces la necesidad de clasificar los conflictos colectivos en dos grupos: a) Los llamados económico-sociales o de intereses, que envuelven reivindicaciones, pues persiguen el establecimiento de normas nuevas de regulación colectiva de trabajo o bien la modificación de las existentes; y b) Los conflictos colectivos de carácter jurídico, que versan principalmente sobre el cumplimiento o interpretación de la convención colectiva<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Mencionado por DE LA CUEVA, Mario, en Derecho Mexicano del Trabajo. México, Editorial Porrúa, 1ª Edición, 1949 Tomo II, pág. 760.

<sup>4</sup> NAPOLI, Rodolfo A. Manual de Derecho Sindical, Buenos Aires, La Ley S. A., 2ª Edición, 1969, pág. 184.

<sup>5</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones del Derecho de Trabajo. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª Edición, 1968, pág. 602.

<sup>6</sup> DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo, México Editorial Porrúa, 1ª Edición, 1949, tomo II, pág. 771.

Nuestro legislador acogió esa clasificación doctrinaria, ya que el Código de Trabajo en su artículo 395, inciso a), al fijar la competencia de los jueces de trabajo, menciona los conflictos individuales y los conflictos colectivos de carácter jurídico; y en el inciso b) de ese mismo artículo atribuye el conocimiento de los conflictos colectivos de carácter económico-social a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje. Sin embargo, no contiene nuestra ley una definición ni de unos ni de otros, como sí lo hacen otras legislaciones. Así, el Código de Trabajo de El Salvador define los Conflictos Colectivos Jurídicos o de Derecho en su artículo 468 y los Conflictos Colectivos Económicos o de Intereses, en su artículo 469, en la siguiente forma:

*“Artículo 468.—Se consideran Conflictos Colectivos Jurídicos o de Derecho todos los que se originan como consecuencia del incumplimiento o interpretación de un contrato o convención colectivos de trabajo, y aquellos que persiguen el cumplimiento de la ley o de un reglamento interno de trabajo, siempre que en cualquiera de estos casos se encuentre afectada una colectividad de trabajadores.”*

*“Artículo 469.—Todos aquellos conflictos que se originan en el desequilibrio de intereses colectivo-económicos entre trabajadores y patronos, o en la defensa de los intereses profesionales comunes de los trabajadores se denominan Conflictos Colectivos Económicos o de Intereses”.*

El Código de Trabajo de Panamá, por su parte, declara en su artículo 417 que los conflictos colectivos son de dos clases: 1º Jurídicos o de derecho; y 2º Económicos o de intereses. Los define en la siguiente forma:

*“Artículo 418.—Conflictos colectivos jurídicos o de derecho son los que tienen por objeto la interpretación o aplicación de una norma contenida en una ley, decreto, reglamento interno, costumbre, contrato o convención colectiva, y que interesan a un grupo o colectividad de trabajadores”.*

*“Artículo 419.—Conflictos colectivos económicos o de intereses son aquellos que tienen por objeto la celebración de una convención colectiva de trabajo, y los que de cualquier manera expresan intereses colectivos de naturaleza económico-social o reivindicativa”.*

Como puede apreciarse, los dos códigos mencionados se ajustan, en sus conceptos transcritos, a la doctrina más generalizada en esta materia.

#### IV. LOS CONFLICTOS ECONOMICO-SOCIALES EN NUESTRA LEGISLACION.

Como se indicó en líneas anteriores, la ley costarricense no contiene una definición de esta clase de conflictos. Sin embargo, el artículo 397 del Código alude a la naturaleza de los mismos, al expresar que “La finalidad esencial de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje (que son los competentes para conocer de estas controversias) es mantener un justiciero equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del Capital y del Trabajo”. En relación con ese concepto expresa el tratadista Mario de La Cueva<sup>7</sup>, que “La empresa no es un feudo del patrono, sino un centro de actividades en que convergen los dos factores de la producción, Capital y Trabajo, bajo la dirección del empresario y teniendo cada uno de dichos factores un rango de un derecho en o sobre la empresa; el Capital tiene derecho a un rendimiento razonable y el Trabajador, a vivir honestamente de los salarios que percibe. En otros tiempos, el orden jurídico de la empresa era dictado por el patrono, pero la justicia social impuso la conformidad de las dos partes, o sea, de los trabajadores y el patrono; el orden jurídico de la empresa debe ser un orden justo y proceder del acuerdo entre el Capital y el Trabajo o de una decisión del poder público. En consecuencia, si la colectividad obrera estima injusto el orden jurídico de la empresa y el patrono no da satisfacción a las demandas de la respectiva asociación profesional, el trabajo en la empresa resulta imposible”. Cabe agregar a lo expuesto por el citado tratadista que, cuando se presenta esa situación, se produce el conflicto económico-social y que, además, por lo menos teóricamente y conforme a nuestra ley no solamente la colectividad obrera puede plantear el conflicto por estimar que se ha producido un desequilibrio entre los dos factores de la producción, sino que también los empresarios gozan de esa facultad. En efecto el artículo 372 del Código autoriza a éstos a acudir al paro legal “con el propósito de defender sus intereses económicos y sociales comunes”. Debe decirse, sin embargo, que entre nosotros el paro patronal no ha tenido ninguna realización práctica, pues los casos en que algunos empresarios han ido al paro de sus actividades ha sido más bien con el objeto de presionar a las autoridades públicas.

El Título Sexto de nuestro Código se denomina “De los Conflictos colectivos de carácter Económico y Social”, pero en realidad las disposiciones contenidas en ese Título se refieren concretamente a las huelgas y a los paros, lo que pareciera indicar que nuestro legislador identificó el concepto de “conflicto económico-social” con los de “huelga” y de “paro”. Si bien algunos autores participan de esa idea, considero que esa no es la tesis correcta, pues puede existir un conflicto de

<sup>7</sup> DE LA CUEVA, Mario ob. cit. pág. 790.

los indicados, sin que se produzca huelga o paro. Comparto la crítica que hace al respecto el tratadista mexicano Castorena<sup>8</sup> en los siguientes términos: "La huelga, según criterio expuesto en reiteradas ocasiones, no es en sí misma un conflicto de trabajo; si bien se encuentra íntimamente ligada a la diferencia que existe entre obreros y patronos, no debe ser confundida con la misma diferencia, puesto que la primera significa, o es, mejor dicho, el problema que da lugar a la segunda; sin el conflicto, sin la divergencia de intereses entre obreros y patronos, sin la pretensión de unos y la negativa de otros para allanarse a esta pretensión, no podría explicarse ni justificarse la huelga. Esta es simplemente, el medio que se pone en manos de los trabajadores para que obtengan de los patronos las ventajas o conquistas que en un momento dado se juzgan necesarias y justas para mejorar las condiciones económicas y de trabajo de los obreros".

La tendencia de identificar los conflictos económicos-sociales con la huelga y el paro, que en definitiva no son sino recursos extremos para tratar de solucionar diferencias entre empresarios y trabajadores, puede, inclusive, crear la idea, sobre todo entre la clase trabajadora, de que todo conflicto debe resolverse por medio de la huelga, restándole así importancia a instrumentos tan importantes para obtener esa solución, como la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros.

#### V. EL CONFLICTO ECONOMICO-SOCIAL CONFORME A LA JURISPRUDENCIA.

Espigando en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Laborales, se encuentran pocos pronunciamientos que definan o den un concepto del conflicto económico-social. Al respecto puede citarse la resolución de la Sala de Casación de las 15 horas y 20 minutos del 22 de octubre de 1945, en la cual ese alto Tribunal dijo lo siguiente:

*"Considerando: Que de conformidad con los artículos 364, 500 y 502 del Código de Trabajo, la solicitud de un aumento de salarios sobre el mínimo fijado por Decreto Ejecutivo, hecha por un conjunto de trabajadores a determinados patronos, envuelve una cuestión susceptible de provocar un conflicto colectivo de carácter económico-social, con la posible consecuencia de la declaratoria de huelga; y un conflicto de trabajo de esa naturaleza debe someterse forzosamente al procedimiento de conciliación de que habla la Sección II del Capítulo III del Libro IV del citado cuerpo de leyes".*

<sup>8</sup> CASTORENA, J. Jesús, Tratado de Derecho Obrero, México, Editorial Jarís, 1ª Edición, 1942, pág. 592.

También es importante sobre este punto, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Trabajo de las 10 horas y 15 minutos del 31 de octubre de 1950 en la cual se expresó el concepto que a continuación se transcribe:

*"Considerando: Doctrinariamente, en el proceso de formación de una convención colectiva de trabajo, se manifiesta un conflicto de carácter económico y social que tiende a resolverse creando normas nuevas que regulen las situaciones que lo producen; la creación de tales normas es, desde luego, atribución primordial de las partes, bien por arreglo directo o por medio de los Tribunales de Conciliación, y en último término, función de los Tribunales de Arbitraje, pero nunca materia de conocimiento de un Juez de Trabajo, que solamente está llamado a la aplicación de las normas ya existentes por ley, contrato o convención. (Artículos 56, inciso d) y 395, inciso b))".*

Ambos pronunciamientos se ajustan a los principios doctrinarios predominantes en esta materia, que a su vez inspiran nuestra legislación laboral. El de la Sala de Casación hace énfasis en la circunstancia de que los trabajadores solicitan un aumento de salario sobre el mínimo fijado por Decreto Ejecutivo, es decir, lo que pretenden los trabajadores es precisamente una modificación de las normas que regían en la empresa, en cuanto a salarios y no la aplicación de tales normas, en cuyo caso se estaría en presencia de un conflicto de carácter jurídico. El dictado por el Tribunal Superior de Trabajo por su parte vino a resolver una cuestión sobre competencia y sobre procedimiento, que se suscitó en nuestro país con motivo de las primeras solicitudes formuladas por sindicatos de trabajadores a las empresas para la celebración de convenciones colectivas de trabajo, pues algunos abogados sostuvieron que se trataba de conflictos de naturaleza jurídica, de conocimiento de los Jueces de Trabajo, tesis que es desde luego inadmisibles.

#### VI. LA DIFERENCIA ENTRE EL PROCESO COLECTIVO CONSTITUTIVO Y EL PROCESO COLECTIVO DECLARATIVO.

En razón de las diferencias sustanciales que han quedado señaladas en líneas anteriores, entre el conflicto colectivo económico-social y el conflicto colectivo de carácter jurídico, el procedimiento para la resolución del primero es distinto del que corresponde al segundo. Asimismo, es distinto el Tribunal competente para conocer de cada uno de ellos. En el primer caso se trata del "Proceso Colectivo Constitutivo"; en el segundo caso, del "Proceso Colectivo Declarativo". De éste conoce, por regla general, un tribunal del Derecho, aunque en

algunas legislaciones ese principio no se sigue fielmente. Del proceso colectivo constitutivo conoce un tribunal especial o un organismo administrativo, integrados ambos con representación a las clases patronal y trabajadoras. No se trata en este caso de un Tribunal de Derecho, pues el mismo tiene facultades para resolver "con entera libertad y en conciencia", como lo expresa el artículo 525.

Nuestra legislación consagra el distingo doctrinario antes expuesto, al establecer procedimientos diferentes para la resolución de cada una de las dos clases de conflictos colectivos y al señalar cuáles son los Tribunales competentes para resolver en cada caso. En lo que respecta a las controversias colectivas de naturaleza jurídica, el procedimiento aplicable es el ordinario (juicio ordinario de trabajo) establecido por los artículos 454 a 489.

En el presente artículo se tratará del proceso colectivo constitutivo, del cual conocen los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Conforme al criterio que queda expuesto en líneas anteriores sobre la clasificación de los conflictos colectivos en jurídicos y económico-sociales y a los procedimientos propios para la resolución de cada una de esas clases de conflictos, doctrina que se dibuja claramente en las disposiciones de nuestro Código de Trabajo, que se han mencionado al respecto, puede afirmarse que no es dable jurídicamente a los trabajadores acudir a la huelga con motivo de una diferencia surgida en cuanto a la interpretación de una convención colectiva de trabajo ni como medio de obtener de parte del patrono el cumplimiento de ésta, por estarse en presencia, en ambos casos, de conflictos colectivos de carácter jurídico que tienen señalado para su resolución el procedimiento ordinario de trabajo. En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Superior de Trabajo.

Debe advertirse, no obstante lo dicho anteriormente, que nuestro Código laboral contiene una disposición singular que parece apartarse del criterio indicado. Me refiero al artículo 371 que dispone lo siguiente:

*"Artículo 371.—Si los Tribunales de Trabajo declaran que los motivos de una huelga legal son imputables al patrono, por incumplimiento del contrato o contratos de trabajo, por negativa injustificada a celebrar una convención colectiva o por maltrato o violencia contra los trabajadores, condenarán a aquél al pago de los salarios correspondientes a los días en que éstos hayan holgado."*

En primer lugar cabría decir que al hablar ese artículo de incumplimiento del contrato de trabajo, no puede referirse en modo alguno a contratos individuales; primero, porque la huelga es una institución del Derecho Colectivo; segundo, porque la disposición comentada se encuentra ubicada en el Título Sexto del Código de Trabajo, título que se denomina "De los Conflictos de Carácter Económico y Social" y tercero, porque no sabría admitir que el hecho de que el patrono

incumpla los contratos individuales, por ejemplo en cuanto a salarios, puede generar un conflicto colectivo. En efecto, según se ha dicho, en éste se encuentra involucrado un interés profesional, de categoría. La circunstancia de que existan conflictos individuales que afecten a varios trabajadores de una misma empresa no le da a la controversia la característica de colectiva. Conforme apunta Jeager<sup>9</sup> "puede haber un proceso individual, aunque sean varios los trabajadores que actúen contemporáneamente y conjuntamente contra un mismo empresario. En tal caso existirá un proceso individual acumulativo, no un proceso colectivo, en cuanto al Juez no se le pide la tutela del interés abstracto, de categoría, sino la tutela del interés concreto de individuos singulares, cuya eventual coincidencia tiene un valor totalmente relativo". Este criterio fue prohijado por nuestra Sala de Casación, en resolución de las diez horas del ocho de setiembre de mil novecientos cuarenta y siete, al declarar que en el caso sometido a su conocimiento no se estaba en presencia de un conflicto colectivo, sino de un típico conflicto individual "aunque la contienda por acumulación de demandas se desarrolle entre un grupo de trabajadores y una misma empresa, puesto que la controversia surgida no proviene de un contrato colectivo (convención colectiva de trabajo), ni se refiere, en relación con la ley, a una cuestión de orden profesional general, es decir, a una cuestión que afecta en conjunto los intereses jurídicos de categoría gremial".

De acuerdo con lo antes expuesto, debe necesariamente concluirse que nuestro legislador, aludió en esa norma al "contrato colectivo de trabajo", según la nomenclatura usada por otras legislaciones, entre ellas la mexicana, de la cual parece extraída la regla comentada, es decir, se refirió a la institución llamada en nuestro país, "convención colectiva de trabajo". Si bien en el mismo artículo se usa posteriormente esa última expresión, quizá el cambio de una por otra de las citadas denominaciones obedeció al deseo de no repetir éstas. Ahora bien: el incumplimiento de una convención colectiva de trabajo puede originar un conflicto colectivo, pero éste es de naturaleza jurídica<sup>10</sup> y conforme se ha expuesto, nuestro legislador estableció para la resolución de tales conflictos el procedimiento ordinario de trabajo, estando reservada la huelga para las controversias de índole económico-social. El Artículo 371, en el aspecto que se examina, constituye a mi juicio una disposición disonante, en cuanto no ajusta en el sistema de planteamiento de clasificación de los conflictos y de procedimientos para la resolución de las diversas clases de ellos, establecido en nuestro Código de Trabajo.

<sup>9</sup> Citado por TRUEBA URBINA, Alberto, en Derecho Procesal del Trabajo, México, Talleres Lito Tipográficos Laguna, 1943, T. II, pág. 81.

<sup>10</sup> DE LA CUEVA, Marlo ob. cit., pág. 774.

VII. LA REGULACION DEL PROCESO  
COLECTIVO-CONSTITUTIVO EN EL CODIGO  
DE TRABAJO.

A. Las dos modalidades de este proceso que reconoce nuestra ley tomando en cuenta la finalidad específica que persigue la colectividad obrera, y, además, la forma en que ésta se encuentra representada en el proceso, pueden distinguirse en nuestro Derecho Laboral dos modalidades del proceso colectivo-constitutivo, a saber:

a) El que se refiere al conflicto promovido por una coalición de trabajadores, mediante la formulación de ciertas peticiones concretas de carácter económico-social y que no persigue de acuerdo con la intención del legislador, la regulación exhaustiva de las condiciones de trabajo en una empresa. La coalición, expresa Krotoschin, es "la acción concertada de cierta cantidad de trabajadores o de empleadores para llegar a una modificación de las condiciones de trabajo, que los afectan personalmente. La coalición lleva el signo de algo momentáneo, pasajero, que no tiene continuación. Evoca, además, la idea de un conflicto entre patrono y trabajadores; la coalición muchas veces es el prelude de una huelga o de un lock-out, si la acción emprendida no llega a prosperar pacíficamente. De todos modos, mientras la asociación es una agrupación durable, perfectamente organizada con fines amplios, dirigida no sólo a satisfacer una aspiración inmediata de los miembros sino a defender sus intereses de manera constante, la coalición se propone nada más que un resultado único y cercano. Una vez obtenido éste (el aumento de salarios, por ejemplo), la coalición se disuelve; o se disuelve cuando no puede conseguir su objeto".<sup>11</sup> Cabría agregar que la coalición no tiene personalidad jurídica, conforme a nuestra ley; y,

b) El que es promovido por una organización sindical para obtener la celebración de una convención colectiva de trabajo.

En la práctica, sin embargo, y por motivos que adelante se expondrán en detalle, la distinción antes indicada, que aparece nítida en nuestro Código Laboral, ha sido desvirtuada por los trabajadores, en un intento de encontrarle remedio a los problemas que surgen a causa de la regulación defectuosa en nuestra ley del conflicto originado en la celebración de una convención colectiva de trabajo, regulación que a mi juicio es obsoleta, pues se aparta de los lineamientos actuales del Derecho Laboral, en punto a la contratación colectiva y que, además, no ha dado buenos resultados.

<sup>11</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. "Instituciones del Derecho del Trabajo" Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª Edición, 1968, págs. 192 y 193.

El Código de Trabajo de El Salvador hace también el distingo antes indicado, pero en una forma más expresa y destacada de la que aparece en la legislación costarricense. En efecto, en el citado Código, el Capítulo relativo al procedimiento en los conflictos económicos o de intereses, comprende dos regulaciones. La primera se refiere a las controversias que surgen con motivo de la celebración o revisión de un contrato o convención colectivos de trabajo (Artículo 481 a 515), a las cuales concede especialmente importancia; y la segunda, relativa a conflictos colectivos económicos promovidos por trabajadores no organizados en sindicatos (Artículos 516 a 525). Considero que en este particular la legislación salvadoreña es superior a la nuestra, lo que se deba quizá a que El Salvador cuenta con un moderno Código de Trabajo promulgado en 1972. Conviene advertir que en éste se denomina contrato colectivo al que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores, por una parte y un patrono, por la otra, en tanto que la convención colectiva es el pacto concertado entre un sindicato de trabajadores y un sindicato de patronos; tanto aquél como ésta tienen por objeto regular las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo en las empresas o establecimientos que comprenden. (Artículos 268, 269 y 288).

B. *El proceso Colectivo-Constitutivo que regula el conflicto planteado por una coalición de trabajadores*

Este proceso es, en nuestro Código de Trabajo, el proceso colectivo típico, al cual se le concede mayor importancia que al que se refiere al conflicto originado en la celebración de una convención colectiva de trabajo. Cabe pensar que ello se debe a que en el año mil novecientos cuarenta y tres, en que se promulgó dicho Código, la mencionada institución era prácticamente desconocida en nuestro medio y no existía ninguna regulación sobre la misma. En cambio, si existía alguna experiencia en cuanto a controversias promovidas por coaliciones de trabajadores con el fin de obtener determinadas mejoras en las condiciones de trabajo en las empresas. En tales oportunidades los trabajadores habían acudido inclusive a la huelga, como instrumento de hecho, pues no estaba reconocida por la ley, a fin de presionar a los patronos para que aceptaran sus demandas. Entre estas huelgas la más importante fue la que hicieron los trabajadores de la Compañía Bananera de Costa Rica, en el año mil novecientos treinta y cuatro, cuyo objeto fue obtener un aumento de los salarios y un mejoramiento de las condiciones de los trabajadores en cuanto a vivienda y salud. Ese movimiento, que logró paralizar las actividades de la expresada compañía en la región del Atlántico, tuvo éxito, pues mediante la intervención del Presidente de la República, como conciliador, se logró, después de conversaciones entre los representantes de las partes, que la citada compañía aceptara casi todas las peticiones de los trabajadores. En ese entonces, los sindicatos estaban organizados como simples

asociaciones, al amparo de la Ley de Asociaciones y no tenían personería para representar a sus afiliados ni para concertar pactos a nombre de ellos con los patronos. Los arreglos que se firmaban, con ocasión de los conflictos colectivos, no tenían, en consecuencia, el carácter de convenciones colectivas. Ello explica por qué, al promulgarse el Código de Trabajo, se le dio más importancia a los aludidos conflictos y a su reglamentación.

### C. *Las formas de solución de los conflictos económico-sociales.*

En el Derecho Comparado se conocen varias formas de solución de tales conflictos, siendo las principales las siguientes: a) La negociación; b) La conciliación; c) La mediación; ch) El Arbitraje Voluntario; y d) El Arbitraje Obligatorio. Algunos expositores agregan a esa lista la solución legislativa, sobre la cual el distinguido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, después de referirse a algunos ejemplos de "jurisdicción legislativa", en otros campos del Derecho, expresa que "No ha de extrañar, pues, que más de una vez el legislador se haya considerado investido de facultades para dirimir por acto legislativo conflictos de intereses laborales. Si damos a las palabras su significado común y no su acepción estrictamente técnica, podríamos hablar en esos casos de función jurisdiccional legislativa, por cuanto el Parlamento dirime por acto propio un conflicto de orden privado cuyo conocimiento correspondía ordinariamente a otros órganos y cuyo contenido se aproxima más a la función jurisdiccional que a cualquier tipo de soluciones como de carácter político por oposición a jurídico. El carácter político del órgano da a la solución todo el aspecto de una medida inspirada en razones de oportunidad y de conveniencia y no los caracteres de una medida jurídica, inspirada en principios de derecho previamente instituidos. La idea de jurisdicción legislativa laboral parece una antinomia, pero en la realidad de los hechos no lo es".<sup>12</sup>

He transcrito los anteriores párrafos de Couture porque resultan de mucho interés en lo que se refiere a la experiencia que hemos tenido en nuestro país sobre soluciones legislativas en los conflictos laborales de carácter económico-social. En efecto, algunas de esas controversias han sido resueltas mediante una ley especial dictada por la Asamblea Legislativa. Al respecto puede citarse el conflicto que se suscitó con motivo del traspaso del muelle metálico de Limón al Estado, por parte del Ferrocarril de Costa Rica y la Northern Railway Company, al pretender los trabajadores el pago de las prestaciones de preaviso y auxilio de cesantía, a las cuales no tenían derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 37, según el cual la sustitución de patrono, que en ese caso se produjo, no acarrea la terminación de los contratos de

trabajo ni rompe la continuidad de los servicios prestados por los trabajadores con el patrono sustituido. Esa controversia desembocó en una huelga que paralizó las actividades del muelle y en tal situación la Asamblea Legislativa dictó una ley, que fue sancionada por el Poder Ejecutivo, y que es la número 4342 de diez de junio de mil novecientos sesenta y nueve, para solucionar el conflicto. Por el artículo segundo de dicha ley se autorizó a los trabajadores del muelle a recibir el importe de las prestaciones de preaviso y auxilio de cesantía, si comunicaban en un plazo concedido al efecto, su decisión de poner fin a sus contratos. Por lo demás, podían ser contratados de nuevo por la Junta Administrativa y de Desarrollo Económico de la Vertiente del Atlántico que en adelante se hizo cargo de la administración del muelle, aunque ésta no asumía esa obligación de acuerdo con la ley citada.

También tuvo una solución similar el conflicto que surgió con motivo de la caducidad de los contratos del Ferrocarril de Costa Rica y la Northern Railway Company, que provocó la huelga de los trabajadores, quienes reclamaban el pago de prestaciones de preaviso y auxilio de cesantía.

Por ley número 5071 de trece de setiembre de mil novecientos setenta y dos el Estado asumió el pago de esas prestaciones a favor de los trabajadores de la empresa, declarándose, además, que ello no implicaba ruptura de los contratos. Dichos trabajadores conservan su antigüedad de servicios, para todos los efectos en general, pero en cuanto a las indicadas prestaciones, la ley declaró que de esa fecha en adelante se consideraba que existiría una nueva prestación de servicios.

### D. *Las soluciones que establece la legislación nacional.*

Nuestro Código de Trabajo regula el procedimiento para la resolución de las controversias de intereses en sus artículos 497 a 530 y prevé cinco formas posibles de solución:

1. Lo que se denomina en dicho Código "Arreglo Directo"
2. La conciliación
3. El arbitraje voluntario
4. Un procedimiento especial para algunos casos en los que el conflicto afecta determinados servicios públicos; y
5. El arbitraje obligatorio para los demás casos de conflictos en los servicios públicos.

#### 1. *El Arreglo Directo*

Los artículos 497 y 498 del Código de Trabajo regulan lo que nuestra legislación llama "El arreglo directo". Esa disposición establece lo siguiente:

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo J. El Concepto de Jurisdicción Laboral. Publicación de la Facultad de Derecho, págs. 2 y 3.

“Artículo 497.—Patronos y trabajadores tratarán de resolver sus diferencias por medio del arreglo directo, con la sola intervención de ellos o con la de cualesquiera otros amigables componedores. Al efecto, los trabajadores podrán constituir Consejos o Comités Permanentes en cada lugar de trabajo, compuestos por no menos de tres miembros, quienes se encargarán de plantear a los patronos o a los representantes de éstos, verbalmente o por escrito, sus quejas o solicitudes. Dichos Consejos o Comités harán siempre sus gestiones en forma atenta y cuando así procedieren, el patrono o sus representantes no podrán negarse a recibirlos, a la mayor brevedad que le sea posible”.

La norma anteriormente transcrita alude en realidad a dos formas de solución de conflictos: a) La negociación directa, cuando habla de “la sola intervención de patronos y trabajadores” o sea de una discusión entre las partes interesadas, que puede dar lugar a un acuerdo que ponga fin a la controversia; y b) la conciliación, cuando se refiere a la intervención de “amigables componedores”, que en el fondo serían conciliadores.

Debe aclararse desde luego que se trata de una conciliación extrajudicial, a fin de distinguirla de la judicial prevista y regulada en los artículos 500 a 516 *ibidem*, pero sí cabe destacar que es típicamente una forma de conciliación. En efecto, señala Stafforini que “la conciliación impone la intervención de un tercero extraño al conflicto con el propósito fundamental de aunar a las partes y alentarlas para la solución de la controversia”<sup>13</sup>. También prevé la disposición comentada la integración de Consejos o Comités permanentes de tres o más trabajadores, para que, como delegados de éstos expongan sus quejas ante el patrono, discutan y negocien con él, pudiendo desde luego concertar arreglos. Esta es también una forma de conciliación. Al respecto, expresa C. de Fromont de Bonaille, que “cuando los obreros en desavenencia con su patrono encargan a unos cuantos de exponer sus quejas y pretensiones y discutir las bases de un arreglo, se trata de la conciliación”<sup>14</sup>. Sin embargo, debe hacerse la observación de que la regla comentada alude a comités o consejos de carácter permanente, no transitorios.

Este sistema llamado de “arreglo directo” en nuestra ley, ha sido objeto de muchas críticas de parte de los trabajadores y sobre todo, de los sindicalistas, al punto de que propugnan porque se elimine. Al efecto aducen que se presta para que algunos patronos, valiéndose de ciertas formas de persuasión y aún de coacción, puedan obtener la firma de un arreglo que sea evidentemente favorable para él y perjudi-

<sup>13</sup> STAFFORINI, Eduardo R. Derecho Procesal Social, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955, pág. 715.

<sup>14</sup> Mencionado por PORRAS Y LOPEZ, Armando. Derecho Procesal del Trabajo, México, Textos Universitarios S. A., pág. 214.

cial para los trabajadores, mediante acuerdos que son celebrados a espaldas de los respectivos sindicatos. Inclusive se citan casos en que conflictos promovidos por éstos y pendientes ante los tribunales, han terminado en virtud de un “arreglo directo” en el cual no ha tenido intervención la organización sindical respectiva. En realidad esta última situación no parece admisible, pues si ha sido dicha organización la que planteó el conflicto, lo lógico y jurídico es que a ella, le corresponda, como parte, intervenir en la discusión y celebración del arreglo, por medio de sus representantes. Cabe observar que el artículo 497 comentado, no confiere a los sindicatos la facultad de actuar como representantes de los trabajadores, para la solución de los problemas y conflictos laborales que surjan entre ellos y los patronos. La deficiencia de la ley ha sido superada por medio de convenciones colectivas, en la mayoría de las cuales la empresa reconoce al sindicato como representante de los trabajadores afiliados a él y en algunas convenciones, aún de no afiliados, si éstos lo consienten, y se le confiere a la organización la facultad de intervenir a nombre de tales trabajadores para la discusión y solución de los conflictos laborales. A pesar de la existencia de tal cláusula, algunos empresarios han aducido la disposición del artículo 497, a fin de negar a los sindicatos personería como representantes de los trabajadores para el efecto indicado.

Es significativo que nuestro legislador no concediera a los sindicatos en esa disposición la personería aludida, y se la diera, en cambio, a consejos o comités de trabajadores. Ello podría explicarse por la razón de que, cuando se promulgó el Código Laboral, en 1943, el movimiento sindical costarricense tenía muy poco desarrollo. Debe advertirse, no obstante, que las organizaciones obreras sí eran reconocidas legalmente, pues podían constituirse al amparo de la Ley de Asociaciones entonces vigente, y a partir del 15 de julio de 1937 se estableció un registro especial “De Agrupaciones Obreras y Gremiales”, por Decreto N° 1 de esa fecha.

El artículo 498 requiere que los arreglos directos que se celebren entre patronos y trabajadores se hagan constar en una acta y que se envíe copia auténtica de ella a la Oficina de Asuntos Gremiales y Conciliación Administrativa (hoy Departamento de Relaciones Laborales) del Ministerio de Trabajo. No indica esa disposición en qué forma debe hacerse la autenticación del acta respectiva, pero en la práctica se acostumbra que ello se haga por medio de la firma de un abogado. Asimismo, encarga el citado artículo 498 al Inspector General de Trabajo velar porque los acuerdos celebrados no contraríen las disposiciones legales que protejan a los trabajadores y porque sean rigurosamente cumplidos por las partes.

Por su parte, el artículo 499 *ididem* ordena que cada vez que se forme uno de los Consejos o Comités de que habla el artículo 497, debe informarse a la Oficina de Asuntos Gremiales y Conciliación Administrativa (hoy Departamento de Relaciones Laborales) del Mi-

nisterio de Trabajo, mediante nota que suscribirán y enviarán los miembros del Consejo o Comité dentro de los cinco días posteriores a su nombramiento.

## 2. La Conciliación

### a) Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje

Se discute en doctrina si las funciones de conciliación y arbitraje deben ser ejercidas por el órgano jurisdiccional o por organismos administrativos. El Profesor alemán de Derecho Social Hugo Sinzheimer afirma que "el arbitraje no es una función jurídica sino administrativa. El árbitro no es un Juez. No resuelve un litigio por infracción de normas, sino que crea nuevo derecho"<sup>15</sup>. Por su parte, Eduardo R. Stafforini, César Martínez Vivot y Luis A. Ruffo, autores del Proyecto de Decreto Ley de la Argentina N° 32347 de 1944, expresan en la exposición de motivos respectiva, lo siguiente: "Los conflictos colectivos o de intereses han sido sustraídos de la competencia de la justicia del trabajo, porque se ha considerado que los jueces de derecho que deciden "secundum lege" no deben resolver esta clase de conflictos cuyas soluciones escapan a la aplicación concreta de un texto legal"<sup>16</sup>.

Ossorio y Florit es aún más terminante al afirmar que "Admitir que los tribunales de justicia resuelvan conflictos colectivos de intereses, es decir, conflictos en los que por no existir una norma legal, se obligaría al juzgador a crearla, constituye un paso gravísimo, no sólo por la invasión de facultades correspondiente a otros poderes del Estado, sino porque indefectiblemente llevaría a los estrados de la justicia problemas políticos que solamente pueden resolverse con criterio político"<sup>17</sup>.

En cambio, el conocido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture se inclina por la tesis de que corresponde a los tribunales de justicia ejercer las indicadas funciones. Al respecto considera que así como no se concibe para los conflictos individuales de trabajo otro método de decisión que no sea el de los Jueces del Estado, igualmente no puede concebirse para el conflicto colectivo, aún en su máxima magnitud, otro medio de decisión que el de la función jurisdiccional específica<sup>18</sup>.

También Cabanellas parece adherirse a este criterio en el siguiente párrafo: "Establecida la solución judicial de los conflictos de trabajo,

<sup>15</sup> Citado por PEREZ BOTIJA, Eugenio, en Curso de Derecho del Trabajo, Madrid, Editorial Tecnos, 1950, pág. 312.

<sup>16</sup> El texto de esa exposición aparece en el libro de VILLARREAL, Enrique Julio, Derecho Procesal Laboral, Buenos Aires, Librería Jurídico Valerio Abeledo, 1951, pág. 34.

<sup>17</sup> Mencionado por CABANELLAS, Guillermo, en Derecho de los Conflictos Laborales, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1966, pág. 545.

<sup>18</sup> Citado por STAFFORINI, Eduardo, en Derecho Procesal Social, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1955, pág. 726.

tendría que serlo por medio de Tribunales de carácter permanente lo cual aseguraría la imparcialidad de éstos y especialmente su neutralidad en relación con ciertos factores de carácter político.

Cuando la solución de los conflictos se produce por medio de órganos administrativos, es más fácil dejarse influir por razón de su menor importancia"<sup>19</sup>.

En mi opinión, no puede darse una solución general aplicable a todos los países, sino que debe atenderse a las condiciones propias de cada país, a su ordenamiento jurídico general, a sus tradiciones, etc.

Al finalizar la exposición del régimen nuestro sobre conciliación y arbitraje, haré un comentario crítico sobre el mismo y me referiré a los resultados que ha dado en la práctica.

### b) Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en la Legislación Costarricense.

Nuestro legislador adoptó el sistema según el cual las funciones de conciliación y arbitraje son atendidas por tribunales judiciales especiales, sea el sistema propuesto por Cabanellas. Al promulgarse el Código Laboral, en el año 1943, se crearon estos tribunales, que dependen de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 386 de dicho Código). Su organización y funcionamiento está regulado por los artículos 397 a 407. Debe advertirse que si bien antes de esa promulgación existía un organismo llamado "Tribunal Superior de Arbitraje", de carácter administrativo, ese tribunal no conocía de conflictos de intereses, los cuales ni siquiera estaban previstos por la ley, en esa época. Su competencia estaba limitada a la materia relativa a riesgos profesionales, conforme a los artículos 46 y 48 de la Ley sobre Reparación por Accidentes de Trabajo N° 53 de 31 de enero de 1925.

Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje están, en realidad, adscritos a los Juzgados de Trabajo y tienen el mismo personal subalterno de éstos. No actúan permanentemente, sino de acuerdo con la necesidad que exista de conocer de los conflictos colectivos económico-sociales. Cuando a un Juez de Trabajo se le presenta el pliego por el cual se da inicio al trámite de esas controversias, procede a integrar el respectivo Tribunal de Conciliación. Igualmente, cuando se somete a arbitraje, la solución de un conflicto de la naturaleza indicada, el Juez procede a formar el Tribunal de Arbitraje. La integración, tanto en uno u otro caso, se hace con la participación del propio Juez como Presidente, en su calidad de representante del Estado, de un representante de la clase trabajadora y de un representante de la clase patronal. Todos estos integrantes pueden actuar indistintamente como conciliadores o como árbitros, según corresponda. Para la elección de los re-

<sup>19</sup> CABANELLAS, Guillermo, Derecho de los Conflictos Laborales, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1966, pág. 543.

presentantes obrero y patronal, que hace la Corte Suprema de Justicia, por períodos de dos años, se concede a los respectivos sindicatos de trabajadores y de patronos un término de quince días a fin de que presenten ante la Corte nóminas de cinco candidatos que reúnan las condiciones de ley, para cada uno de los circuitos judiciales. Por su parte, el Ministerio de Trabajo también está facultado para enviar nóminas de diez personas para cada uno de esos circuitos (cinco de la clase trabajadora y cinco de la patronal), con el fin de que si no hubiere candidatos propuestos por los sindicatos para integrar alguna lista, la Corte hace las designaciones respectivas tomando los candidatos sugeridos en las listas oficiales.

En materia de organización de los Tribunales de Trabajo existen dos tendencias: una consiste en la adopción de jueces de derecho exclusivamente y otra, en la de tribunales de composición mixta, es decir, integrados con representantes de empleados y trabajadores. Como puede observarse, nuestro legislador siguió, en cuanto a los tribunales consiliación y arbitraje, el sistema de composición mixta en cuanto se da en ellos representación a las clases patronales y trabajadora, si bien también la concede al Estado, mediante un juez de Derecho, que cuando actúa como integrante del tribunal es un árbitro o conciliador, según el caso. La solución dada por nuestra ley es buena, en principio, porque tratándose de la resolución de conflictos colectivos de intereses, parece lo indicado que se confiera en los respectivos tribunales representación a los factores de producción.

Cabe advertir, no obstante, que las sentencias de los Tribunales de Arbitraje, deben forzosamente ser consultadas ante el Tribunal Superior de Trabajo, según lo ordena el artículo 526, y que el mismo en la actualidad está constituido por tres Jueces Superiores de Trabajo, que son jueces de Derecho, sin que se dé representación a las clases obrera y patronal. En efecto, si bien el artículo 405 dispone que el Tribunal Superior de Trabajo estará integrado por un representante del Estado, quien lo presidirá y por un representante de los trabajadores y otro de los patronos, es lo cierto que la Corte Suprema de Justicia consideró, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1949, que nos rige, que el citado artículo 405 había sido derogado implícitamente por ésta y por algunas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial que fueron dictadas a raíz de la vigencia de la Carta Política.

En los casos en que el Tribunal Superior de Trabajo conoce en consulta de una sentencia arbitral dictada en un proceso colectivo constitutivo, actúa no como Tribunal de Derecho, sino como Tribunal de Conciencia.

## c) El procedimiento de conciliación judicial

### i) Generalidades

Este procedimiento se encuentra regulado en nuestro Código de Trabajo por los artículos 500 a 516 y aunque se denomina "conciliación", en realidad comprende también la mediación, pues los conciliadores tienen la facultad y aún la obligación de someter a las partes en disputa bases o recomendaciones de arreglo.

Sobre este punto expresa Deveali<sup>20</sup> que "la mediación en una forma especialmente intensa de conciliación, ya que el mediador, por lo general, no se limita a escuchar las partes, sino que puede exigir de ellas datos e informes, y formular propuestas según su criterio" lo que corrobora Stafforini al afirmar que "la mediación supone que el tercero intercede ante ambas partes formulando una propuesta concreta para el arreglo de sus diferencias"<sup>21</sup>.

Nuestra ley no exige, para iniciar el procedimiento de conciliación, que se haya agotado previamente la fase de arreglo o negociación directa, ni la conciliación extrajudicial, como sí lo requieren otras legislaciones.

### ii) Nombramiento de delegados.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 500, como primer paso "los interesados nombrarán entre ellos una delegación de dos o tres miembros que deberán conocer muy bien las causas de la inconformidad y estar provistos de poder suficiente para firmar cualquier arreglo".

La norma habla de "interesados", porque, conforme a nuestro ordenamiento, el conflicto puede ser promovido tanto por los trabajadores, como por los patronos. (Artículo 364 y 372). La disposición comentada no indica en qué forma debe hacerse el nombramiento de delegados y aunque lo lógico sería que se hiciera en una reunión o asamblea, sobre todo tratándose de los trabajadores, en la práctica se ha seguido un procedimiento que a mi juicio no es el más indicado y que consiste en que, en un pliego se expresa quiénes son los delegados y a continuación los trabajadores que apoyan esa designación firman ese pliego y en otros pliegos adjuntos, siendo todas las firmas autenticadas por un abogado<sup>22</sup>. Ese mismo sistema ha provocado varias

<sup>20</sup> Citado por NAPOLI, Rodolfo A. en Manual de Derecho Sindical, Buenos Aires, La Ley S. A., 1969, pág. 188.

<sup>21</sup> Ob. cit. 715.

<sup>22</sup> El Tribunal Superior de Trabajo, en resolución de las 10 horas del 23 de agosto de 1972 declaró que "Las cuestiones relativas al procedimiento a seguir para el nombramiento de delegados de los trabajadores y al modo en que ha de suscribirse el pliego de peticiones... son puntos relativos a meras forma-

dificultades porque se interpreta que los trabajadores que han firmado son los que apoyan el movimiento y dentro de ese entendido el patrono en conflicto formula incidentes sobre el número de firmas que contienen los pliegos, en relación con el número total de trabajadores de la empresa y se ha sostenido la tesis de que es necesario un apoyo del sesenta por ciento de ese total, aplicando por analogía el artículo 366 —inciso c)—, que exige ese requisito para declarar una huelga legal, con lo que se está confundiendo la huelga con el conflicto. Volveré a tratar este punto al referirme a los requisitos que debe contener un pliego de peticiones.

En razón de que el artículo 500 dispone que los delegados han de ser escogidos entre los interesados, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo ha establecido que los que representen a los trabajadores deben prestar servicios a la empresa de que se trata, porque solamente así pueden ser interesados, con lo que se elimina la posibilidad de que tales delegados sean dirigentes sindicales ajenos a dicha empresa.

### iii) *El Pliego de Peticiones*

Los delegados deben suscribir, por duplicado, un pliego de peticiones; el original ha de ser enviado inmediatamente a la otra parte afectada por el conflicto y la copia presentada al juzgado respectivo, con el escrito en que se pide iniciar los procedimientos de conciliación (Artículo 501). Aunque esta disposición expresa que la entrega del pliego de peticiones al Juez puede realizarse por medio de una autoridad administrativa, en la práctica nunca se ha hecho uso de tal facultad.

El pliego de peticiones debe contener de acuerdo con el artículo 504, los siguientes extremos:

1. Nombre de la persona o personas a quien se dirige.
2. Las peticiones concretas que se formulan.
3. Cuáles son los fundamentos o las razones en que las mismas se basan. La ley expresa que se indicarán las "quejas", pero ha de entenderse que se refiere a los hechos o razones que motivan las peticiones.
4. El número de patronos o de trabajadores que apoyan las peticiones.
5. La situación exacta de los lugares de trabajo donde ha surgido la controversia.
6. La cantidad de trabajadores que en éstos prestan servicios.
7. Los nombres y apellidos de los delegados.
8. La fecha.

lidades que, a juicio del Tribunal, no afectan la validez de los procedimientos". Sin embargo, si ha exigido el requisito de autenticación de las firmas en los pliegos mencionados: Resolución de las 14 horas del 17 de setiembre de 1975.

Además, los delegados deben señalar casa para oír notificaciones en el lugar de asiento del Juzgado y pueden, en el mismo pliego designar un asesor, con facultades suficientes para que les ayude a mejor cumplir su cometido.

Advierto que he variado un poco el orden en que esos requisitos aparecen enunciados en el citado artículo 504, por parecerme más lógico el seguido aquí.

Los datos o informes a que se refieren los apartes primero, quinto, sétimo y octavo de la enumeración no ameritan comentario alguno, por tratarse de simples aspectos de forma, que en la práctica no han suscitado ningún problema. En cambio, los otros requisitos sí ofrecen interés en ese sentido:

*Las peticiones.* Con alguna frecuencia se incluye en el pliego algunas que no son de contenido económico-social, sino más bien de carácter jurídico, es decir, lo que se pide concretamente es la aplicación de una norma jurídica existente. Considero que aunque nuestra ley no contiene ninguna previsión sobre el particular, el Juez debe, de previo, examinar las peticiones y si considera que alguna o algunas de ellas se encuentran en la situación apuntada, se impone que excluya las mismas del proceso colectivo constitutivo, indicando a la parte que lo promueve que ha de plantear por separado la acción respectiva.

Podría parecer, a primera vista, que es el Tribunal de Conciliación y no el Juez a quien corresponde hacer el pronunciamiento indicado, por afectar su competencia; sin embargo, estimo que esa solución es inaceptable porque tal Tribunal no es de derecho sino de conciencia, su misión no es resolver cuestiones como la planteada; las resoluciones que dicta son de mero trámite.

Conviene decir que el criterio anteriormente expuesto, según el cual deben excluirse del conflicto de intereses aquellos puntos de naturaleza jurídica, no es absoluto, en el sentir de algunos tratadistas. Así, Pérez Botija admite que el árbitro pueda resolver cuestiones que, aunque no sean de contenido económico-social, estén relacionadas con el conflicto, como readmisión de trabajadores despedidos con motivo del mismo, abono de los jornales por los días de huelga, etc.<sup>23</sup>. Volveré a referirme a este punto al tratar de la sentencia arbitral.

*Fundamentos de las peticiones.* En mi concepto nuestra ley alude a esos fundamentos al hablar de "las quejas", o sea de las razones que tiene la parte que promueve el conflicto para plantear las peticiones.

Así, por ejemplo, en las solicitudes de aumento de salarios, sobre todo en las que se plantean en la actualidad, es corriente que los trabajadores invoquen el alza del costo de la vida y la baja del poder adquisitivo de nuestra moneda. Cuando se trata de controversias pro-

<sup>23</sup> PEREZ BOTIJA, Eugenio. "Curso de Derecho del Trabajo". Madrid, Tecnos S. A., 1950, pág. 312.

movidas en una institución del Estado, es frecuente también que se aduzca el principio de igualdad de salarios, es decir, que en una institución similar se pagan, en igualdad de categorías, sueldos superiores.

En relación con este aspecto de los fundamentos de las peticiones, se observa que nuestro Código no menciona la facultad de la parte gestionante de presentar u ofrecer pruebas en apoyo de las mismas.

Es verdad que no se trata de una acción de carácter jurídico, en la cual el actor debe necesariamente demostrar los hechos en que se funda, según el principio tradicional conocido, que consagra el artículo 719 de nuestro Código Civil. Sin embargo, siempre debe abrirse la posibilidad de que quienes promueven el conflicto aporten pruebas o atestados. En tal sentido la legislación argentina dispone que en el "petitorio" (pliego de peticiones), la parte que promueve el conflicto consignará "todos los antecedentes, documentos y otras circunstancias que permitan conocer el objeto de la cuestión planteada"<sup>24</sup>. La Ley Federal del Trabajo de México, por su parte, en el procedimiento para la tramitación y resolución de los conflictos colectivos de naturaleza económica impone al patrono que promueva una controversia de esa índole, la obligación de presentar los documentos y dictámenes relativos a la situación económica de la empresa, o establecimiento de que se trata (artículo 792 de dicha ley), si bien no contiene una disposición semejante que exija a los trabajadores, cuando plantean el conflicto, presentar pruebas. Ese diferente trato se explica por la tendencia que se aprecia en la mencionada legislación de facilitar a los trabajadores los trámites en los procesos en que ellos están interesados. Es claro que en esa situación corresponde a la Junta de Conciliación aportar los informes y datos que sean necesarios para resolver el conflicto.

*Número de trabajadores o de patronos que apoyan las peticiones y cantidad de trabajadores que prestan servicios en los lugares de trabajo donde ha surgido la controversia.* Planteado en forma conjunta estos dos requisitos porque de la relación de ambos han surgido, tratándose de conflictos promovidos de los trabajadores, varias cuestiones importantes que inclusive han dado lugar a pronunciamientos no siempre uniformes por parte de nuestros tribunales de la materia.

En efecto, de esa relación han extraído, algunos abogados y jueces, la conclusión de que los trabajadores que promueven un conflicto de intereses deben contar con el respaldo de por lo menos el 60% de los que prestan servicios en la empresa de que se trata y hasta se ha llegado a decir que debe hacerse la comprobación respectiva, para que pueda darse curso al procedimiento de conciliación. Esa tesis, se basa además, en lo que dispone el artículo 366 —inciso c)— que exige, entre otros, ese requisito, para que una huelga pueda ser calificada como legal. Por otra parte, como en la práctica los trabajadores han

acostumbrado presentar pliegos de firmas que adjuntan al pliego de peticiones, los patronos han encontrado propicia la oportunidad para plantear incidentes sobre falsedad de firmas, firmas repetidas, firmas de personas que, según se dice, no laboran en la empresa, etc., todo lo cual viene a entorpecer los procedimientos de conciliación que por naturaleza y finalidad deben ser expeditos.

Debe admitirse que la ley no es clara ni explícita en cuanto al punto de que se trata, y no indica para qué fines son necesarios los datos que exige el artículo 504 en cuanto a los puntos comentados, pero también debe hacerse énfasis en que esa disposición por ninguna parte exige a los trabajadores que plantean el conflicto, comprobar que cuentan con el apoyo del porcentaje arriba indicado. En algunos casos los jueces han ordenado, de previo a dar curso a la conciliación, la práctica de pruebas para la demostración de los extremos apuntados. Sin embargo, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo "se ha orientado en el sentido de conceder una presunción relativa de veracidad a las afirmaciones que conforme a lo dispuesto por el artículo 504 del Código de Trabajo debe contener el pliego de peticiones, al puntualizar el número de trabajadores que apoyan el movimiento y la cantidad de los que prestan sus servicios en los lugares que afecta el conflicto"<sup>25</sup>. De acuerdo con esa jurisprudencia no cabe exigir la comprobación de las afirmaciones hechas por los delegados de los trabajadores en el pliego de peticiones sobre los mencionados extremos, ni el Juez está facultado para ordenar pruebas con esa finalidad como cuestión previa al procedimiento de conciliación.

No obstante lo expuesto, el propio Tribunal se ha inclinado por confirmar pronunciamientos de los Jueces en aquellos casos en que, de conformidad con las manifestaciones de los delegados obreros, se evidencia, sin lugar a dudas, que quienes promueven el conflicto constituyen solamente una minoría que no es representativa de los trabajadores que prestan servicios en la empresa o establecimiento de que se trata<sup>26</sup>. En consecuencia, la solución que debe darse al punto examinado oscila entre estas dos tesis: a) En el procedimiento de conciliación no cabe admitir discusiones ni pruebas acerca de si los trabajadores que promueven el conflicto cuentan con el apoyo de por lo menos el sesenta por ciento de los que prestan servicios en los lugares afectados por la controversia y b) No obstante ese principio, no procede darle curso a conflictos que son planteados por grupos no representativos. Es claro que esta última tesis lleva a plantear otra cuestión que es la relativa a los términos en que debe definirse o valorarse esa representación. A ese respecto, en el Congreso Jurídico Nacional cele-

<sup>25</sup> Resolución del Tribunal Superior de Trabajo de las 9 horas y 30 minutos del 17 de abril de 1972.

<sup>26</sup> Auto del mismo Tribunal de las 16 horas y 30 minutos del 14 de febrero de 1956.

<sup>24</sup> Mencionada por STAFFORINI, Eduardo, en ob. cit. pág. 748.

brado en el año 1970, la Comisión de Derecho de Trabajo aprobó una recomendación en los siguientes términos:

*“Que para el inicio de las diligencias de conciliación (en los conflictos económico-sociales) sea necesaria la comprobación de que los trabajadores cuentan con el treinta por ciento de los trabajadores de la empresa”*<sup>27</sup>.

La fijación de ese porcentaje, si bien es discrecional, se acerca a la proporción que señala el artículo 56 —párrafo primero del Código de Trabajo, al condicionar la obligación de todo patrono particular a celebrar una convención colectiva, a la circunstancia de que tenga a sus servicio más de la tercera parte de trabajadores sindicalizados. Es decir, nuestro legislador consideró que esa proporción de trabajadores sindicalizados y a cuyo nombre la respectiva organización solicita la firma del convenio colectivo, es representativa, por lo que de acuerdo con ese criterio, la fijación que se hizo en la recomendación antes transcrita no puede estimarse arbitraria, si bien sería deseable uniformar los porcentajes o proporciones que en una y otra situación se establecen.

En lo que se refiere al nombramiento de asesor, que prevé el artículo 504 in-fine, se ha discutido si la persona en quien recaiga ese nombramiento debe ser abogado. La solución de la jurisprudencia ha sido en sentido contrario: en efecto, si la ley no exige expresamente que el asesor sea un letrado, no es válido por vía de interpretación exigir esa condición. También se ha suscitado la cuestión de si cabe admitir más de un asesor por cada parte. En cuanto a este punto, algunos tribunales han admitido que cada parte pueda nombrar dos asesores, uno de los cuales es abogado y el otro dirigente sindical (en cuanto a los trabajadores) o perito en materias económicas (en cuanto a la empresa).

iv) *Efectos que produce la presentación del pliego de peticiones.*

Los artículos 502 y 503 indican cuáles son los efectos que se producen con la presentación del pliego de peticiones.

La primera de esas normas establece que desde ese momento ninguna de las partes puede “tomar la menor represalia contra la otra, ni impedirle el ejercicio de sus derechos”.

La segunda previene que a partir del mismo momento toda terminación de contratos debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez.

<sup>27</sup> Revista del Colegio de Abogados, Tomo XXVII, Número 19, Marzo de 1971, San José, Costa Rica.

Esas disposiciones se contraen a lo que en doctrina suele llamarse la “obligación de no innovar”. Al respecto expresa Cabanellas que “En algunas legislaciones, como en la argentina, se establece que, durante un periodo que fijarán la autoridad o los órganos competentes en la solución de los conflictos colectivos, las partes no pueden innovar y hasta se autoriza a obligar a las partes en conflicto a que retrotraigan las situaciones de hecho al estado existente al plantearse la actual desavenencia”<sup>28</sup>.

Conforme a los términos del artículo 502 después de que se presente ante el Juez de Trabajo el pliego de peticiones, no podría el patrono introducir ninguna variación en las condiciones de la relación laboral que perjudicara los derechos del trabajador como sería la disminución de salario, el descenso de categoría, un traslado que causa perjuicio a éste, etc. La propia norma comentada expresa que el que infringiere sus términos, además de hacerse acreedor a la sanción respectiva, “deberá reparar inmediatamente el daño causado”, frase que indudablemente implica la ineficacia de la medida que constituye la innovación y la consecuencia de que la situación de hecho debe restituirse al estado anterior a esa medida.

En lo que concierne al artículo 503, sienta una regla general en una forma precisa, pero sin el necesario desarrollo del principio que sustenta.

Ello ha dado lugar a que en su aplicación se presentaran dudas sobre sus alcances. Algunos jueces, guiados por el carácter formalista del Derecho Procesal Civil, entendieron que la autorización judicial requerida por esa norma, para la terminación de los contratos de trabajo, una vez presentado el pliego de peticiones, era una simple formalidad y de acuerdo con ese criterio concedían de plano dicha autorización al patrono que la solicitaba. Ese criterio no se aviene con la finalidad que persigue el texto legal en referencia.

El Tribunal Superior de Trabajo fijó los alcances del mismo en resolución dictada a las 10 horas y 20 minutos del 5 de abril de 1954, la cual expresa en lo conducente:

*“Considerando II. Dispone el artículo 503 del Código Laboral que a partir del momento en que se entregue a la autoridad administrativa o al Juez de Trabajo el pliego de peticiones con motivo de un conflicto colectivo de carácter económico-social, toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez. Tal disposición tiene por objeto evitar, por una parte, que el patrono pueda, por medio de despidos, hacer disminuir el número de trabajadores que apoyan el movimiento y por otra, impedir que aquél tome represalias*

<sup>28</sup> CABANELLAS, Guillermo, Derecho de los Conflictos Laborales, Buenos Aires. Bibliográfica Omeba, 1966, pág. 499.

contra éstos, con ocasión del conflicto, conforme a la doctrina del artículo 502 *ibidem*, pero para evitarle perjuicios al patrono obligándolo a mantener obreros que han incumplido sus obligaciones haciéndose acreedores a su separación, establece la ley que el despido pueda verificarse siempre que sea autorizado previamente por el Juez. Para ello, claro está, debe hacerse la comprobación respectiva, la cual ha de tramitarse, según lo ha resuelto el Tribunal, por vía de incidente, dentro de los procedimientos relativos al conflicto”.

En relación con este punto cabe anotar que el mismo Tribunal Superior de Trabajo ha resuelto que no siempre procede la nulidad del acto por el cual se produjo la terminación del contrato de trabajo sin autorización judicial previa nulidad que, por otra parte, no declara de modo expreso la norma comentada. Dentro de ese orden de ideas ha aceptado que tal situación pueda convalidarse mediante la presentación de la carta de renuncia del respectivo trabajador, debidamente reconocida, y que dentro del incidente que sobre restitución en el puesto establezca el trabajador despedido, pueda el patrono hacer la comprobación de los hechos en que se basó la separación de aquél<sup>29</sup>.

Una cuestión importante que se plantea en relación con el problema examinado es la de si el pronunciamiento que se dicta en estos incidentes es definitivo, es decir, si produce los efectos de la cosa juzgada o si, por el contrario, puede discutirse posteriormente en juicio ordinario de trabajo. El punto no ha sido objeto de una definición concreta por parte de nuestros tribunales. Me inclino por la tesis de que sí es posible esa discusión ulterior, una vez terminado el conflicto. Este criterio parece desprenderse de algunas resoluciones del Tribunal Superior de Trabajo en las cuales al denegarse la solicitud patronal sobre autorización de despido, se hace la salvedad de que lo resuelto no impide al patrono el ejercicio de las acciones correspondientes al concluirse la controversia<sup>30</sup>.

Siendo ello así, parece equitativo que también pueda el trabajador hacer uso de ese derecho en iguales o similares.

En abono de la tesis aquí sustentada cabe argumentar que, aparte de que la ley no confiere a las aludidas resoluciones incidentales los efectos de la cosa juzgada, la cuestión que se debate en el respectivo incidente puede tener una cuantía superior a diez mil colones, sin que sea posible establecer recurso ante la Sala de Casación contra tales resoluciones, por no concederle el Código de Trabajo. En ese caso se estaría impidiendo a la parte interesada el ejercicio de un derecho que confiere el artículo 549 al establecer el aludido recurso contra las sen-

<sup>29</sup> Resolución del Tribunal Superior de Trabajo de las 9 horas y 10 minutos del 12 de abril de 1972.

<sup>30</sup> Ver entre otras, la resolución del mismo Tribunal de las 9 horas y 10 minutos del 4 de abril de 1972.

tencias dictadas en segunda instancia en los “juicios comprendidos por los incisos a), d) y e)”, enumeración que comprende los conflictos de carácter jurídico y excluye los conflictos económico-sociales, como lo ha declarado reiteradamente la mencionada Sala.

La cuestión que se ventila en los incidentes de comentario es de carácter jurídico aunque está involucrada en un proceso colectivo constitutivo.

Dentro de la tesis que admite la posibilidad de revisión posterior de los pronunciamientos sobre autorización de despido, ha de aceptarse que, mientras esté pendiente el conflicto de intereses no corre la prescripción del derecho del patrono para despedir al trabajador, prevista por el artículo 603, en el caso de que hubiere sido denegada la solicitud formulada durante el proceso colectivo.

En lo que respecta al trabajador cuyo despido haya sido autorizado judicialmente dentro de ese proceso, estimo que sí podría establecer, estando pendiente éste, la acción ordinaria de trabajo, pues nada se lo impide, de modo que contra él corre la prescripción señalada por el artículo 604.

#### v) Trámite de la Conciliación

Al recibir el pliego de peticiones, en debida forma, el Juez debe proceder a integrar el Tribunal de Conciliación que ha de conocer del conflicto, llamando a los respectivos Conciliadores. En la misma resolución previene a la otra parte nombrar su delegación de dos o tres miembros, con poder suficiente para celebrar arreglos, la cual puede designar un asesor. (Artículo 505).

El trámite de conciliación está inspirado en principios de celeridad y ausencia de formalismos: los términos son breves y no se admiten durante el período conciliatorio, excepciones dilatorias, incidentes, recursos, excusas ni recusaciones. Si alguno de los miembros del Tribunal tuviere motivo de impedimento, deberá manifestarlo al ser llamado, a fin de que se le separe, por los otros miembros y se le sustituya. (Artículo 507).

Constituido plenamente el Tribunal de Conciliación procede a convocar a ambas delegaciones a una comparecencia, en la cual oye separadamente a cada uno de ellas. En esa oportunidad los delegados patronales exponen la posición del patrono respecto de cada una de las peticiones formuladas por los trabajadores. Los miembros del Tribunal pueden hacer a los delegados de las partes todas las preguntas que consideren pertinentes y éstos tienen la obligación de contestar tales preguntas y de suministrar todos los informes que se les pidan, aunque tengan el carácter de confidenciales, los que no pueden divulgar dichos miembros. (Artículos 508 y 531).

Después de tales audiencias, el Tribunal, sin la concurrencia de los delegados delibera y formula bases generales de arreglo, las cua-

les deben ser acordadas por unanimidad. Luego llama a las delegaciones conjuntamente y les somete esas bases de arreglo, tratando de conseguir un ajuste entre las partes respecto de los puntos controvertidos, a fin de que pueda lograrse un arreglo entre ellas. Si éste se produce, se da por terminada la controversia y las partes quedan obligadas a firmar y cumplir el convenio, bajo pena de multa.

El artículo 509 —párrafo segundo—, autoriza además, a la parte que ha respetado dicho convenio, para pedir a los Tribunales de Trabajo la ejecución del mismo o el pago de los daños y perjuicios correspondientes, lo que en realidad constituye la solución lógica y jurídica del referido incumplimiento. Sin embargo, también autoriza ese texto legal a la parte perjudicada, como alternativa, para declararse en huelga o en paro, según corresponde, sin acudir nuevamente a la conciliación, siempre que lo haga por las mismas causas que dieron origen a la inconformidad. A mi juicio esta última disposición no se justifica. Si las partes, dentro del proceso de conciliación llegaron a un convenio, aceptado por los Tribunales, no se concibe que pueda una de ellas recurrir a medios de presión para forzar el cumplimiento de lo acordado, pues para ese fin existen los Tribunales de Trabajo<sup>31</sup>. El aludido incumplimiento origina, sin lugar a dudas, un conflicto colectivo, pero de carácter jurídico, conforme a la doctrina más generalizada, que ha sido expuesta en páginas anteriores. La controversia, que en su origen fue de naturaleza económico-social, devino, en virtud del convenio celebrado entre las partes, en una de carácter jurídico, al negarse una parte a cumplir dicho convenio.

En el evento de que no se logre en esa primera comparecencia un arreglo entre las partes, el Tribunal está autorizado para celebrar una segunda, con el fin indicado.

En todo caso, si en definitiva no se produce la conciliación deseada, debe proponerse a las partes que sometan el conflicto a arbitraje, y levantarse un informe que exprese las causas del conflicto, las recomendaciones que el Tribunal hizo y la respuesta dada por los delegados del patrono y de los trabajadores a la proposición de arbitraje. Ese informe o en su caso, el convenio de arreglo han de ser remitidos al Tribunal Superior de Trabajo con el único objeto de que éste constate que no se han olvidado las leyes de trabajo (artículo 513). En la práctica se acostumbra que, además, de los documentos dichos, se envía el expediente original del proceso de conciliación y el citado Tribunal ha considerado que tiene facultades no solamente para examinar el convenio, a efecto de comprobar que el mismo no viola las leyes labo-

<sup>31</sup> Dentro de ese orden de ideas el Tribunal Superior de Trabajo ha declarado que "en lo que respecta al incumplimiento de la convención colectiva de trabajadores, tampoco sirve de fundamento para autorizar la huelga, supuesto que la ley brinda el medio para que el sindicato respectivo pueda exigir el cumplimiento del pacto en la forma que lo establece el artículo 60 párrafo segundo— del Código de Trabajo. (Resolución de las 10 horas y 55 minutos del 19 de setiembre de 1972).

rales, sino también los procedimientos de conciliación a fin de constatar que no hayan producido quebrantos capaces de causar nulidad.

El artículo 516 establece que en ningún caso los procedimientos de conciliación pueden durar más de diez días, contados a partir del momento en que el Juez de Trabajo recibió el pliego de peticiones en debida forma y que al vencerse dicho término el Tribunal de Conciliación debe dar por concluida su intervención. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo tiene establecido que ese término no es fatal, sino que puede ser prorrogado por voluntad de ambas partes, ya sea expresa o tácita; esto último se produce si al vencer dicho plazo ninguna de ellas solicita que se dé por terminada la conciliación<sup>32</sup>.

Esa solución se ha impuesto porque en la mayoría de los casos los procedimientos duran más de diez días y si se aplicara al pie de la letra el texto citado, ello acarrearía la nulidad de muchos arreglos logrados después del aludido vencimiento.

#### d) La huelga y el paro

Nuestra Constitución Política, en su artículo 61, reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos y conforme a las regulaciones que la ley establezca. Acorde con ese texto constitucional, el Código de Trabajo autoriza a los patronos a realizar el paro y a los trabajadores a declararse en huelga, cuando en el curso de un conflicto colectivo de intereses se ha agotado el procedimiento conciliatorio, con resultado negativo, siempre que dicho conflicto no afecte un servicio público y que el paro sea realizado por dos o más patronos y la huelga, en su caso, por determinado porcentaje de trabajadores. (Artículo 364, 366 y 372).

Conforme a nuestra ley, dentro del proceso colectivo puede hacerse, en forma previa, la calificación de la huelga o del paro, es decir, antes de que éstos se lleven a cabo. Al respecto, el artículo 517 dispone, en su párrafo primero, lo siguiente:

*"Artículo 517.—En caso de que no hubiere arreglo, ni compromiso de ir al arbitraje, cualquiera de los delegados puede pedir al respectivo Juez de Trabajo, que se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad del movimiento, dentro de las veinticuatro horas siguientes, antes de ir a la huelga o al paro. El auto correspondiente será dictado a reserva de qué causas posteriores cambien la calificación que se haga y en él se analizarán únicamente los motivos del conflicto, si el caso está comprendido en*

<sup>32</sup> Resolución de las 16 horas del 27 de enero de 1970.

las prohibiciones de los artículos 366, 369 y 377 (Servicios Públicos) y si se reúnen los requisitos de número que exige la ley”.

La disposición transcrita merece un comentario, pues ha dado lugar en la práctica, a pesar de su aparente claridad, a muchas discusiones.

En primer lugar debe observarse que la ley no exige la calificación previa del movimiento, pues el texto comentado indica que cualquiera de los delegados “puede” pedir la calificación, es decir, se trata de una facultad que el titular está en capacidad de ejercitar o no ejercitar y no de una obligación.

En segundo lugar, se ha discutido ante los Tribunales cuáles delegados pueden pedir la calificación de la huelga y cuáles la del paro. El Tribunal Superior de Trabajo ha resuelto, con sobrada razón a mi juicio, que solamente los delegados obreros pueden pedir la calificación previa de la huelga y correlativamente, los delegados patronales sólo pueden solicitar, en su caso, la calificación previa del paro. En otras palabras, éstos no están facultados para requerir la calificación previa de una supuesta huelga<sup>33</sup>. Aparte de que esa es la interpretación que fluye del examen de la disposición, pues ésta habla de solicitar el pronunciamiento “antes de ir a la huelga o al paro” y es lógico que únicamente los trabajadores pueden ir a la huelga y los patronos al paro, no parece justificado que éstos se encuentren autorizados para solicitar que se califique un movimiento de huelga que no se ha realizado. Podría darse el caso de que los trabajadores no intenten llevarla a cabo porque están convencidos de que no cuentan con el apoyo que exige la ley y en tal situación carecería de interés hacer el pronunciamiento de que se trata. O bien, los obreros pueden encontrarse organizando el movimiento, es decir tratando de reunir el porcentaje requerido, para lo cual cuentan con el plazo de veinte días, cuando recayera una calificación desfavorable solicitada por el patrono.

En relación con el último caso indicado, debe advertirse que, conforme lo ha resuelto la jurisprudencia, el plazo de veinticuatro horas que establece la norma comentada, es la oportunidad que tienen los respectivos delegados para solicitar al Juez de Trabajo que dicte pronunciamiento calificando de previo el movimiento, interpretación que se hizo necesaria porque dada la redacción de esa norma dio lugar a que se estimara que ese plazo está señalado para que el mencionado funcionario dictara la resolución respectiva<sup>34</sup>.

Considero correcta la aludida solución jurisprudencial, a pesar de que la colocación de la frase “dentro de las veinticuatro horas” en el texto comentado podría dar base, conforme a una interpretación gramatical, a la solución contraria. En efecto, el artículo 518 concede a

los trabajadores el término de veinte días para declarar la huelga legal, el cual correrá “a partir del momento en que el Tribunal (de Conciliación) cese en su intervención o desde que se notifique a las partes la resolución firme de que habla el artículo anterior”, es decir, el pronunciamiento que califica la huelga. Ahora bien si se entendiera que el plazo de veinticuatro horas que indica el artículo 517 es para que el Juez se pronuncie y no para que la parte interesada solicite el pronunciamiento, gestión para la cual no habría en tal caso término señalado legalmente, los trabajadores contarían de un plazo indefinido para hacer esa gestión y, en consecuencia, también, para ir a la huelga, lo que desde luego es inadmisibles.

Finalmente, se ha interpretado por los Tribunales de Trabajo que al aludir el artículo 517 a “los motivos del conflicto”, como uno de los extremos que deben ser analizados por el Juez en la resolución en que califique la huelga, se refiere al concepto que contiene el artículo 364, el cual, al definir la huelga legal, expresa que ésta debe tener como propósito mejorar o defender los intereses económicos y sociales comunes de los trabajadores. Ha sido, pues, desechada la tesis que en algunos casos han sostenido los patronos, en el sentido de que el Juez debe examinar si las peticiones que formularon los trabajadores, al plantearse el conflicto, son justas o no<sup>35</sup>.

En realidad esto último implicaría estudiar y resolver el fondo del conflicto económico-social que origina la huelga, atribución que no compete al Juez de Trabajo, que como tal es un Juez de Derecho, llamado únicamente a aplicar o interpretar la ley, sino a un Tribunal de Arbitraje.

Por lo demás nuestra ley se refiere concretamente a la huelga justa en el artículo 371, expresando cuáles son los casos concretos en que el patrono está obligado a pagar a los trabajadores los salarios correspondientes a los días en que éstos hayan hogado, obligación que desde no se da cuando se trata simplemente de una huelga legal.

Sobre el particular, Nicolás Pizarro Suárez expresa lo siguiente: “No es posible confundir una huelga lícita, que lo es en cuanto a que en ella se reunieron los requisitos de ley, del problema completamente distinto y que ya se refiere a otra categoría de conceptos, acerca de si ha sido justificada la acción de los trabajadores, es decir, si el patrono debió aceptar las peticiones de los huelguistas y si al no haberlo hecho debe ser obligado a su aceptación, así como indemnizar a los trabajadores por los salarios que han dejado de percibir durante la suspensión del contrato”<sup>36</sup>. Dicho autor cita, además, en apoyo de su tesis jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México.

El nuevo Código de Trabajo de Panamá, cristalizó la doctrina y jurisprudencia expuestas, en su artículo 498, párrafo último, el cual establece que “Al decidir la petición de ilegalidad (de la huelga), no

<sup>33</sup> Resolución del Tribunal Superior de Trabajo, N° 1632 de 1969.

<sup>34</sup> Resolución del Tribunal Superior de Trabajo, N° 1632 de 1969.

<sup>35</sup> Resolución del Tribunal Superior de Trabajo, N° 1632 de 1969.

<sup>36</sup> Mencionado por DE LA CUEVA, Mario, Ob. cit. pág. 817.

se examinará el fondo del conflicto, ni se considerará si las peticiones, reclamaciones, reivindicaciones o protestas de los trabajadores son fundadas”.

Si se admitiera la tesis contraria, o sea que el Juez debe decidir si las peticiones de los obreros son justificadas, se le obligaría a hacer de plano y sin más trámite un pronunciamiento de gran trascendencia como es el resolver el fondo del conflicto, sin oír las alegaciones de las partes y sin recibir, con intervención de ellas, las pruebas necesarias.

En cuanto al paro, en razón de que en nuestro país los patronos no han hecho uso de ese derecho que les confiere la ley para la defensa de sus intereses económico-sociales, en sus relaciones con los trabajadores, no se han suscitado problemas sobre las normas que lo regulan.

### VIII. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA SOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES QUE AFECTEN LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE.

En virtud de reformas que se introdujeron al Título Sexto del Código de Trabajo, relativo a conflictos colectivos de carácter económico-social, existe un procedimiento especial para la resolución de aquellas controversias que afecten los servicios de transportes ferroviario, marítimo y aéreo, lo mismo que los servicios de carga y descarga en los muelles y atracaderos.

Conforme al texto original del Código, en todos esos casos debía someterse el conflicto al arbitraje obligatorio, por tratarse de servicios públicos (Artículo 369 —inciso c—), pero de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en la actualidad es permitida la huelga, siempre que se cumpla, además del procedimiento de conciliación ordinario, que ha sido expuesto en páginas anteriores, un trámite especial de conciliación administrativa, que se encuentra establecido en el párrafo que se agregó al artículo 366, en virtud de la Ley N° 773 de 16 de setiembre de 1946.

De conformidad con esas disposiciones legales, en estos casos, una vez agotado el procedimiento de conciliación judicial, deberá obtenerse la declaratoria de legalidad de la huelga, pero ésta no podrá llevarse a cabo de inmediato, pues deberán cumplirse otros trámites. En efecto, el respectivo Tribunal comunicará dicha declaratoria al Ministerio de Trabajo, el cual procederá a integrar un Tribunal Investigador y Conciliador, compuesto de tres personas: un representante patronal, otro de los trabajadores y un tercero del Estado. Ese Tribunal administrativo estudiará los puntos de vista de las partes y tratará de que éstas lleguen a un arreglo, dentro del término de ocho días, informando de su gestión al Ministerio de Trabajo, el cual, en caso de fracaso de la conciliación, lo hará saber a las partes, entregando a cada una copia del informe referido. Al mismo tiempo, les dará un nuevo plazo

de ocho días para que intenten un nuevo arreglo, vencido el cual, sin que se produzca arreglo, será permitida la huelga, debiendo el Sindicato respectivo avisar su decisión al mencionado Ministerio, con sesenta y dos horas de anticipación a la iniciación de la misma.

Como puede apreciarse, esa reforma legal, que por principio existente en nuestro ordenamiento de que tratándose de servicios públicos, todo conflicto de intereses debe ser sometido a arbitraje y no es permitida la huelga. A ese respecto cabe anotar que nuestro Código encierra una contradicción, en cuanto al punto de que se trata: por una parte, declara servicios públicos a los de transporte, y de carga y descarga en los muelles, con lo que, según el texto imperativo del artículo 61 de la Constitución Política, los coloca al margen de la huelga y por otra, permite expresamente ésta, a condición de que se cumplan ciertos trámites administrativos adicionales al procedimiento de conciliación judicial.

Lo indicado habría sido excluir tales servicios de la enumeración de servicios públicos, cuya determinación, conforme a la Carta Política, está reservada a la ley, evitando así la contradicción entre ésta y aquélla y someter los conflictos que al respecto se produzcan al procedimiento específico que se deseaba implantar.

En lo que se refiere al procedimiento, la reforma comentada introdujo las siguientes innovaciones en nuestro ordenamiento jurídico sobre solución de conflictos de intereses:

- a) Estableció un régimen de conciliación administrativa legalmente obligatorio, si bien como complemento de la conciliación judicial, lo que conviene destacar porque en los últimos años, el Ministerio de Trabajo ha jugado un papel importante dentro de ese campo, a pesar de que no existen disposiciones legales que específicamente le confieran esa facultad de un modo expreso y porque recientemente han sido elaborados varios proyectos de ley que tienden a sustraer del órgano jurisdiccional las funciones de conciliación para atribuir las a organismos administrativos.
- b) Impuso la declaratoria previa de la legalidad de la huelga como requisito para que ésta pueda ser llevada a cabo. Como se ha expuesto nuestra ley contiene ese requisito de un modo general.

Todo lo anterior, se refiere concretamente a las controversias en los servicios de transporte y de carga y descarga en los muelles.

## IX. EL ARBITRAJE

### A. Generalidades

El arbitraje es una de las formas de solución de los conflictos de intereses que reconoce la doctrina y que ha sido instituida en las legislaciones. Esta institución es muy discutida en la doctrina pues algunos autores la defienden con entusiasmo y la consideran como la más indicada para resolver las referidas controversias, mientras otros la estiman inconveniente.

De acuerdo con nuestro derecho positivo, el arbitraje es obligatorio para la resolución de los conflictos de intereses que se produzcan en los servicios públicos, con la salvedad que queda consignada en líneas anteriores. En efecto, el artículo 61 de la Constitución Política, al reconocer los derechos de huelga y de paro, hace la excepción de los servicios públicos. Por su parte, el *Código de Trabajo* en su artículo 368 ordena que todas las diferencias que ocurran entre patronos y trabajadores en los servicios públicos deben someterse obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo. Al hablar de "diferencias", ese texto legal alude a los conflictos colectivos de carácter económico y social, pues está incluido en el Título Sexto del mencionado Código, que trata precisamente de éstos; y al mencionar a los "Tribunales de Trabajo", es evidente que se refiere a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, de acuerdo con lo que dispone el artículo 395, inciso b).

En los demás casos en que la huelga y el paro no son prohibidos, el arbitraje es voluntario, conforme a nuestra ley, de modo que se requiere el consentimiento de ambas partes para que el conflicto sea sometido a esa forma de solución. Debe advertirse, al respecto, que no es necesaria, para el fin indicado, la firma de un compromiso que conste en escritura pública, como se exige en materia civil, pues basta la manifestación que hagan las partes en el sentido indicado, ya sea al fracasar la conciliación o posteriormente.

No obstante lo expuesto en los párrafos anteriores cabe hacer la observación de que nuestro Código de Trabajo impone el arbitraje obligatorio, aún tratándose de conflictos que no afecten los servicios públicos, en el caso de que ese conflicto se origine en la falta de acuerdo de las partes sobre las cláusulas de una convención colectiva de trabajo, cuando cualquiera de ellas somete la cuestión a los Tribunales de Trabajo. Ello resulta de la disposición contenida en el artículo 56, párrafo primero, inciso d), de la cual me he ocupado en forma más amplia en otro artículo<sup>37</sup>.

Aunque el arbitraje a que se someta una controversia sea voluntario, la sentencia arbitral que llegue a dictarse es de obligado acatamiento para las partes, cuestión que será tratada posteriormente.

### B. El procedimiento de arbitraje

Este procedimiento es uniforme, ya sea que el arbitraje resulte obligatorio por imperativo de la ley o que el conflicto de intereses sea sometido a esa forma de solución por voluntad de las partes. En efecto, el artículo 521, párrafo segundo, establece que las reglas sobre procedimiento de arbitraje voluntario "se aplicarán también a aquellos en que se prohíbe la huelga o el paro y es obligatorio el arbitraje".

Los trámites establecidos por nuestra ley (Artículo 519 a 530) son bien sencillos. Si el conflicto ha provocado ya una huelga o un paro, antes de que el mismo sea sometido a arbitraje, los interesados deben reanudar los trabajos, en las mismas condiciones que existían al momento en que se presentó el pliego de peticiones o en cualesquiera otras más favorables.

Conforme al artículo 520 las partes deberían someter conjuntamente por escrito sus divergencias. Sin embargo, en la práctica existiendo ya el compromiso respectivo, cualquiera de ellas puede pedir que se inicie el procedimiento de arbitraje.

Las partes están representadas en el juicio arbitral, de igual manera que en el procedimiento de conciliación, es decir, por una delegación formada, como máximo, por tres miembros.

Una vez integrado el tribunal se concede el plazo de veinticuatro horas a las partes para que formulen excepciones dilatorias y recusaciones. Los miembros del Tribunal que tuvieren motivo de impedimento deben desde luego manifestarlo a fin de que sean sustituidas. La ley permite que los representantes de patronos y trabajadores que hubieran conocido del asunto en conciliación puedan integrar el Tribunal de Arbitraje siempre que su excusa sea allanada por la parte contraria.

Una vez resueltos los incidentes antes mencionados, el Tribunal celebra audiencias para oír las exposiciones de las partes y ordena recibir todas las pruebas que los interesados ofrezcan y que estime pertinentes, evacuadas las cuales procede a dictar sentencia.

El artículo 525 establece que "la sentencia resolverá por separado las peticiones de derecho, de las que importen reivindicaciones económico-sociales que la ley ni imponga o determine y que están entregadas a la voluntad de las partes en conflicto". En realidad, lo sustancial o medular del fallo arbitral es lo que se refiere a estas últimas cuestiones. Los puntos de derecho a que alude el artículo comentado solamente podrían ser aquellos relativos a salarios por los días que han holgado los trabajadores, readmisión de trabajadores despedidos y otros análogos, según el criterio del autor Pérez Botija<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> La Convención Colectiva de Trabajo en Costa Rica.

<sup>38</sup> PEREZ BOTIJA, Eugenio, ob. cit. pág. 312.

La sentencia arbitral debe ser consultada con el Tribunal Superior de Trabajo, el que actúa en este caso como Tribunal de Conciencia.

Conforme al artículo 527, dicha sentencia es obligatoria para las partes por el plazo que ella determine, que no podrá ser inferior a seis meses. El párrafo segundo de esa disposición aclara que esa obligatoriedad no rige para los extremos de derecho, sino para las resoluciones que aumenten o disminuyan el personal de una empresa, la jornada, los salarios, los descansos y, en general cualesquiera otras que impliquen cambio en las condiciones de trabajo no fijadas por la ley.

La temporalidad de vigencia de las resoluciones sobre salarios, jornadas y descansos, tal como la establece la ley, puede dar lugar interpretaciones que no riman con los principios doctrinarios reinantes en este terreno. En efecto, como Eduardo J. Couture apunta acertadamente "los efectos de la sentencia colectiva (laudo dictado con carácter forzoso para poner término a un conflicto laboral colectivo) son, en parte, muy semejante a los de los convenios colectivos"<sup>39</sup>, de modo que cabría aplicar el principio de que las disposiciones del laudo que son de carácter normativo se incorporan a los contratos individuales de trabajo y por ello no podrían considerarse de carácter temporal, en cuanto benefician al trabajador.

En relación con este punto de la obligatoriedad del laudo arbitral, el artículo 529 contiene una interesante disposición al establecer que "mientras no haya incumplimiento del fallo arbitral, no podrán plantearse huelgas o paros sobre las materias que dieron origen al juicio, a menos que el alza del costo de la vida, la baja del valor del colón u otros factores análogos, que los Tribunales de Trabajo apreciarán en cada oportunidad, alteren sensiblemente las condiciones económico-sociales vigentes en el momento de dictarse la sentencia".

La norma transcrita permite, como puede fácilmente deducirse de sus términos, que una de las partes pueda acudir a la huelga o al paro, según el caso, cuando la contraria incumpla el fallo arbitral, posición que he criticado al comentar otras disposiciones análogas de nuestro Código.

También faculta a las partes a acudir a los indicados medios de presión cuando se alteren sensiblemente las condiciones económico-sociales vigentes en la época en que se dictó el laudo, olvidándose de que solamente otro Tribunal de Arbitraje podría apreciar esas circunstancias, de modo que lo que cabría es una modificación del laudo, pero no la justificación de la huelga o el paro. El pensamiento que aquí expreso es compartido por Mario de la Cueva al referirse a la modificación de las convenciones colectivas de trabajo<sup>40</sup>.

## NOTAS ACLARATORIAS SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LOS TIPOS "ALLANAMIENTO ILEGAL" Y "VIOLACION DE DOMICILIO" EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

*Prof. Henry Issa El Khoury Jacob*

<sup>39</sup> Citado por CABANELLAS, Guillermo en Tratado de Derecho Laboral, Ediciones El Gráfico, Buenos Aires, 1949, 1ª Edición, Tomo III, págs. 634 y 635.

<sup>40</sup> Ob. cit. págs 697 y 698.



SUMARIO: Introducción. I. La Definición de los Tipos. A. Concepto de violación de domicilio. 1. El núcleo. 2. Los sujetos. 3. El domicilio. B. El concepto de allanamiento ilegal. 1. El núcleo. 2. Los sujetos. 3. El domicilio. II. Confusión en la Terminología. A. En la doctrina. B. En la jurisprudencia nacional. III. Concordancias y Diferencias entre ambos tipos. A. Concordancias. B. Las diferencias. 1. Los sujetos. 2. Las personas. Conclusión. Bibliografía.

## INTRODUCCION

El tipo "violación de domicilio" señala como delictuosa la conducta que lleva a cabo un particular cuando, sin el consentimiento de quien tenga derecho de darlo, penetre en su morada. La descripción del delito de "allanamiento de morada", por su parte, señala la conducta del funcionario de policía que penetra en una morada ajena sin las debidas formalidades que señala la ley (Código de Procedimientos Penales). Este es un hecho fácilmente constatable si se acude a los artículos correspondientes del Código Penal (205 y 206), así como a la opinión de la doctrina.

No obstante esa aparente claridad, durante un período de tiempo considerable (de 1880 a 1945), la jurisprudencia de la Sala de Casación confundió ambas figuras y designó indistintamente como violación de domicilio o allanamiento de morada a la entrada de un particular o a la de un agente de policía, sin las debidas formalidades legales, en una morada ajena.

Este hecho que destacamos resulta aun más curioso si revisamos la evolución de los códigos penales costarricenses. A partir de 1841 en el Código General de Carrillo y hasta la legislación actual, el legislador ha separado cuidadosamente ambas figuras y las ha denominado siempre de la misma manera.

Por otra parte, teóricamente existen diferencias fundamentales, en cuanto a los elementos constitutivos del tipo, que impiden la confusión de las dos figuras.

Lo anteriormente dicho nos obliga a preguntarnos el motivo de la confusión. Para contestar a tal problema consideramos pertinente realizar un breve análisis de los elementos que estructuran ambas descripciones, para dejar en evidencia sus diferencias esenciales. De inmediato se analizarán las sentencias de la Sala de Casación, tanto del período en el que hemos localizado la confusión como del anterior y del posterior, para encontrar una posible causa. Sin embargo, desde ahora lanzamos la hipótesis de que la confusión que se señala se debió al hecho de que los jueces de la Sala de Casación se guiaron durante un período considerable de tiempo por autores españoles. Estos, como lo evidenciaremos, no hacen una clara diferenciación terminológica entre los tipos violación de domicilio y allanamiento de morada, sino que llaman allanamiento a ambas acciones.

## I. LA DEFINICION DE LOS TIPOS.

Para los efectos de nuestro estudio hemos creído conveniente señalar en qué consiste cada una de las figuras que queremos distinguir. Sin embargo, dado el objetivo, no se trata de un análisis profundo de los tipos de allanamiento de morada y violación de domicilio, sino de la descripción de elementos que nos permita mostrar aspectos relevantes de ambos.

### A. El concepto de violación de domicilio

De acuerdo con nuestra legislación penal vigente, se denomina "violación de domicilio" a la entrada de un particular —realizada sin el consentimiento expreso o presunto de quien tenga derecho a darlo— en una morada, una casa de negocios o un recinto habitado por otro. De acuerdo con el artículo 204 del Código Penal, el tipo Violación de domicilio está integrado por los siguientes elementos:

#### 1. El Núcleo:

La acción se cumple cuando el sujeto activo "entra". En el tipo que estudiamos la acción que se señala es simple y el verbo que se utiliza para señalarla tiene suficiente contenido para mostrarnos lo que en realidad el legislador quiso decir. El verbo entrar tiene un sentido suficientemente claro y por ello el núcleo no necesita de ningún elemento accesorio. Se entra cuando, al estar fuera de una morada (o los sinónimos aclaratorios que da el artículo al término) o, cuando dentro de alguno de estos sitios, pero fuera de alguna de sus dependencias, el sujeto activo, en los términos prohibitivos del artículo, penetra, ingresa. utilizamos los verbos penetrar e ingresar con el significado de introducirse. La idea de introducción es fundamental; consiste en pasar a través de algo. En el caso del tipo que comentamos, la acción de entrar consistirá en pasar a través de una puerta, una ventana, un hoquete abierto en la pared, entre otros casos. "Entrar quiere decir introducirse con toda la persona dentro del local. Aún cuando se puede turbar la paz familiar de otros modos (mirando desde afuera, introduciendo un brazo por la ventana, etc.) el único modo típico consiste en turbar la paz mediante el ingreso personal dentro de la casa"<sup>1</sup>

De acuerdo con el artículo en comentario, la acción puede ser realizada en forma simple —caso comentado anteriormente de la penetración pura y simple— o agravada. No utilizamos aquí el término agravado para significar que se trata de una figura calificada nueva; hablamos concretamente del segundo párrafo del numeral 204 que, para

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. (Tipografía Editora Argentina S. A., 6ta. reimpresión total, 1973). T. IV, pág. 82.

efectos únicamente de la sanción, prevé los casos en los que la entrada ocurre de manera violenta, lo que significa que se lleva a cabo con fuerza en las cosas, violencia en las personas o escalamiento de muros; por otra parte, también se considerará la acción agravada —en el sentido que empleamos aquí la palabra— cuando se entra ostentando armas o la acción es cumplida por más de una persona.

#### 2. Los sujetos:

Puede ser sujeto activo del delito de violación de domicilio cualquier persona que sea penalmente capaz. El tipo no nos exige ninguna cualidad especial en el sujeto activo.

En cuanto al sujeto pasivo<sup>2</sup> sucede lo mismo, sea que será tal quien, en el momento de realizarse la acción, tenga el derecho de excluir al agente. El problema se presenta sobre el derecho de exclusión en sí, esto es, sobre cuáles moradores tienen el derecho de excluir. A pesar de que no es este el lugar de discusión del problema, por resultar impertinente al carácter meramente mostratorio que pretendemos, consideramos que el concepto de sujeto pasivo, en este caso, debe tomarse en un sentido amplio, sin aludir a ningún derecho de propiedad o de posesión por su parte. En otras palabras, es sujeto pasivo quien se crea perturbado en el libre disfrute de su intimidad.

#### 3. El domicilio:

En la descripción del 204 el domicilio viene a servir de marco o escenario para que se realice la acción, la cual, como requisito indispensable, debe suceder en alguno de los lugares que señala el artículo, ya que el delito de violación de domicilio es una variante especializada de los delitos contra la libertad, en que —como veremos— se protege un aspecto determinado y particular de la libertad individual como lo es el derecho a la intimidad. De ahí que, por un lado, no se podrá realizar la acción si no existe recinto en donde pueda el individuo estar de manera íntima; por otro, no existirá el delito si la entrada se produce en recinto deshabitado<sup>3</sup>.

La descripción del 204 señala muy claramente (y a la vez deja amplia libertad de interpretación) cuáles son los lugares en donde se puede entrar para que se produzca la adecuación al tipo en estudio. Así, nos habla el artículo de morada, casa de negocios, dependencias de ambos o, en fin, recinto habitado por otro. Esta última expresión amplía totalmente el concepto de lugar y lo condiciona a ser lugar que sirva de refugio permanente a alguien.

<sup>2</sup> Empleamos aquí el término sujeto pasivo en un sentido tradicional. Comparámos, sin embargo, la opinión de que sujeto pasivo es el Estado y que en este caso deberá hablarse de perjudicado y no de sujeto pasivo.

<sup>3</sup> SOLER, Sebastián. Op. cit. T. IV, pág. 76 y siguientes.

## B. El concepto de Allanamiento ilegal.

Se denomina de esa manera toda acción delictuosa que se adecúe a la descripción que hace el artículo 205 del C.P. vigente. De acuerdo con este artículo, los elementos necesarios para que exista la figura son:

### 1. El núcleo:

Curiosamente, en este artículo el legislador no señala la acción con los verbos penetrar ni entrar, que bien señalarían lo que se quiere descubrir, esto es, el hecho de que un sujeto llegue a estar dentro de un domicilio ajeno; sino que emplea una forma conjugada del verbo allanar. Esta característica de la descripción nos obliga a buscar si cabe asimilar el contenido semántico de allanar con el de entrar o penetrar. Para Fontán Balestra, "El término 'allanar', empujado por la ley específicamente para describir la acción en este caso, tiene el mismo significado que el verbo 'entrar' utilizado en la figura básica del artículo 150 (violación de domicilio)"<sup>4</sup>. Aunque el diccionario de la Real Academia define el término allanar, en la sexta acepción como "Entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño, culturalmente, en nuestro medio, las connotaciones de los términos en estudio tienen características diferentes pues el término allanar tiene connotaciones de entrada de agente de policía, es decir que en nuestro medio la idea de allanamiento hace referencia clara al acto de una autoridad, y a la existencia de determinadas formalidades. Por eso, aunque la acción sea la misma, el contenido de sentido de la expresión es mucho más fuerte, ya que nos indica no sólo que se entra o se penetra sino que quien lo hace es una persona que se encuentra investida con un rango especial y que posee una autoridad especial. Así, el mismo C.P.P. vigente en su artículo 210 llama allanamiento a la acción de registro que se deberá efectuar en un lugar habitado. En los artículos siguientes (211 a 213) continúa utilizando la expresión con el mismo sentido. Creemos que el asunto no presenta mayor problema y en nuestro medio es muy clara la expresión tal y como la hemos definido líneas antes. De todos modos el artículo mismo obvia el problema al mencionar "sin las formalidades previstas por la ley".

### 2. Sujetos:<sup>5</sup>

En este tipo se manifiesta en forma patente el sujeto activo. El caso es perfectamente lícito dentro de una buena técnica de descrip-

ción de conducta, ya que los elementos básicos de un tipo penal son únicamente el núcleo (que señala la acción) y el sujeto activo que en este artículo está claramente definido por los términos "agente de autoridad" y "funcionario público", ambos lo suficientemente amplios para darnos la idea que se quiere, sea para indicar que se trata de un delito propio, es decir de un delito en el que se exige una determinada condición jurídica del agente<sup>6</sup>. Además el tipo que señala el 205 citado configura un delito de propia mano, ya que solamente puede ser autor el funcionario público o agente de autoridad que allane y tal acción no podrá ser realizada por medio de otro individuo a quien se utilice como instrumento<sup>7</sup>, sea que en este caso no cabe la hipótesis de autor mediato.

Al poseer calidad especial, por su rango, el sujeto convierte al tipo en un tipo especial y nos muestra ya una diferencia fundamental con el artículo 204.

Nótese que el artículo 205 habla de funcionario o agente de policía como sujeto activo cuando éste realiza el hecho delictuoso actuando como tal, sea cuando abusa de su función, pues muy claramente dice: "...que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley...". En 1901 se produjo un caso muy interesante: V. B., policía, sin placa de tal (identificación) y vestido de civil, ingresó violentamente en un domicilio ajeno. En este caso la Sala de Casación lo condenó de acuerdo con el artículo 166 del Código Penal, sea por el delito de violación de domicilio y no por el de allanamiento. Creemos que en este caso se utilizó muy buen criterio, pues V.B. no ingresó al domicilio ajeno abusando de su condición de autoridad, sino actuando como civil y en su carácter de tal<sup>8</sup>. Desgraciadamente, por lo que veremos más adelante cuando hablemos de la confusión en la jurisprudencia, no sabemos si en realidad fue que la Sala de Casación, en ese entonces, supo hacer la diferencia o si fue que también se confundió en la terminología que utilizó.

### 3. Domicilio:

Se nos presenta en el tipo analizado como uno de los elementos importantes del tipo, pues el lugar en donde se realiza la acción y su existencia es fundamental para que la acción se dé. Domicilio será, para considerar el delito de allanamiento en Costa Rica, igual que para el delito de violación de domicilio, el lugar en donde se realiza la acción, esto quiere decir, el lugar en donde la persona realiza sus ocupaciones domésticas habituales. Visto "grosso modo" no existe una

<sup>6</sup> Véase al respecto, NAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. (Temis, Bogotá, 1972). T. I. Pág. 497.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Casación de las 3:30 p.m. de 25 de setiembre de 1901 (Col. Sen. Cas. tomo único) pág. 466.

<sup>4</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969) pág. 352.

<sup>5</sup> Véase, nota N° 2 pág. 131.

diferencia entre los tipos señalados en los artículos 204 y 205, en cuanto al elemento domicilio, aunque en ambos se empleen nomenclaturas diferentes para designar lo mismo. Así, mientras que el artículo 204 enumera la "morada", la "casa de negocios" y, las "dependencias" y resume, ampliando, con el término "recinto habitado por otro", el 205 únicamente habla de "domicilio". Pero lo que aparentemente resulta ser una gran diferencia, viene a desaparecer, pues domicilio puede ser, en última instancia, todo lo que dijimos señala el 204. En el anterior Código de Procedimientos Penales, se señalaban como lugares susceptibles de comisión del delito de allanamiento, no sólo el domicilio de una persona, sino cualquier otro lugar u oficina pública o particular<sup>9</sup>. El actual Código de Procedimientos Penales habla de "lugar habitado o sus dependencias cerradas"<sup>10</sup>, con lo que amplía el concepto de domicilio tanto como lo hace el artículo 204 del Código Penal.

Goyet, cuando habla de la entrada de un funcionario público, dice refiriéndose al domicilio: "En el sentido de este artículo, la noción de domicilio es más amplia que el sentido del artículo 102 del Código Civil (de Francia) ... El domicilio cuya violación es penada, no es únicamente el lugar en donde una persona tiene su principal establecimiento, es el local que sirve de habitación, su "lugar para sí", su "hogar"<sup>11</sup>.

## II. CONFUSION EN LA TERMINOLOGIA.

### A. En la doctrina.

En el análisis de los autores que se han consultado, nos hemos encontrado dos posiciones fundamentales y a la vez totalmente diversas. Podemos distinguir entre una posición que sí hace diferencia en la nomenclatura utilizada para designar los tipos que recoge nuestra ley penal en los artículos 204 y 205; una segunda posición no hace diferenciación alguna en cuanto a la terminología.

La primer posición que mencionamos, la encontramos plasmada en los autores latinoamericanos, sobre todo. La mayoría de estos (en especial los argentinos), en lo que a terminología se refiere, denominan como violación de domicilio a la entrada que efectúa un particular en una morada, casa de negocios ajenos y diferencian tal hecho de lo que se denomina allanamiento de morada, en el cual la misma acción,

<sup>9</sup> Artículo 227, Código de Procedimientos Penales de 1910 (Litografía Lehmann, San José, 1966).

<sup>10</sup> Artículo 210 del Código de Procedimientos Penales Vigente (Edic. dirigida por Chacón Jinesta, San José, 1974).

<sup>11</sup> GOYET, Droit Pénal Spécial. (Editions Sirey, Paris, 8eme, édition, 1972) pág. 67.

sea, entrar a morada o casa de negocios ajenos, la realiza una clase especial de sujeto activo como lo es un funcionario público o un agente de autoridad. De esta manera, para esta parte de la doctrina que comentamos, se hablará de violación de domicilio si se trata de la penetración de un sujeto activo (que es un particular) en un domicilio ajeno y estaremos ante un allanamiento de morada o allanamiento ilegal, cuando un sujeto activo que tenga la categoría de funcionario público o agente de autoridad, realice la acción de penetrar en un domicilio ajeno sin las formalidades que plantea la ley.

Al respecto dice Soler, al referirse al delito de allanamiento: "Reservamos para esta infracción un nombre distinto, porque si bien tiene de común con la anterior los elementos fundamentales, ésta adquiere ciertos caracteres propios, por lo mismo que existen varias disposiciones legislativas que regulan los modos y oportunidades en que el allanamiento tiene lugar"<sup>12</sup>.

Dentro de lo que hemos llamado una segunda posición, que es la parte de la doctrina que no hace diferencia terminológica alguna entre la entrada de un particular y la entrada de un funcionario público o agente de autoridad en un domicilio ajeno, aparecen dos orientaciones diversas. Por una parte se encuentra toda la doctrina española. Los autores españoles utilizan el término allanamiento no sólo para mencionar la conducta descrita por el artículo 205 del Código Penal de Costa Rica, sino también para mencionar el tipo inserto en el 204 ibidem. De esta manera tenemos el criterio, como ejemplo, de Federico Puig Peña quien, era en su obra *Derecho Penal*<sup>13</sup> habla de dos clases de allanamiento (simple y con violencia) y de un allanamiento agravado y al final, sin mención de nomenclatura especial, termina hablando de los casos en que la acción la realiza un funcionario público o un agente de autoridad. En iguales términos podremos citar a Eugenio Cuello Calón<sup>14</sup>.

Por otra parte se encuentran los autores italianos y los franceses. En ambos casos encontramos que se utiliza no ya el término allanamiento, como lo hace la doctrina española, sino el de violación de domicilio y se utiliza tanto para designar la entrada del particular como la del funcionario público o agente de autoridad, en el domicilio ajeno. Giuseppe Maggiore en su obra, al hablar de violación de domicilio, no hace ninguna diferencia cuando se refiere al funcionario público, sino que la trata de seguido: "El funcionario público que, abusando de los poderes inherentes a su cargo, se introduce o permanece en los lugares indicados por el artículo 614, será castigado... Si el

<sup>12</sup> SOLER, Sebastián. Op. Cit., T. IV, pág. 92.

<sup>13</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal* (Iber-Amer Publicaciones hispanoamericanas S. A., Barcelona —Madrid, Buenos Aires, 5ta. ed., 1960) T. IV, pág. 158.

<sup>14</sup> CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal*. (Bosch, Barcelona 13 edición, 1971) T. II, parte especial. Vol. II, pág. 770.

abuso consiste en introducirse en dichos lugares sin observar las formalidades prescritas por ley, la pena será..."<sup>15</sup>. Por su parte, Carrara en su Programa únicamente habla de la entrada de los particulares en una morada ajena, dentro del título de "violación de domicilio" y en una nota al pie dice: "La violación de domicilio es generalmente prevista por los códigos contemporáneos en la hipótesis de que la cometa un funcionario público"<sup>16</sup>.

Igual situación encontramos en los autores franceses, quienes, en la parte en que hablan del delito de violación de domicilio, bajo el mismo título, insertan la acción realizada por particular y la realizada por un funcionario Público. En un párrafo de su obra dice Robert Vouin: "La infracción no existe, por el contrario, si el culpable (simple particular o funcionario) no penetra al domicilio de su víctima sino con el consentimiento de ésta"<sup>17</sup>.

### B. En la jurisprudencia.

En la evolución de la ley penal costarricense, en referencia a los tipos estudiados, se puede constatar fácil y claramente una diferenciación marcada entre la denominación que se da al ingreso de un particular en morada ajena y a la misma acción realizada por un funcionario público o agente de autoridad. Desde el Código General de 1841 (código de Carrillo) hasta el Código Penal vigente, se ha hecho la diferencia y se han incluido, inclusive, en artículos diferentes, lo que llamamos violación de domicilio y lo que denominamos allanamiento de morada.

Entre otros, citaremos aquí como ejemplo de lo dicho el Código Penal de 1880. En su artículo 166 dice: "El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador..."<sup>18</sup>; y el artículo 178 habla de que: "El empleado público que, fuera de los casos y forma prevenidos por la ley, allanare un templo o la casa de cualquier persona..."<sup>19</sup>. Nótese aquí la diferencia, por una parte, del verbo empleado para señalar la acción en ambos tipos. Por otra parte, se puede observar que el artículo 166 pertenece a un capítulo diferente (Capítulo Tercero) que trata de los delitos contra la libertad y seguridad cometidos por los ciudadanos, en tanto que el artículo 178 está incluido dentro del Capítulo Cuarto que trata "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la constitución" (sic.). Otro ejemplo podríamos verlo en el Código Penal de 1924. Aquí el

caso se presenta diferente, pues ambos tipos de entrada, sea la del particular o la del funcionario, están regulados en un mismo capítulo, llamado violación de domicilio, sin embargo, el primer artículo de este capítulo (340) posee un título que dice: "Entrada a morada ajena", y habla de la penetración del particular, en tanto que el artículo siguiente (341) posee el siguiente título: "Allanamiento de domicilio por la autoridad" y dice textualmente: "Cuando la delincuencia anterior (se sobreentiende que es la del artículo 340) fuese cometida por un funcionario público o agente de autoridad, que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine..."<sup>20</sup>. Como esos dos ejemplos podríamos citar el resto de los Códigos Penales que ha habido en Costa Rica, para demostrar que nuestra legislación sí ha hecho una diferencia sumamente clara entre ambos tipos y lo ha mencionado siempre con nombre diferente<sup>21</sup>.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia costarricense no hizo, en el pasado, una clara diferenciación entre la nomenclatura que los códigos penales utilizaban para denominar a ambos tipos, lo que motiva que se presenten confusiones de fondo. En un sistema jurídico en donde ni la doctrina ni la legislación hagan diferencia alguna de terminología, el asunto no tiene mayor trascendencia; pero en un sistema, como el costarricense, en el que los códigos penales han señalado siempre con nombres diferentes cada uno de los tipos en estudio, una confusión en la terminología sí acarrea, perfectamente, posibles equivocaciones de fondo.

Basta con citar sólo unos pocos ejemplos para darse cuenta de lo que venimos diciendo: la sentencia de 3 p.m. de 29 de noviembre de 1913 (Col. Sen. Cas. 1913, segundo semestre, tomo único, página 614) habla de violación de domicilio para referirse a la entrada de un Agente de Policía en un establecimiento comercial. Igual confusión se da en la sentencia de las 2.5 p.m. de 30 de julio de 1930 (Col. Sen. Cas. 1930, segundo semestre, tomo único, pág. 146) en la que se ventiló la entrada de un agente de autoridad en una casa de negocio. A pesar de ser el sujeto activo funcionario, la sentencia habla de violación de domicilio. Dice la sentencia: "No pudo efectuarse el delito de violación de domicilio en un establecimiento público como un puesto de venta de carnes que estaba abierto y al cual todas las gentes tienen acceso"<sup>22</sup>.

El caso contrario —hablar de allanamiento cuando se refiere a la entrada de un particular— lo encontramos, entre otras, en las sentencias de la 1:59 p.m. de 26 de marzo de 1913 (Col. Sen. Cas. 1913, primer semestre, tomo único, página 264), por ejemplo, en la que se nota claramente la confusión. Se trata de la entrada de un particular

<sup>15</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal (Temis, Bogotá 1972) Parte especial T. IV. pág. 497.

<sup>16</sup> CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal (Temis, Bogotá 1967) parte especial. Vol. II, pág. 471.

<sup>17</sup> VOUIN, Robert. Droit pénal spécial. (Dalloz, Paris, 1971) pág. 232.

<sup>18</sup> CODIGO PENAL de 1880 (Imprenta Nacional, San José 1era. ed., 1880) pág. 65.

<sup>19</sup> Ibidem, pág. 69.

<sup>20</sup> CODIGO PENAL de 1924 (Imprenta María V. de Lines, San José, 1924) pág. 162.

<sup>21</sup> En igual sentido véanse los artículos 308 y 309 del proyecto de C.P. de Don José Astúa Aguilar (Tipografía Nacional, San José, 1910).

<sup>22</sup> Considerando II, pág. 146.

en un domicilio ajeno. Entre otras cosas, Casación decía que el "allanamiento" no se efectuó en la pieza destinada a la pulpería. Nótese cómo emplea, al contrario del caso anterior, el término allanamiento, para referirse a lo que el Código Penal del momento llamaba violación de domicilio. Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia de las 4:30 p.m. de 19 de noviembre de 1930<sup>23</sup>. Este criterio de confusión, mencionado en los ejemplos anteriores, se dio desde 1888 hasta 1945 en una forma permanente. Luego de 1945, aunque siempre se han seguido dando confusiones que mantienen la línea que estamos criticando, pareciera que se comienza a diferenciar entre ambos términos. La sentencia de las 9:30 horas del 15 de octubre de 1945 (Col. Sen. Cas. 1945, segundo semestre, tomo único, pág. 696) señala el primer caso en el que el propio tribunal comienza a hacer diferencias y llama con nombres distintos a cada una de las figuras delictuosas en análisis. Dice Casación: "... el reclamo del recurrente por aplicación indebida del 250, no amerita la nulidad del fallo, más si se toma en cuenta que no se acusa la violación del 251 (que habla del allanamiento) que es el que propiamente castiga el hecho"<sup>24</sup>.

De la confusión jurisprudencial que hemos apuntado, han surgido aspectos muy interesantes y, a riesgo de llegar a ser impertinentes, no queremos dejarlos pasar inadvertidos. Al discutir sobre un asunto de terminología se podrían presentar cuestiones de fondo que pueden ser importantes. En la sentencia, ya citada, de las 3 p.m. del 29 de noviembre de 1913, que trata de la entrada de un agente de policía en un establecimiento comercial, se condenó al inculpado de acuerdo con el artículo 166 del Código Penal vigente en ese momento (Código Penal de 1880). Dicho artículo es el que señala el delito de violación de domicilio, es decir, de acuerdo con la terminología de nuestra legislación penal, es el que describe la entrada en una morada ajena de un particular. Sin embargo, de acuerdo con los hechos probados en sentencia, aparece claro que el sujeto activo no era un particular sino un funcionario, por lo que —en apariencia— debió ser juzgado por el artículo 178 del cuerpo de leyes citado, que señalaba, por supuesto con penalidad diferente, la entrada al domicilio de un funcionario público o agente de autoridad. En este caso el inculpado recurrió alegando exactamente lo que acabamos de decir. La Sala de Casación sostuvo en esa época que aparecía "... con toda evidencia en el proceso que el *allanamiento* lo cometió *no en uso legítimo de su autoridad, sino abusando de ella precisamente...*"<sup>25</sup> (El subrayado es nuestro). Creemos que cabe poco comentario, pues la confusión se evidencia fácilmente y nos puede llevar a concluir, perfectamente, en

<sup>23</sup> Véase la Colección de sentencias de la Sala de Casación, II Semestre, tomo único, pág. 621.

<sup>24</sup> Considerando XII, pág. 704.

<sup>25</sup> Cas. 3 p.m. de 29 de noviembre de 1913 (Col. Sen. Cas. II Semestre, Tomo único) p. 614.

el hecho de que un aspecto meramente de terminología ambigua, en una legislación que sí diferencia entre los nombres de los tipos en estudio, puede llegar a convertirse en una confusión de fondo.

### III. CONCORDANCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE AMBOS TIPOS.

#### A. Concordancias

Si tomamos en cuenta las acciones que señalan la conducta para que el sujeto activo cumpla los tipos en análisis, podremos ver, claramente, que el tipo allanamiento resulta ser una forma especializada del tipo genérico que es la entrada (sin autorización) de un sujeto particular en una morada o domicilio ajenos. Significativa prueba de lo anterior es la transformación que hace el artículo 205 del verbo definitorio. Mientras el artículo 204 habla de entrar, el siguiente utiliza el verbo allanar lo que quiere decir que, por un lado, está utilizando la definición de entrar a morada ajena del artículo anterior y por otro, está reafirmando, con la utilización del verbo allanar, que la entrada no es de cualquier particular sino de una clase especializada de sujeto activo, pues en nuestro medio cultural, la connotación de "allanar" es muy precisa y sugiere inmediatamente la presencia de medios de autoridad pública.

Además de poseer un señalamiento similar de la acción, podríamos notar otra semejanza entre la violación de domicilio y el allanamiento de morada: el perjudicado. En ambos tipos tiene un trato similar pues es la persona que habita en el lugar en donde, ya sea el particular, ya sea el funcionario público, penetra, sin que se exija condición especial alguna.

Por otra parte tenemos como punto de concordancia al bien jurídico tutelado. En la legislación costarricense, casi desde principios de siglo no se ha hecho problema alguno en la colocación de ambos tipos dentro de un mismo capítulo del Código Penal. En el Código anterior (1941) ambos tipos estaban colocados en el capítulo II del Título IV, que trataba de los delitos contra la libertad; en el Código vigente se encuentra dentro de los delitos contra el ámbito de intimidad. En realidad el problema de cuál es el bien jurídico tutelado en estos delitos, en este momento no tiene ninguna discusión y se acepta muy claramente, no sólo en doctrina, sino también por parte de nuestra jurisprudencia<sup>26</sup> que se trata de proteger la parte de la libertad de las personas que tiene que ver con su derecho a la soledad y a la intimidad; y, además se tutela al tipificar no sólo la entrada del par-

<sup>26</sup> Como ejemplo véase, entre otras, la resolución de la Sala de Casación siguiente. Sentencia de las 9:40 hrs. de 19 de diciembre de 1945 (Col. Sen. Cas. II Semestre, Tomo único, pág. 922).

ricular en una morada ajena, sino también la entrada del funcionario público o agente de autoridad, sin las debidas formalidades de ley.

Podríamos señalar otra concordancia con relación al elemento accesorio de lugar. En la descripción del artículo 204 se habla de morada, casa de negocios y, en fin, de recinto habitado por otro; el 205 habla de domicilio. Se podría pensar que existe una diferencia esencial, pero ya hemos explicado que en realidad, cualquiera que sea el término para designar el lugar, siempre se conduce a lo mismo, si nos atenemos a lo que el derecho quiere tutelar. Es por eso que hablamos de que aquí existe otra concordancia entre los tipos que estamos analizando, pues lo importante es proteger el derecho que tiene el individuo de no ser molestado en el lugar en que está, en "su lugar", llámese de la manera que se quiera.

## B. Las diferencias.

### 1. Los sujetos:

Nuestra Constitución Política, en su artículo 23, además de consagrar la inviolabilidad del domicilio, habla del allanamiento lícito y dice: "El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la república son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente..."<sup>27</sup> Por su parte el Código de Procedimientos Penales regula las formas de entrada por la autoridad pública, en sus diferentes modalidades:

"Artículo 210.—Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá comenzar entre las seis y las dieciocho horas.

Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora cuando el morador o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público."

"Artículo 211.—Las limitaciones establecidas en el artículo anterior no regirán para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación."

"Artículo 212.—La Policía Judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

<sup>27</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica.

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad;
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito;
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión; y
- 4) Si voces provenientes de una casa anunciaren que allí se está cometiendo un delito o de ella pidieren socorro."<sup>28</sup>

Estos son los casos en que una autoridad puede entrar a un domicilio ajeno. En los demás casos, es decir, cuando un funcionario público o agente de autoridad penetra al domicilio de otro, se configura el delito de allanamiento de morada. Es aquí en donde se encuentra la diferencia fundamental del delito de allanamiento con el de violación de domicilio. El sujeto activo diferencia perfectamente un tipo del otro. Cuando un particular penetra, de la forma que sea (siempre y cuando se trate de entrada sin autorización) en una morada ajena se configura el delito de violación de domicilio; si el sujeto activo no posee la categoría de particular sino de funcionario público e ingresa (sin las formalidades del C.P.P.) en un domicilio ajeno, se configura otro tipo de delito: el que señala el 205 del Código Penal.

No hay que hacer un esfuerzo excesivamente grande para darse cuenta que es el sujeto activo quien da la clave para saber si el delito cometido es el descrito en el 204 o en el 205.

### 2. Las penas.

Producto de la gran diferencia entre ambos tipos y de que esa diferencia la señala, precisamente, el sujeto activo, es que podemos señalar una segunda diferencia, no ya esencial, sino accesoria: el monto de la sanción.

El artículo 204 impone para quien ajusta su conducta a esa descripción una pena de prisión de 6 meses a dos años y la aumenta de 1 a 4 años si el hecho se comete con fuerza en las casas, escalamiento de muros, violencia en las personas, ostentación de armas o por 2 o más personas.

El artículo 204 señala pena de prisión con un monto de 6 meses a 3 años. Como vemos dejar igual el mínimo y aumenta el máximo de un año. Por otra parte impone como pena accesoria la inhabilitación para cargos u oficios públicos de 1 a 4 años.

<sup>28</sup> Código de Procedimientos Penales de 1973. (Edición Citada).

## CONCLUSION

Creemos haber demostrado, con nuestro estudio, cuáles son las diferencias esenciales entre lo que el Código Penal Costarricense llama violación de domicilio y lo que denomina allanamiento ilegal y consideramos como cierto que la diferencia fundamental se debe a la categoría especial que posee el sujeto activo del segundo tipo citado. Lo anterior hace que la penalidad de ambos tipos varíe un poco, aunque tales variaciones no sean tan marcadas, lo que nos parece poco convenientes ya que la diferencia entre la responsabilidad que debe tener un funcionario público, comparada con la del particular sí que es marcada y debería notarse en la sanción.

Igualmente consideramos haber demostrado la existencia de una confusión en la terminología, producida hasta el año de 1945, en las sentencias de la Sala de Casación, en los tipos que señalan los artículos 204 y 205 del actual Código Penal. No hemos encontrado, sin embargo, ninguna razón lógica que nos permita decir por qué el tipo señalado en el 204 se denomina violación de domicilio. El de allanamiento sí es más fácil de determinar, toda vez que es tradición mencionar con el término allanamiento, todo tipo de entrada (legal o ilegal, sea, con o sin las formalidades requeridas) de un funcionario público, en un domicilio.

Con respecto a la terminología, hemos encontrado que en Italia y en Francia, se denomina violación de domicilio tanto a la entrada de un particular como a la de un funcionario público, en tanto que en España se denominan ambos casos con el término de "allanamiento". En Latinoamérica sí se hace la diferenciación que hemos señalado en toda nuestra legislación penal.

A pesar de tales comprobaciones, no nos hemos podido enterar, con nuestra investigación, del por qué de la confusión terminológica que se dio durante más de medio siglo en Costa Rica. Habíamos comenzado la investigación con la idea de comprobar la hipótesis de que la confusión se debió al seguimiento, por parte de los jueces de Casación, de la doctrina española. Sin embargo, por la naturaleza misma del estudio, tal hipótesis no pudo ser comprobada. Cumplimos, entonces con señalar el hecho y dejar como un campo abierto, para un futuro estudio, lógicamente de tipo no descriptivo, la comprobación de las causas de tal confusión.

## BIBLIOGRAFIA

### OBRAS

- BREGLIA ARIAS, Omar. El delito de violación de Domicilio. Ediciones Depalma: Buenos Aires, 1968.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Temis: Bogotá, 1967.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Bosch: Barcelona, 13 edición, 1971.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de derecho penal. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1969.
- GOYET. Droit Pénal Spécial. Editions Sirey: Paris, 8eme. édition, 1972.
- MAGGIORES, Giuseppe. Derecho Penal. Temis: Bogotá, 1972.
- PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. Iber-Amer, publicaciones hispanoamericanas S. A.: Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 5ta. edición, 1960.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tipografía editora argentina S. A.: Buenos Aires. Sexta reimpresión total, 1973.
- VOUIN, Robert. Droit Pénal Spécial. Dalloz: París, 1971.

### LEYES Y SENTENCIAS

- Código General del Estado de Costa Rica, 1841. Imprenta del Estado, San José, 1841.
- Código Penal de 1880, Imprenta Nacional: San José, 1era. edición, 1880.
- Código Penal de 1924. Imprenta María V. de Lines: San José, 1924.
- Código Penal y Código de Policía de 1941. (Edición de Atilio Vincenzi) Imprenta Trejos: San José.
- Colección de Leyes y Sentencias de 1888 a 1972, Imprenta Nacional, San José.
- Código de Procedimientos Penales de 1910. Imprenta Lehmann, San José, 1966.
- Código de Procedimientos Penales de 1973. Edición dirigida por Chacón Jinesta, Imprenta Metropolitana, San José, 1974.
- Código Penal de 1970, Imprenta Lehmann, San José, 1975.
- Constitución Política de Costa Rica. Imprenta Nacional, San José, 1965.

# ELEMENTOS DE CALIFICACION DEL FUERO PRIVATIVO AGRARIO DEL PERU DENTRO DEL NUEVO PERIODO HISTORICO-JURIDICO Y SU INFLUENCIA EN AMERICA LATINA

Ricardo Zeledón  
Prof. de Derecho Agrario  
de la Univ. de Costa Rica

SUMARIO: 1. Premisa: delimitación del objeto de estudio. 2. El medio y el condicionamiento histórico de la estructura agraria. 3. La ley de reforma agraria peruana de 1969 como posible hito para la apertura de la tercera etapa de la historia de la reforma agraria latinoamericana. 4. La creación del Fuero privativo agrario, sus órganos y competencia. 5. Los procedimientos: a) el contencioso agrario, y b) los procedimientos especiales. 6. La oralidad (y con ella la inmediatez, la concentración y la libre valoración de la prueba), el principio inquisitivo y la justicia (y defensa técnica) gratuita como principios procesales base del sistema. 7. El aporte e influencia del Fuero privativo agrario a la tesis de la jurisdicción agraria y el Derecho procesal agrario latinoamericano. La concepción social de la Justicia.

1. Con la promulgación de la Ley de Reforma Agraria de 1969 se abre en el Perú un período histórico-jurídico cuyo objetivo es instaurar un nuevo orden que sustituya la tradicional estructura agraria (del latifundio y minifundio) por un sistema justo de propiedad —tenencia y explotación— de la tierra.

En el nuevo período, la reforma agraria ha de contribuir al desarrollo socioeconómico de la Nación, crear un *ordenamiento agrario que garantice la justicia social en el campo*, y aumentar la producción y productividad del sector agropecuario, elevando y asegurando el ingreso al campesino: la tierra ha de ser base de su estabilidad económica, fundamento de su bienestar y garantía de su dignidad y libertad.

Para hacer efectivo el principio de garantía de justicia social en el campo crea el *Fuero privativo agrario*, que es una de las instituciones mejor logradas dentro del ámbito del Derecho Procesal Agrario<sup>1</sup>.

El Fuero constituye en América Latina el primero y más grande modelo de unidad jurídico-procesal sobre el que se comienza ahora a levantar —en base a principios novedosos y acabados— un vigoroso movimiento que ve en la jurisdicción agraria un magnífico medio para dar actuación a la normativa de la reforma agraria y del derecho agrario<sup>2</sup>, cuya promulgación desde hace mucho tiempo se ha topado con barreras judiciales infranqueables<sup>3</sup> que imposibilitan la existencia de una interpretación jurisprudencial adecuada a la normativa y filosofía que ha inspirado el naciente derecho agrario.

La normativa ius agraria de 1969 dictada por el Gobierno revolucionario<sup>4</sup> marca una nueva etapa en la historia del Perú y en el desarrollo histórico de la reforma agraria latinoamericana. En la nueva estructura de la administración de justicia para el sector agrario, y en el proceso instaurado, cobran vida los principios procesales más modernos que conciben un proceso sencillo, accesible al ciudadano, rápido, económico, e incluso a estar exento de la acción de litigantes inescrupulosos que pretenden ejercer maniobras dilatorias.

El presente ensayo tiene como objetivo ubicar el momento histórico-jurídico del actual Perú, dentro del proceso de reforma agraria latinoamericana, denotar su principal institución que es el Fuero privativo y perfilar los aportes e influencias que éste comienza a ejercer en el resto del continente<sup>5</sup>.

2. La estructura agraria del Perú se encuentra condicionada por una serie de factores que limitan profundamente la existencia de un régimen justo en la tenencia de la tierra. Estos factores —en línea

de máximas— pueden ser sintetizados en las dificultades de orden geográfico que ha impedido un adecuado desarrollo de la agricultura en forma masiva y racional, y, por otro lado, una tortuosa historia de dependencia y explotación que ha conformado una realidad económico-social desajustada.

En cuanto a las condiciones geográficas<sup>6</sup> se debe afirmar que el Perú tiene características únicas en el continente, debido a que en ningún otro país el suelo utilizable resulta ser tan reducido. Confluyen zonas muy altas, con otras de naturaleza pantanosa o inexplotadas, a la par de tierras de litoral (sierra, montaña y costa) y así de 128 millones de hectáreas de que está formado el territorio se estima que tan solo 3 son plenamente aprovechables para fines agropecuarios<sup>7</sup>, lo que refleja una desastrosa situación agropecuaria (con incidencias graves en la economía del país) no obstante que paralelo a ellas también hay 27 millones de hectáreas de tierras de pastos naturales de escasa utilidad.

El condicionamiento geográfico generó un régimen injusto de la tenencia de la tierra que se agravó con los hechos históricos que se desencadenaron con el descubrimiento de América; situaciones que dejaron para el Siglo XX un enorme lastre social<sup>8</sup> que aún hoy no se ha logrado superar.

La historia del Perú<sup>9</sup> se encuentra nutrida por ricas experiencias que se remontan a la existencia misma del Imperio Inca —representante máximo de la cultura indígena de la época precolombina, sea antes del descubrimiento en 1492—, que conoció —según afirman los estudiosos de la materia— un sistema comunitario de la propiedad, en que el *Ayllu* era el centro agrario donde trabajaban los miembros de la comunidad en una economía en la cual compartían los bienes obtenidos en común; así, pues, el sistema original peruano de explotación de la tierra fue eminentemente comunitario, no obstante que también se conocieron casos aislados de explotaciones individuales como el de los llamados *topos* (*tupu*) que fueron repartos anuales hechos por el *Ayllu*. El esquema se mantuvo hasta la llegada de los españoles, que —a la usanza de las medidas tomadas en el resto del continente americano— declaran la prevalencia del sistema existente en esa época en España, topándose en Perú con una clara resistencia que ni siquiera los crueles tratamientos aplicados a los valerosos descendientes del imperio Inca les logró persuadir enteramente. Los abusos cometidos en personas y bienes de los indígenas obligó la intervención del *Virrey Toledo*, que, en forma humanitaria, reconociendo la existencia de la explotación indígena de la tierra, ordenó a los españoles su respeto así como obediencia a una serie de derechos mínimos concedidos a los indígenas. No hubo forma de detener los ultrajes e injusticias. La Colonia y la República conocieron del despojo y la utilización humana que estaba prácticamente institucionalizada por la acción de los primeros “pacificadores” que llegaron al continente, y luego, las oligarquías que se sucedieron se esforzaron en mantener, aún cuando para ello echaron

mano a otros mecanismos más sutiles. Desgraciadamente, a pesar de la acción de personalidades de la talla de Bolívar, declaraciones de principios, y buena parte de la normativa de los primeros años de la República (Constituciones y Código Civil) por las que se proclamaba que las tierras poseídas por los indígenas debían ser repartidas entre ellos, la verdad es que nunca se conoció de un viraje hacia nuevas posiciones y toda declaración hubo de caer en el vacío.

Ni siquiera la Ley de Reforma Agraria, N° 15037 del 19 de mayo de 1964<sup>10</sup>, inspirada en los principios y política marcados por la Carta de Punta del Este, fue capaz de encontrar solución al problema indígena y menos al general del mal uso y explotación irracional de la tierra<sup>11</sup>. Esta Ley de 1964 —como casi todas las de su época en los otros países latinoamericanos— es de carácter *convencional*<sup>12</sup> porque forma parte de un acuerdo entre las diversas fuerzas políticas, que, bajo la apariencia de modificar aspectos de la estructura latifundista, dejan con vigencia el viejo esquema de la sociedad con todas sus rémoras institucionales.

3. Para encontrar una auténtica respuesta al problema agrario peruano hay que esperar al año 1969 en que el contenido del Derecho agrario es enriquecido con la promulgación de la Ley de reforma agraria N° 17716 del 24 de junio<sup>13</sup> (precisamente el día conmemorativo de lo que hasta entonces se llamaba *Día del Indio*, ahora el *Día del Campesino Peruano*).

La ley es el instrumento jurídico de una verdadera reforma agraria estructural<sup>14</sup>, a través de la cual el Gobierno revolucionario se propone la transformación radical de la antigua estructura agraria, debiendo para ello impugnar el poder económico, político y social<sup>15</sup> instaurado.

En el mundo se habla de la reforma agraria peruana como de un proceso con éxito; efectivamente, Perú, en estos momentos, intenta entrar en lo que constituiría el triángulo de los tres países americanos que en el seno de la revolución han profundizado los cambios radicales de la estructura agraria. Los otros dos, desde luego, son México y Cuba.

México<sup>16</sup> con gran precocidad, abrió para América y el mundo la etapa de las reformas agrarias de este siglo<sup>17</sup> producto de una férrea lucha campesina que culminó no solo con la promulgación de una ley, sino con la aprobación constitucional de los principios fundamentales inspirados de la revolución<sup>18</sup>. Detrás de México se sucedieron los casos de Guatemala<sup>19</sup> y Bolivia<sup>20</sup>, que tuvieron desastrosos resultados por la influencia directa de los Estados Unidos de Norteamérica que se aprestaron a combatir todo intento de reforma agraria en el resto del continente.

En 1959 se abre la segunda etapa de la reforma agraria latinoamericana, el hito va a ser marcado por la revolución cubana<sup>21</sup> que impulsa —aún antes de la toma del poder— medidas tendientes a realizar una auténtica reforma agraria que se traduce en la promulgación de tres

leyes en un plazo considerablemente corto y con principios más profundos que los hasta ahora elaborados. Como estas medidas eran vistas con simpatía por políticos y estudiosos, a medida que la revolución se consolidaba, los mismos Estados Unidos estudiaban en profundidad las eventuales acciones a tomar en el resto del continente —sobre todo porque temían que los intereses de las compañías agrícolas norteamericanas serían afectados— y evitar también cualquier “importación de modelos” que en aquella época de guerra fría tenía un significado peligroso<sup>22</sup>. Nace así la famosa *Declaración de los Pueblos de América*<sup>23</sup> —firmada por todos los gobiernos latinoamericanos, con exclusión de Cuba, a instancias del Presidente John F. Kennedy, en la ciudad de Punta del Este (Uruguay) en el agosto de 1961— que conlleva también la firma de la *Carta de Punta del Este* por la que se establece la creación de la *Alianza para el Progreso* “dentro del marco de la operación panamericana”<sup>24</sup> en que se insta —ya no se combate— a los gobiernos americanos para que dicten sus leyes de reforma agraria, lo que constituye un notable incremento en el contenido del Derecho agrario del continente, del que solo se exceptúan —aún hoy<sup>25</sup>— Argentina<sup>26</sup> y Uruguay<sup>27</sup> que jamás las dictaron.

Diez años más tarde, 1969, en el Perú, precisamente con un movimiento que puede ser la tercera revolución del continente en este siglo, se perfila fuertemente la apertura de una nueva etapa dentro de la historia de la reforma agraria latinoamericana; etapa que se caracteriza por la solidificación de la reforma agraria al elaborar los instrumentos jurídicos necesarios para permitir la irreversibilidad del proceso<sup>28</sup>, dentro de los cuales tiene particular importancia la creación de tribunales agrarios especializados que conocen de los asuntos regulados por el Derecho agrario, con base en principios procesales modernos, garantes de la protección de los intereses de los beneficiarios de la reforma agraria y de la agricultura en general.

La tercera etapa se podrá reconocer no solo en la medida en que la revolución se profundice, sino, en cuanto aporte elementos distintivos y originales al proceso de la reforma agraria latinoamericana, para lo cual aún hoy es temprano afirmar su existencia<sup>29</sup>.

4. En el campo específico de la administración de justicia agraria hay que reconocer, sin la menor duda, el notable avance logrado en la actuación de la reforma agraria.

En este campo existe definición clara de los órganos de poder que desde un principio la fijaron como una prioridad importante. El antecedente más cercano del Fuero Privativo agrario se encuentra en el Plan de Gobierno de las Fuerzas Armadas en que se declaró que “a fin de alcanzar un régimen justo y eficaz basado en el principio de que la tierra es de quien la trabaja, a brevedad posible debían realizarse tres actividades básicas: ejecución de una verdadera reforma agraria; expropiación inmediata de los complejos agro-industriales; y creación de los organismos administrativos y judiciales”<sup>30</sup>.

La creación planeada debía obedecer a una estructura que por encima de todo fuera garantía democrática para la actuación de la normativa de la reforma agraria, razón por la cual la sede jurisdiccional a crear no podía obviar la participación de las relaciones jurídicas que estaban en juego. Parecía errado adoptar los principios procesales ordinarios, la jerarquía institucionalizada e incluso los mismos órganos del sistema judicial constituidos muchos años antes. La tarea de los juristas revolucionarios fue la de concebir un sistema que, sin contradecir en nada el ordenamiento jurídico, garantizara un proceso ágil, barato y —sobre todo— apto para adecuarse a las exigencias sociales de los sujetos agrarios cuya posición se reivindicaba.

Con fundamento en el artículo 229 de la Constitución Política —ejecutando el Plan de Gobierno— se creó a través de los artículos 153 y 163 de la Ley de reforma agraria N° 17716 el Fuero privativo agrario, cuyo sistema normativo se inspira en el ideal chiovendiano de la oralidad, modificando, en cuanto era necesario, los órganos, el procedimiento y, desde luego, los principios procesales inspiradores.

En cuanto a los órganos, el Fuero se encuentra constituido por el Tribunal agrario, los Jueces de tierras y el personal auxiliar necesario.

La estructura de la administración de justicia buscó ser sencilla y eliminó el recurso extraordinario de Casación para evitar la dilación en los procesos que fue norma hasta antes de la creación del Fuero (la nota más relevante se ve en los datos que arrojan las estadísticas judiciales según las cuales la nueva administración de justicia agraria recibió de los tribunales ordinarios 825 causas con una antigüedad superior a los 50 años, 8.730 con más de 20 años y 24.000 que tenían más de 5 años de incoadas<sup>31</sup>, que refleja, sin necesidad de ahondar en comentarios, el estado de la administración de justicia anterior).

El Tribunal agrario, que es el máximo órgano del Fuero, se encuentra actualmente constituido por seis vocales<sup>32 33 34</sup> de los cuales uno de ellos funge como Presidente. La ley<sup>35</sup> le da el carácter de “órgano jurisdiccional” ubicado en la cúspide del sistema porque estará encargado de “conocer y resolver en instancia definitiva” de los asuntos de su competencia, razón por la cual sus resoluciones carecen de ulterior recurso y “producirán todos los efectos de la cosa juzgada”<sup>36</sup>; además, los Jueces le están subordinados “en lo administrativo y disciplinario”<sup>37</sup>. Dentro del Fuero el Tribunal ha tenido una función organizativa clave porque no solo ejerce su típica labor jurisdiccional sino que le ha correspondido prácticamente toda la labor de creación —institucional, administrativa e incluso educativa— del sistema: dentro de su ámbito está el proponer al Gobierno la creación de Juzgados de tierras —que han ido ascendiendo en número considerable desde 1969 a la fecha<sup>38</sup> establecimiento de la jurisdicción territorial que corresponde a todos y cada uno de los Juzgados, aumentar o disminuir el ámbito jurisdiccional de los diversos tribunales, recomendar al Presidente de la República la reelección y nombramiento de los Jueces de tierras, nombrar el personal técnico administrativo y auxiliar del Tribunal y de los Juzgados, rati-

ficación —cada tres años— de los jueces de tierras nombrados, estudiar —a través de sus Vocales— los problemas que atraviesan los Juzgados y visitarles para aconsejar sobre la mejor aplicación de la legislación de reforma agraria, mantener un archivo donde se encuentra toda la documentación para la investigación científica de la problemática agraria peruana, e incluso, la publicación de las conocidas *Memorias del Presidente del Tribunal agrario* con que se informa al pueblo —y al foro— peruano de la labor realizada.

La competencia concedida al Tribunal es considerablemente amplia<sup>39</sup> porque no se limita a la aplicación de la normativa relacionada con la reforma agraria; va más allá: abarca todo el contenido del Derecho agrario. La ley establece que corresponde al Tribunal “la aplicación de la legislación sobre la reforma agraria, aguas, tierras eriazas y de selva, y de *derecho agrario en general*”<sup>40</sup> que hace vislumbrar una mayor profundidad en la visión del legislador agrario.

En el grado inmediato inferior están los Jueces de tierras<sup>41 42</sup> ubicados a la base del sistema del Fuero privativo agrario que ejercen la primera instancia. Tienen la misma competencia que el Tribunal agrario y conforman como tribunal unipersonal los Juzgados de tierras de los cuales son titulares. La sede territorial se encuentra íntimamente relacionada con la necesidad de autoridad judicial en las diversas provincias del país y su instalación depende de las zonas agrarias determinadas por el Poder Ejecutivo para la ejecución de la reforma agraria.

La competencia —tanto de los Jueces de tierras como del Tribunal Agrario— se concreta en dos clases de procedimientos: a) el contencioso agrario (u ordinario), y b) especiales.

5. De los procedimientos mencionados solamente el contencioso agrario es realmente nuevo, pues los especiales fueron creados desde hace mucho tiempo en el ordenamiento jurídico peruano, que ahora, por tener como objeto causas en que se discute sobre bienes rústicos, fueron pasados a conocimiento del Fuero privativo agrario.

a) Por la vía del contencioso agrario se conoce de todos aquellos asuntos judiciales, en cuya resolución deba ser aplicada la normativa del Derecho agrario, para los cuales no se encuentre concretamente señalada una tramitación especial.

El procedimiento que se establece ha sido profundamente simplificado, careciendo de incidencias y formalidades por las cuales se pueda distraer el esclarecimiento de la verdad. En él se distinguen en forma clara tres etapas bien determinadas: interposición de la demanda, audiencia de pruebas y la sentencia.

La apertura del proceso se inicia con la demanda<sup>43</sup> que debe interponerse ante el Juez de tierras competente, en forma escrita, de conformidad con lo que establece el artículo 306 del Código de procedi-

mientos civiles<sup>44</sup>, haciendo ofrecimiento, de una vez, de las pruebas pertinentes. De la demanda se da traslado al demandado por un plazo de cinco días, más el término de la distancia, para que proceda a darle contestación, deducir las excepciones que cupieren, plantear la reconvencción si es el caso, y ofrecer toda la prueba pertinente. La contestación será, a su vez, puesta en conocimiento del actor quien puede ofrecer la prueba de descargo y dar respuesta a los hechos nuevos que fueren esgrimidos, dentro del tercer día.

Superada la etapa de interposición, el Juez cita a las partes a la audiencia de pruebas<sup>45</sup> que debe verificarse dentro del sexto día, apercibiendo de que ésta se realizará aún cuando una de las partes no asista. La característica fundamental de la audiencia es que en ella el Juez con amplias libertades, consistentes en determinar las formas que adquieren los actos procesales<sup>46</sup> en contacto directo con las partes, con quienes se comunica oralmente por la declaratoria de oralidad que la misma ley da a la audiencia. La forma en que se desarrolla es, repito, con poderes del Juez, que examina a los testigos propuestos, practica el reconocimiento de documentos, recibe la confesión y demás pruebas que las partes hubieren ofrecido, quedando facultado, en todo caso, para hacer nuevos señalamientos que deberán ser en los días inmediatos posteriores, cuando el tiempo previsto para evacuar la prueba no hubiere sido suficiente, no hubiere podido ser recibida, o cuando exista otra que el mismo Juez estime conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos, o bien en el caso de la inspección ocular que deba realizarse en el terreno, todo dentro de los diez días contados a partir del momento en que termine la audiencia convocada. Esta etapa es cardinal para el proceso y en ella no se admite ninguna clase de recurso o discusión con lo cual se evita la dilación en el proceso.

Finalmente, una vez evacuada la prueba ordenada, el Juez procede a dictar sentencia dentro del término de cinco días<sup>47</sup>, en la que a su vez se resuelven las excepciones e incidencias pendientes. El fallo que se dicta pone fin a la discusión —con autoridad de cosa juzgada— salvo que se interponga el recurso de apelación para ante el Tribunal agrario dentro del quinto día de la notificación<sup>48</sup> (o los de apelación o revisión, en los calificados casos, para ante el fuero común). En el Tribunal agrario una vez recibidos los autos y puestos al despacho es potestativo admitir las pruebas que ofrezcan las partes, pasando al Fiscal el expediente cuando hubiere interés del Estado para que éste proceda a dictar algún pronunciamiento, y luego, el Tribunal resuelve, dentro del quinto día, en forma definitiva la litis.

b) Los procedimientos especiales se encuentran constituidos por las expropiaciones, recursos de amparo, juicios de las comunidades campesinas, deslinde, tercerías excluyentes de dominio, formación de títulos supletorios, división y partición, obtención de títulos de propiedad en predios rústicos conducidos directamente por sus dueños, interdictos, y juicios arbitrales<sup>49</sup>. En estos procedimientos se siguen tramitaciones

precisas, establecidas, de acuerdo a las circunstancias, por la ley, en que se aplicarán siempre los principios procesales que inspiran la totalidad del sistema concebido.

6. Para una correcta comprensión del contencioso agrario y los procedimientos especiales es necesario profundizar sobre los principios procesales<sup>50</sup> mismos que inspiran el sistema, pues precisamente es ahí donde se encuentra la respuesta al por qué del éxito de la jurisdicción agraria peruana.

Son dos las características calificantes del proceso agrario del Fuero privativo que definen la totalidad del sistema. La primera es la existencia de *simplificaciones procesales* que reputan un proceso ágil, rápido, económico, esencialmente oral, en que existe contacto de las partes con el Juez, y que se realiza en una o pocas audiencias. La otra es la *función activa del Juez* que se traduce en amplias facultades que se le concede al juzgador para recibir, ordenar, y evaluar las pruebas lo mismo que para aplicar las normas que más beneficien al campesino; el Juez, entonces, adquiere un carácter social-asistencial porque toma en cuenta las limitaciones económicas, sociales y culturales de los sujetos procesales que están frente a él.

De las características enunciadas se extraen tres fundamentales principios que nutren el Fuero privativo agrario del Perú.

- a) *La oralidad (y con ella la inmediatez, concentración y libre valoración de las pruebas).*

El movimiento de la oralidad, estrechamente vinculado con el principio del mismo nombre<sup>51</sup>, y sus discusiones, "agitaron media Europa durante el Siglo pasado"<sup>52</sup>, al punto que hoy la más autorizada doctrina identifica este nombre símbolo con la modernización del proceso. El procedimiento oral es necesariamente más rápido y económico<sup>53</sup>, de ahí que se ha representado su importancia como una garantía de mayor correspondencia de la decisión de la causa a la verdad de los hechos<sup>54</sup>.

Oralidad es una expresión sintética que se ha adoptado para indicar un sistema de principios inseparables, a cuyo conjunto hay que referirse si se quiere entender el verdadero contenido de la expresión. La oralidad significa: a) predominio del discurso hablado, que no implica ausencia absoluta de la escritura porque aún en el proceso oral ésta cumple una función preparatoria y documental; b) significa que habrá diálogo directo entre el órgano judicial y las personas de las que debe recoger y valorar las declaraciones (inmediatez), oralidad quiere decir presencia de los interlocutores e inmediato desarrollo —sin intervalos ni intermediarios— de las preguntas y respuestas que en el proceso escrito implican un episodio separado; c) debe haber identidad de las personas físicas que constituyen el órgano judicial durante el trámite de la causa; d) implica concentración de los asuntos tratados en la causa

en un único momento: debate, que se realizará en una única o pocas audiencias sucesivas, con pronunciamiento de la sentencia inmediatamente después de cerrado<sup>55</sup>.

La oralidad, entonces, entraña los principios de inmediatez y concentración, a los cuales se ha acompañado el de la libre valoración de la prueba<sup>56</sup> con lo que se resume en línea de máximas el concepto.

Dentro del Fuero privativo agrario la oralidad<sup>57</sup> se encuentra fundamentalmente en la audiencia de pruebas, razón por la cual se debe hablar de predominio del elemento oral respecto al escrito, aún cuando mantenga el carácter de escrito la etapa de interposición de la demanda lo mismo que la sentencia.

Existiendo dos etapas fundamentales del proceso que se desarrollan en forma escrita, cabe preguntarse si por ese hecho el calificativo de oralidad no queda entredicho, y en consecuencia, sería mejor hablar de la existencia del elemento oral en una etapa mas no en la totalidad del proceso? La respuesta que se deba dar ha de tomar en consideración el espíritu mismo de lo que significa el principio, con sus proyecciones y límites. El proceso oral se distingue más por el predominio de este elemento que por su monopolio, tan es así que nadie sostiene en doctrina que la oralidad ha de estar presente en todos los actos procesales. En gran cantidad de manifestaciones procesales se hace necesario plasmar por escrito su contenido, entre ellas sobresalen lo pedido y lo resuelto: la demanda y la sentencia<sup>58</sup>, pues dejando documentados una serie de actos es la única forma de garantizar la adecuada aplicación de la justicia; además, como sostiene *Calamandrei*, la forma de distinguir si un proceso es oral o escrito se logra constatando la forma que adquiere el momento de las deducciones: "processo orale è dunque quello in cui la oralità è la forma necessaria delle deduzioni: e viceversa quello scritto"<sup>59</sup>.

Despejada cualquier objeción que doctrinariamente se pudiera esgrimir para demostrar que el Fuero privativo agrario no se encuentra inspirado en el ideal Chiovendiano de la oralidad, cuya paternidad se debe declarar, es conveniente ahora demostrar la forma en que ésta se manifiesta, con sus eventuales proyecciones y límites.

El Derecho Ley N° 17716 establece explícitamente que "la audiencia de prueba es oral"<sup>60</sup>, es decir, toda la etapa procesal —que es la más importante, como se ha afirmado— será eminentemente hablada, y en consecuencia las declaraciones de las partes, testigos, peritos, confesantes, serán "oídas" por el Juez, el actor, el demandado y sus defensores. La relación interpersonal que se abre entre los presentes permite también entrar más profundamente a la búsqueda de la verdad, máxime que es precisamente al Juez a quien se ha facultado para recibir las pruebas y en consecuencia es él quien examina, interroga y recibe. Desarrollándose oralmente esta etapa procesal el Juez puede compenetrarse más en el verdadero problema de intereses que las partes han llevado hasta él, porque con el elemento oral las formas procesales son más fácilmente adaptables a las necesidades de un juzgador que busca

la verdad; es más, sumergido en la realidad de los hechos que las partes —como seres humanos acongojados y no solo nombres en un expediente— le dan a conocer, tiene mayores elementos de juicio para dictar sentencias más apegadas a la realidad y a la justicia.

Al ser oral la diligencia reverbera el *principio de la inmediatez*; sea, existe un contacto estrecho entre las partes, entre las partes y el Juez, que es precisamente directo e inmediato, pues, como sintéticamente afirma Giuseppe Chiovenda “il principio della inmediatezza delle attività processuali consiste in ciò che le parti comunicano direttamente fra loro o col giudice che deve provvedere e il giudice comunica direttamente colle parti e colle altre persone che intervengono nel processo”<sup>61</sup>, y a su vez dialécticamente, por ese contacto interpersonal entre el Juez, las partes y la prueba es que cobra vida el principio de la oralidad, que sufre desviaciones cuando se recurre a intérpretes, se reciben declaraciones en el domicilio de personas para lo cual se comisiona otro juez, o se deban seguir actos de instrucción fuera de la jurisdicción de la autoridad judicial<sup>62</sup>, porque precisamente la oralidad tiene razón de ser no por el medio utilizado para comunicarse, sino, también, que se coincida en tiempo y lugar.

En igual forma, casi paralelamente, emerge el *principio de la concentración* porque el proceso oral necesita desarrollarse en una única o pocas audiencias, limitadas a un período corto de tiempo, por ello es que la audiencia de pruebas se realiza “en una sola diligencia continua”<sup>63</sup>, previéndose, eso sí, que “si no fuera posible que la audiencia termine en un solo día continuará en los siguientes a la hora señalada sin necesidad de nueva citación”<sup>64</sup> lo que significa que aún cuando fueren más de una las diligencias que se deban emplear no pueden existir períodos de tiempo amplios entre una y otra, salvo el caso de “las que ordene el Juez de oficio, así como la inspección ocular (que) podrán actuarse en el día y hora que se señale (pero) dentro del plazo máximo de 10 días contados a partir de terminada la audiencia”<sup>65</sup>. Con estas limitaciones respecto al tiempo —que, como se verá más adelante, van acompañadas por amplias facultades en otros aspectos— el Juez debe prestar obligada colaboración para hacer desaparecer los procesos interminables, llenos de recursos, en que son las partes —generalmente las culpables— las que controlan el juicio<sup>66</sup> y sus resultados, pero también constituyen limitaciones —más amplias, si se quiere— para las partes, porque en la etapa de la audiencia de pruebas toda “cuestión incidental que se deduzca la resolverá el Juez en el mismo acto, sin apelación”<sup>67</sup>. En lo que respecta a este principio el legislador procesal agrario del Perú quiso ser aún más explícito y dictó el Decreto 21022, que es la Ley orgánica del sector agrario, en que se establece que el funcionamiento del Fuero agrario y los procedimientos que en él se desarrollan, deberán adecuarse al *principio de celeridad de la administración* lo que significa que existe un interés público para la pronta solución de los litigios que se dirimen en la sede agraria; con esta adecuación procesal se pretende insistir —en línea de principios— so-

bre las pautas generales que deben ser tomadas en consideración por los administradores de justicia para que el entero sistema cumpla con las finalidades últimas de un poder jurisdiccional que resuelva prontamente los conflictos de intereses de que conoce, y también porque solo en la medida que los litigios se resuelvan con celeridad los demás principios procesales —dentro del conjunto— cobran una auténtica razón de ser.

Unida en forma sólida, aún cuando no es consecuencia directa —pero sí con una relación doctrinal y lógica bastante íntima—, se encuentra el *principio de la libre valoración de la prueba que* —a la inversa de los procesos del *ius commune*<sup>68</sup>, escritos— consiste en la facultad que tiene el Juez de apreciar en forma crítica la prueba que ha tenido frente a sí en la audiencia, divorciada de toda clase de condicionamiento previo en cuanto a la fijación de criterios apriorísticos para la valoración, apreciación o exclusión de alguna otra prueba<sup>69</sup>. No obstante que en algunas legislaciones se hace referencia concreta a la facultad concedida al Juez para la aplicación de este principio, la verdad es que carece de importancia su tipificación legislativa dado que el espíritu mismo del principio de la oralidad es que el Juez pueda apreciar la prueba en toda su magnitud, para que de frente a todo el complejo procesal le asigne el valor que considere oportuno —dentro de los cánones de la lógica— y resuelva, ponderando unas y otras, con el convencimiento de que al apreciar y valorar libremente la prueba une más la verdad real a la verdad legal. Pese a que la Ley N° 17716 no refiere textualmente a la forma en que el Juez debe valorar el elemento probatorio, debe entenderse que al asumir la oralidad como principio básico del proceso ha asumido también este sub-principio, que tiende a ofrecer una mayor garantía para la obtención de resoluciones altamente compenetradas con la realidad de los hechos, que es en definitiva uno de los fines últimos a que aspira el sistema procesal agrario.

#### b) *El principio inquisitivo.*

Entre los comentarios doctrinarios que se han hecho al proceso agrario es usual encontrar referencias a la exigencia del principio inquisitivo<sup>70</sup>, ya sea porque el legislador lo ha incluido o bien porque el jurista lo reclama como necesario para la mejor solución a las controversias que entrañan asuntos relacionados con el Derecho agrario.

El principio causa cierta incerteza, aún en la actualidad, en aquellos que no le han visto funcionar en materia civil, laboral, agraria, etc. Efectivamente, la doctrina ya se ha ocupado en materia civil de su desarrollo<sup>71</sup> como reacción frente al proceso a tipo dispositivo<sup>72</sup> en que son las partes las que ejercen todos los poderes para conducir la litis a sentencia, condicionando, como se sabe, la misma investigación de la verdad.

Desde el punto de vista procesal, la diferencia que existe entre un proceso a tipo inquisitivo y otro a tipo dispositivo consiste funda-

mentalmente en la diversa extensión de los poderes concedidos al Juez para la investigación de la verdad<sup>73</sup>, es decir, según que se deje a iniciativa del Juez o de las partes la fijación del tema central a discutir en la causa lo mismo que de la recolección del material probatorio<sup>74</sup>.

Desde un perfil eminentemente sustantivo también existe incidencia para la calificación del proceso de tipo dispositivo o inquisitivo. La contraposición obedece a la proyección en el campo del proceso de la distinción entre derecho público y derecho privado<sup>75</sup>.

Ambos perfiles coinciden en la corroboración de que en el ordenamiento jurídico existen derechos disponibles e indisponibles, sea, existen normas que conceden derechos cuya tutela corresponde exclusivamente a la responsabilidad privada mientras que hay otras cuya protección corresponde a órganos públicos, conducidos uno de ellos por las partes y el otro por el órgano público.

En el caso del proceso del Fuero privatorio nos encontramos con que los factores que lo perfilan no se agotan en él mismo. En efecto, el proceso agrario es el producto último de toda una serie de acontecimientos histórico-jurídicos que se deben ahondar. En principio nos encontramos con una clara *publicización de la agricultura*<sup>76</sup> por la cual se han convertido normas de derecho privado, *strictu sensu*, en normas que contienen derechos indisponibles, en que la voluntad ahora decisiva será la del poder público que busca la satisfacción de un interés colectivo<sup>77</sup>. Con esta publicización de la agricultura se operan fenómenos inmediatos como es que el Derecho agrario tendrá una orientación eminentemente pública, que condiciona dialécticamente el proceso<sup>78</sup>, y en consecuencia, en la disyuntiva procedimiento a tipo dispositivo o a tipo inquisitivo va a ser el segundo el que va a prevalecer sobre el primero.

La forma legislativa en que se manifiesta el principio proviene de la disposición que señala que "las normas legales que tutelan los derechos de los campesinos serán aplicadas de oficio por los Jueces de Tierras y el Tribunal agrario"<sup>79</sup>, es decir, los poderes del Juez para la investigación de la verdad son bastante amplios porque tendrán facultad aún de no limitarse a las pruebas que las partes ofrezcan para demostrar sus afirmaciones: puede desplegar ilimitadamente su iniciativa tendiente al esclarecimiento de los hechos alegados. De este modo, el Juez se convierte en director del proceso y para ello no solo se encuentra facultado para ordenar de oficio la actuación de pruebas sino que también se encuentra facultado para rechazar todas aquellas articulaciones dilatorias o maliciosas que tiendan a alargar el proceso o hacerlo marchar por rumbos que lo alejen del esclarecimiento de la verdad<sup>80</sup>.

La forma más interesante en que se presenta este principio es cuando las partes son campesinos, pues en este caso al aplicarse las normas que tutelan sus derechos, de oficio, recaen fallos *ultrapetita* y *extra petita*<sup>81</sup>. Recaen esta clase de fallos porque el Juez no solo tendrá amplias libertades en cuanto a la determinación de la prueba a recibir, sino que también decidirá sobre los márgenes de discusión en el juicio,

ampliando o limitando las pretensiones de las partes, según se trate, con lo cual realmente es el "padrone del procedimiento"<sup>82</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal agrario ha limitado inteligentemente el principio al establecer que "la aplicación de oficio de las normas legales vigentes sólo es procedente para el amparo del derecho de los campesinos"<sup>83</sup> con lo cual no queda abierta la posibilidad para que la facultad del Juez pueda prolongarse a sujetos agrarios que se encuentren en condiciones económicas, sociales, culturales o políticas que no son precisamente las del campesino medio que carece de ellas, e igualmente le ha impuesto límite a los casos en que, aún siendo campesino, el sujeto que se deba beneficiar con tal disposición cuente con un abogado que ejerza su patrocinio profesional<sup>84</sup> porque aquí también escaparía al espíritu de la norma.

### c) *El principio de la justicia (y la defensa técnica) gratuita.*

Una de las aspiraciones del legislador procesal agrario fue la de concebir un proceso económico (es decir, instaurar disposiciones procedimentales por las cuales las erogaciones que deban efectuar las partes para la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sea acorde con el valor de los bienes que se encuentran en debate, lo que significa —según Figallo— que la economía debe lograrse en tres aspectos: tiempo, trámites y gastos<sup>85</sup>.

En cuanto al tiempo y los trámites es a través de los principios ya examinados que se permite el desarrollo de un proceso en que se cumple con la exigencia de economía. En cuanto al gasto, será a través de la gratuidad de la justicia que se logre su satisfacción, manifestándose en tres aspectos diversos: gratuidad fiscal, defensa técnica gratuita y exoneración del pago de diligencias judiciales.

Hay gratuidad fiscal para campesinos, cooperativas y comunidades porque se encuentran exentos del pago de papel sellado, pago de porte de correo, e igualmente —aún cuando fueren condenados— no deben pagar costas ni multas judiciales<sup>86</sup>.

El aspecto quizá más importante, por la relevancia social que adquiere, es el de la defensa técnica gratuita. Es unánime el criterio de que en el derecho procesal agrario una de las instituciones fundamentales ha de ser la presencia del defensor<sup>87</sup> dado que buena parte de las causas en que se discuten asuntos relacionados con el Derecho agrario se encuentran presentes sujetos en cuya protección existe interés público, que no gozan de un nivel económico, social o cultural necesario para afrontar un juicio en el que posiblemente está en juego todo su patrimonio —íntimamente ligado a la producción agrícola—. El Decreto Ley N° 17716 establece que "los campesinos gozan del derecho de defensa gratuita<sup>88</sup> cuya actuación se verifica a través de la Oficina general de asesoría jurídica del Ministerio de Agricultura (de la que depende la Oficina de defensa gratuita de campesinos) que ejerce el patrocinio de

los que carecen de ésta; igualmente, en los Juzgados de tierras existen una serie de abogados que han sido denominados Defensores de oficio los cuales trabajan remunerados por el mismo Ministerio<sup>89</sup> para que ejerzan gratuitamente para el campesino su defensa.

La exoneración en el pago de diligencias judiciales se configura a través de la disposición normativa que establece que los funcionarios del Fuero se encuentran inhibidos para cobrar derechos provenientes de diligencias que debieron efectuarse dentro o fuera del Tribunal, cualquiera que sea la naturaleza<sup>90</sup>.

7. Dentro de la etapa que intenta abrir el Perú en cuanto a la consolidación institucional de la reforma agraria, en el caso específico del Fuero privativo agrario, es conveniente analizar finalmente el aporte e influencia que ofrece a los restantes países democráticos de América Latina.

El aporte del Fuero privativo agrario debe relacionarse con dos aspectos: respecto a la jurisdicción agraria y respecto al derecho procesal agrario. A la primera difundiéndola, al segundo consolidándolo.

Es tan importante el aporte respecto a la jurisdicción agraria que bien se puede hacer una clara distinción histórica que entraña la presencia de dos etapas: pre y post-Perú<sup>91</sup>. En la etapa anterior a la creación del Fuero nos encontramos con los casos de México, Chile y Ecuador en que si bien es cierto se institucionaliza una jurisdicción agraria los aportes en el plano real y científico son limitados dado que con México<sup>92</sup> se da una jurisdicción especial —con tribunales administrativos— en que existen serias limitaciones de orden conceptual dado que las acciones que existen sólo se encuentran en íntima relación con la puesta en práctica de algunos derechos concedidos por la reforma agraria; con Chile<sup>93</sup> y Ecuador<sup>94</sup> si bien es cierto existe una jurisdicción especializada (tribunales judiciales instaurados al interno del Poder judicial) su competencia es mínima porque en un caso su existencia tiene razón de ser solo para la realización de expropiaciones agrarias, mientras que en el otro las únicas acciones positivas son aquellas relacionadas con la ejecución de la reforma agraria, y que desgraciadamente— por el acaecimiento de hechos políticos adversos —actualmente carecen de vigencia y efectividad. La etapa post-Perú —que se analizará más adelante— tiene todo un contenido diferente, con mayor solidez institucional cuya idea se ha difundido profusamente por el continente.

Respecto al Derecho procesal agrario el aporte es más profundo pues se trata de la consolidación institucional del mismo. Legislativamente, con la emisión de una normativa clara y basada sobre principios correctamente interpretados se ha dado un magnífico paso en la concepción institucional de un órgano judicial que se ha adaptado a las exigencias del ordenamiento jurídico peruano al tiempo que se manifiesta como magnífico instrumento para la adecuación a la realidad agraria del país, que ha permitido encausar y hacer realidad los fines

últimos propuestos por el legislador para la realización de la reforma agraria. Doctrinariamente, al incorporarse —y perfilar— los principios básicos que han de inspirar el naciente Derecho procesal agrario, sentando las bases de los lineamientos generales de lo que deberá ser la futura doctrina que se cree; la incidencia en este campo ha sido tan profunda que incluso principios como aquél del *Judex secundum allegata et probata partium decidere debet* —para citar sólo un ejemplo— que ha sido impulsado casi como dogma jurídico —pese a que se le conocen y se han hecho ver sus grandes limitaciones y defectos en cuanto al esclarecimiento de la verdad— se convierte en Perú en el *Judex secundum allegata partium decidere debet* pues el Juez ha sido investido de suficientes poderes como para conducir el proceso hacia la búsqueda de la verdad, que en materia agraria debe ser objetivo fundamental, alejándose del monopolio que secularmente han tenido las partes en el proceso. En el campo de la jurisprudencia, interpretando una realidad social y económica con una visión revolucionaria que ha permitido la configuración de institutos que carecían de una fisonomía jurídica clara; en la interpretación evolutiva, impregnada por la función creativa, existe todo un claro sentido de coadyuvar en el proceso de cambio.

Muy brevemente indicados los aportes a la jurisdicción y al Derecho procesal agrario es explicable que el período post-Perú tenga plena validez institucional para la influencia en los restantes países de América Latina. La influencia hasta ahora manifestada puede ubicarse en dos planos diferentes: en el campo de la política agraria y en el de la legislación agraria producto de la incorporación de normativas por las cuales se instrumentaliza esta jurisdicción. Dentro del campo de la política agraria ha nacido lo que he dado en llamar la tesis latinoamericana de la jurisdicción agraria<sup>95</sup>, por la cual los Organismos internacionales encargados de conocer de los problemas técnicos que extraña la problemática del continente han impulsado a través de gran cantidad de recomendaciones, acuerdos, directivas<sup>96</sup> la creación de instrumentos jurídicos por los cuales se adopten órganos jurisdiccionales en los que se conozca de toda la normativa del Derecho agrario, con el objeto de garantizar la aplicabilidad de principios más adecuados a la realidad agraria de los países, al tiempo que los Tribunales de Justicia sean colaboradores —y no obstáculo—<sup>97</sup> para la realización de cambios estructurales profundos en que se intenta reivindicar la posición del campesino, la producción y la justicia en el campo. Jurídicamente la influencia —quizás como segunda parte del plano anterior— tiene connotaciones realmente interesantes porque ahora se comienzan a encontrar gran cantidad de proyectos de ley de jurisdicción agraria que tienden a incorporar la normativa procesal agraria siguiendo el ejemplo del Perú; en el campo legislativo, hay que señalar primero que, como efecto interesante de gran valor, se encuentra la "Ley orgánica de tribunales y procedimientos agrarios", dictada en la República de Venezuela en 1976, que es digna representante de la segunda etapa de la jurisdicción agraria latinoamericana porque

hace aportes significativos en el aspecto conceptual<sup>98</sup> al asumir una técnica legislativa correcta por la que se ha introducido la celeridad y la ruptura del formalismo en los procesos agrarios, al tiempo que existe acertada definición al concebir los órganos, respecto de la competencia concedida a ellos, el procedimiento y los principios que lo informan —basados en el laboral, del que toma lo mejor— que permitió perfilar un magnífico ejemplo de la etapa posterior a Perú<sup>99</sup>. En cuanto a proyectos de ley se refiere, éstos se han multiplicado profusamente, debiendo subrayarse los casos de Costa Rica<sup>100</sup> y Panamá<sup>101</sup>, pues en ambos es clara la influencia: en el primero al elaborarse un proyecto que sigue las pautas del procedimiento establecidas para la sede de trabajo adoptado con modificaciones propias del Fuero —pese a que aún existen algunos aspectos no bien definidos—<sup>102</sup>, y en Panamá, con un proyecto cuya inspiración directa es el Fuero privativo agrario<sup>103</sup>.

Aún queda un importante aspecto por comentar. El anterior Presidente del Tribunal agrario, *Guillermo Figallo*, afirmó hace ya algún tiempo con gran propiedad que “el Fuero abrió la década de la Justicia social en América Latina”<sup>104</sup>. En efecto, se manifiesta en el Perú la “socialización” del proceso, producto del fenómeno a que asistimos en el mundo contemporáneo de una “socialización” del Derecho y el proceso<sup>105</sup>. En la concepción del genial autor del Código austríaco de 1895<sup>106</sup>, Franz Klein, propulsor de la idea de que el proceso civil debía entenderse como *Wohlfahrtseinrichtung*<sup>107</sup>, es decir, como instrumento para el bienestar social.

Subrayo: en materia agraria en el Perú existe una concepción social de la Justicia porque se le ha concedido al Juez un carácter activo y asistencial.

Al establecer la Ley de reforma agraria de 1969 entre sus principales objetivos el crear un ordenamiento agrario que garantice la justicia social en el campo<sup>108</sup>, lo que se definía, aparte de garantizar el principio democrático del derecho a recurrir a los órganos judiciales por parte de los ciudadanos, era precisamente el hecho de brindar seguridad en cuanto a que el derecho a recurrir no va a ser solamente formal sino también material, sea, darle contenido a la formalidad liberal para que el ciudadano que recurre a la administración de Justicia pueda también estar sujeto a sentencias apegadas al Derecho y a la Justicia, sin que en ellas tenga ingerencia factores económicos, sociales, culturales o incluso políticos.

El depositario de la garantía de justicia social en el campo debe ser el Juez, con el que coadyuvan los derechos concedidos por la ley a las partes procesales más débiles. En efecto, el Juez al adquirir el carácter social no puede dictar fallos solo teniendo presente los elementos fácticos que se han presentado frente a sí, debe tomar en consideración las limitaciones sociales, culturales y económicas de las partes para que exista igualdad, porque es un elemento de cambio social de un orden que se pretende superar<sup>109</sup>; al Juez le corresponderá tener una

amplia función creativa del Derecho, pues está en presencia de grandes transformaciones<sup>110</sup> y esa es su función como elemento de cambio; finalmente, al Juez se le otorga una posición en la cual busca, junto con las partes, dar la razón a quien la tiene, pues ya la prueba no va a estar dentro del patrimonio exclusivo de las partes<sup>111</sup> sino que la búsqueda de la verdad es una exigencia pública. En resumen, el Juez es un depositario de un impulso procesal no solo técnico y formal sino fundamentalmente material<sup>112</sup>.

Al finalizar baste concluir afirmando que en América Latina uno de los institutos mejor logrados en el ámbito iusagrario es el Fuero privativo agrario del Perú; de él ya se pueden hacer profundos estudios científicos, aún cuando no se puede afirmar en este momento que se conozca en su totalidad la influencia que pueda tener en la tesis latinoamericana de la jurisdicción agraria, tampoco en cuanto a las insospechables proyecciones que ofrece para la construcción del Derecho procesal agrario en el ámbito continental, y menos el gran aporte que dará —en el plano científico, jurisprudencial y académico— al firme movimiento que intenta solificar el Derecho agrario en la Patria grande, América Latina.

## NOTAS

<sup>1</sup> El Derecho procesal agrario como clasificación jurídica no se encuentra mencionado en la doctrina, a lo sumo se le ha referido como *diritto processuale dell'agricoltura* por parte del insigne maestro fiorentino PIERO CALAMANDREI (en *Diritto agrario e processo civile*, que fue la relación presentada al *Primo congresso nazionale di Diritto agrario italiano*, publicado en *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, Tip. M. Ricci, Firenze, 1935, luego en *Studi sul processo civile*, Cedam, Padova, 1939, IV, y ahora en *Opere Giuridiche*, al cuidado de Mauro Cappelletti, Morano, Napoli, 1965, I, p. 279-94, 279); como *processo agrario* en casi toda la doctrina italiana (valga citar a ANSEMI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, Giuffrè, Milano, 1967; y GERMANO, A. tanto en su obra *Il processo agrario*, Giuffrè, Milano, 1973, como en sus innumerables artículos publicados en diversas revistas italianas); como *justicia agraria* (especialmente MASREVERE, J., *Derecho agrario y justicia agraria*, F.A.O., Roma, 1974, y AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Justicia agraria en Iberoamérica*, publicado en *Revista de estudios agro-sociales*, 1972, n. 79, p. 169-84), y más recientemente como *jurisdicción agraria* que es la nomenclatura asumida en América Latina (entre otros, véase, MARIN, Raúl, *El procedimiento y la jurisdicción agraria*, Universidad de Costa Rica, San José, 1974).

En el presente ensayo se hará referencia a *Derecho procesal agrario* pues —como intento demostrar en su oportunidad— en estos momentos tanto en Europa como en América Latina nos encontramos frente a un amplio conjunto normativo procesal en el ámbito del Derecho agrario que acusa claros principios, y del que ya se ocupa la doctrina desde hace mucho tiempo, no obstante que no se ha enfrentado esta cuestión cardinal.

<sup>2</sup> *Infra* nota 96.

<sup>3</sup> En este sentido ARAUJO, J.E. *Una nueva concepción agraria en América Latina* (Discurso pronunciado en la IV reunión interamericana de ejecutivos de Reforma agraria, Panamá, Mayo de 1972) publicado en la obra *Una opción humanista en el desarrollo rural de América* (Lehmann, San José, 1974) p. 201-12, 206.

<sup>4</sup> El Gobierno revolucionario de 1969 en el Perú marca un hito importante en cuanto al rompimiento de los mecanismos de dominación y dependencia (foránea y nativa), que en el campo agrario se traduce en la implantación de un nuevo sistema de uso y distribución de la tierra, sobre la base de un ordenamiento jurídico que se separa de la estructura tradicional. Cfr., en este sentido, ROCA JIMÉNEZ, A., *Notas sobre Derecho y revolución en el Perú actual*, publicado en la *Revista Cuadernos agrarios* (Instituto Peruano de Derecho agrario, Lima, 1977) p. 17-22.

<sup>5</sup> Cfr. OLIART, F., *Derecho agrario y desarrollo*, publicado en la *Revista Desarrollo rural en las Américas* (Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, San José, 1975) VII, 2, p. 147-71.

Afirma Oliart que "nadie ha elaborado más en el campo de la propiedad y la posesión agrícola que la legislación peruana. Ningún país ha expeditado el proceso agrario de expropiación como en las acciones de Reforma agraria peruana. Nadie ha contribuido a la formulación teórica y práctica de las formas asociativas de producción como las experiencias de las SAIS y las

cooperativas agroindustriales. En ningún cuerpo normativo, se ha intentado plasmar la vinculación causalítica entre la apropiación privada e injusta del producto social y la propiedad obrera y popular de los medios de producción, como ocurre en la recentísima ley de propiedad social del Perú. Jamás se había conocido, en el continente, la integración de un vasto movimiento institucional orientado a producir la participación popular como lo hace el SINAMOS. Nunca Latinoamérica había observado un sistema de adecuación permanente de la legislación a las realidades como el que vive no sólo el sector agrario sino también el país entero. Los mecanismos legislativos adoptados por la Revolución peruana están ya abriendo a los abogados y juristas del Perú la posibilidad de ser intérpretes permanentes y coordinados de las más caras aspiraciones del nuevo sentido que la revolución abre a la nacionalidad."

<sup>6</sup> La configuración geográfica de todo el país es un elemento importante a tomar en cuenta para comprender su situación agrícola; en el Perú, más que en ningún otro país, este factor deviene en fundamental.

El antiguo Perú comprendió no solo el territorio que hoy ocupa sino también parte de Chile, parte de Argentina, el Ecuador llegando hasta Pasto en Colombia. Su actual territorio se encuentra dividido en tres zonas perfectamente identificables: costa, sierra y montaña. La costa se extiende desde el mar hasta los contrafuertes y valles, alcanzando los mil o mil quinientos metros de altura; está constituida por una zona no uniforme formada por extensos llanos de arena o piedra, con algunos valles regados por ríos de caudal temporal que son los únicos dedicados a la agricultura. La sierra comienza a los mil o mil quinientos metros llegando hasta los cuatro mil; se encuentra constituida por dos zonas: una conocida como sierra andina de la costa y la otra en la zona oriental —de frente a los bosques— que se le llama sierra andina oriental; ésta es la mejor zona para la agricultura, no obstante que en la sierra de la costa es poco lo utilizable. La zona de los bosques o montaña comprende la región de los grandes ríos que resulta actualmente inutilizable por ser zona inundada. En SÁNCHEZ PALACIOS, M., *Síntesis de la evolución histórico-jurídica de la propiedad de la tierra en el Perú*, en el volumen *Atti del Primo convegno internazionale di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1954) II, p. 389-403, 393-95.

<sup>7</sup> En cuanto a la actividad agropecuaria "la superficie total del país tiene 128 millones de hectáreas, de las cuales apenas treinta millones se aprovechan para fines agropecuarios; y de estas últimas, 27 millones están ocupadas por pastos naturales de muy escasa calidad para sostener animales. De tal suerte que la superficie agrícola queda reducida tan solo a tres millones de hectáreas" En MAC LEAN Y ESTENOS, R., *La reforma agraria en el Perú (1964-72)* en *Revista Derecho y reforma agraria* (Universidad de los Andes, Mérida, 1973) p. 11-92, 12.

<sup>8</sup> Cfr. en éste mismo sentido a FUENZALIDA VOLLMAR, F., *Poder, etnia y estratificación social en el Perú actual*, en el volumen *Perú: hoy* (Siglo XXI, 3ª ed., México, 1975) p. 8-86.

<sup>9</sup> En 1954, MANUEL SÁNCHEZ PALACIOS dividía los períodos históricos del Perú —referidos a la evolución de la propiedad de la tierra— en tres: 1) el anterior a la llegada de los españoles; 2) el de la época del dominio español; 3) el actual, correspondiente a la vida del Perú como país libre (en *Síntesis de la evolución histórico-jurídica de la propiedad de la tierra en el Perú*, *supra* nota 6, p. 395-402), sin embargo, hoy habría que hacer una clara distinción en el último período —siempre desde el perfil que interesa— por las etapas marcadas por las leyes de reforma agraria de 1964 y 1969.

<sup>10</sup> El texto de la Ley de reforma agraria de 1964 aparece publicado en *Revista de estudios agro-sociales*, n. 54, enero-marzo, 1966, p. 171-236.

<sup>11</sup> En este sentido es clara la tesis en la obra: CHAVES ALIAGA, N., *Reforma agraria: fracaso nacional* (Ediciones jurídicas, Lima, 1966).

Se ha afirmado que la misma ley era obstáculo para la reforma agraria porque era nugatoria de sus mismos principios. Un comité de expertos de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), en 1966, bajo los auspicios del Comité interamericano de desarrollo agrícola observó que "la Ley 15037, con sus 248 artículos, sus instrucciones administrativas anexas y multitud de reglamentaciones para su aplicación, resulta excesivamente amplia, difícil de interpretar, y además, en muchos casos, difícil de aplicar (...). En muchos aspectos, esta ley es casi inaplicable", en Comité interamericano de desarrollo agrícola, *Una evaluación de la reforma agraria en el Perú* (O.E.A. Washington, 1966) citado por PETRAS, J-LA PORTE, R., *Perú: transformación revolucionaria o modernización?* (Amorrortu editores, Buenos Aires, 1971) p. 20.

12 Dicha nomenclatura corresponde a la clasificación que hace ANTONIO GARCIA de las reformas agrarias latinoamericanas (como categorías históricas) en: 1) reformas estructurales, que son las que integran un proceso nacional y global de transformaciones revolucionarias liderado por fuerzas sociales que tienen en sus manos la conducción política fundada en la modificación radical de las relaciones de poder y de sus normas institucionales; 2) las reformas agrarias convencionales, que provienen de una operación negociada entre antiguas fuerzas sociales que pretenden modificar la estructura latifundista, pero manteniendo intacta la institucionalidad de la sociedad tradicional, enfocando la reforma agraria como cuestión de modernización social y de la estructura; 3) reformas agrarias marginales o contrarreformas agrarias, que no intentan la mínima modificación —ni siquiera en el plano del latifundio— y solo toman medidas para evitar la presión campesina sobre la tierra a través de acciones como la colonización de tierras baldías localizadas en zonas periféricas. En la obra *Sociología de la reforma agraria en América Latina* (Amorrortu editores, Buenos Aires, 1973).

En cuanto a la caracterización de las reformas agrarias convencionales (a que se hace referencia) véase de esta obra p. 26, 28, 40-48.

13 Para un análisis de la reforma agraria originada en el Perú con ocasión de la ley de 1969 —que no es ésta la sede para hacerlo— véase, entre tantos, los siguientes: MORERA, F., *La reforma agraria peruana*, en *Riv. Dir. Agr.*, 1977, I, p. 107-33; RUBIO, M., *Reforma agraria: un enfoque distinto del derecho de propiedad*, en la *Revista Cuadernos agrarios*, 1977, I, p. 119-29; MAC LEAN, P. *La reforma agraria en el Perú (1964-72)*, en *supra* nota 7; SALDIVAR, R., *Elementos para un enfoque general de la reforma agraria peruana*, en la revista *Derecho y reforma agraria*, 1974, p. 11-108; CENTRO DE CAPACITACION E INVESTIGACION PARA LA REFORMA AGRARIA, *Aspectos jurídicos de la reforma agraria y anexos* (Cencira, Lima, 1973); *Id*, *Participación campesina en el proceso de reforma agraria y el cambio global de la sociedad peruana* (Cencira, Lima, 1973); *Id*, *La reforma agraria. Sus fundamentos* (Cencira, Lima, 1973); *Id*, *La nueva estructura agraria* (Cencira, Lima, 1973); FLORES, R. *Aspectos fundamentales de la nueva ley de reforma agraria* (La Razón, Trujillo, 1970); MINISTERIO DE AGRICULTURA, *Aspectos sociales y financieros de un programa de reforma agraria para el período 1968-75* (Lima, 1970); ZUÑIGA TRELLES, W., *Perú: agricultura, reforma agraria y desarrollo económico* (Amauta, Lima, 1970); COLQUE HUAYLLARO, J., *La reforma agraria peruana: un estudio sobre los problemas sociales del campo* (Minerva-Miraflores, Lima, 1969); GAVILAN ESTELAT, M., *Análisis y características de la nueva ley de reforma agraria del Perú* (ICIRA, Santiago de Chile, 1969).

14 GARCIA, A., *supra* nota 12, p. 26, 27, 29-39.

15 En este sentido, afirma un conocido jurista de la reforma agraria peruana: "la reforma agraria por su parte, haciendo abstracción de los matices locales, se propone en esencia la transformación radical de la estructura agraria. Pero este cambio no se realiza en los aspectos técnicos de la agricultura y es por completo ajeno a lo que se denomina revolución verde. Implica la modificación

sustancial del ordenamiento jurídico. Toda reforma agraria auténtica impugna las bases tradicionales del poder político, económico y social. Entonces el inmovilismo del orden establecido y la arquitectura lógica de las instituciones del derecho agrario son puestos en tela de juicio pues las coordenadas ideológicas y jurídicas del sistema han devenido obsoletas y violentan la realidad social". En TOLENTINO, L., *Derecho agrario y reforma agraria, en el octavo men Ciclo de conferencias sobre Derecho agrario* (Corte Suprema de Justicia, San José, 1973) p. 54-59, 55.

16 De la reforma agraria mexicana se escribe hace más de medio siglo. En via ilustrativa, véase, entre tantos, GUTELMAN, M., *La reforma agraria en América Latina. El caso del Messico* (Mazzotta ed., Milano, 1973); AGUILERA GÓMEZ, M., *La reforma agraria en el desarrollo económico de México* (Instituto mexicano de investigaciones económicas, México, 1969); MENDIETA Y NÚÑEZ, L. *Cuatro etapas en la reforma agraria de México* (Academia de Derecho agrario de la Asociación Nacional de Abogados, México, 1969); STAVENHAGEN, R., *Marginalidad y participación en la reforma agraria mexicana* publicado en *Revista Latinoamericana de Sociología*, 1969, p. 249-75; CRUZ CASTELLANOS, F., *El sistema cooperativista de explotación de la tierra*, publicado en *Revista de México agrario*, 1968, p. 87-98; LEMUS GARCÍA, R., *Sistemática jurídica del problema agrario*, en *Revista del México agrario*, 1968, p. 19-105; DURÁN, M.A., *El agrarismo mexicano* (Siglo XXI, México, 1967); ESTEVANTE TORRES, H., *La reforma agraria integral mexicana*, publicado en la *Revista mexicana de Sociología*, 1966, p. 665-76; ARREDONDO, A., *Estudio comparativo de las reformas agrarias en América Latina: México, Venezuela, Cuba* (Instituto Agrario Nacional, Caracas, 1965); DURÁN, M.A., *Las funciones de la propiedad de la tierra en la reforma agraria mexicana*, publicado en *El trimestre económico*, 1964, p. 228-42; PENA, M.T. de la, *El pueblo y su tierra: mito y realidad de la reforma agraria en México* (Cuadernos Americanos, México, 1964); TAMAYO, J.L., *El problema fundamental de la agricultura mexicana* (Instituto mexicano de investigaciones económicas, México, 1964); ROMERO ESPINOSA, E., *La reforma agraria en México: a medio siglo de iniciada* (Cuadernos Americanos, México, 1963); HEREDIA CARRERO, H., *Reforma agraria y desarrollo económico* (U.N.A.M., México, 1961); DIAZ SOTO Y GAMA, A., *La cuestión agraria en México* (U.N.A.M., México, 1959); MAC LEAN Y ESTENOS, R., *La revolución de 1910 y el problema agrario de México* (Editorial Cultura, México, 1959); SILVA HERZOG, J., *El agrarismo mexicano y la reforma agraria: exposición y crítica* (Fondo de Cultura Económica, México, 1959).

17 WOLF, E.R., *Las luchas campesinas del Siglo XX* (Siglo XXI, 3ª ed., México, 1974) p. 13-76.

18 Para una mayor información véase, MENDIETA Y NÚÑEZ, L., *Síntesis del Derecho agrario* (U.N.A.M., 2ª ed., México, 1971) p. 20-26, y del mismo autor *El problema agrario en México* (Porrúa, 12ª ed., México, 1974) p. 193-200.

19 Producto de las condiciones de ubicación geográfica, Guatemala ha tenido siempre una notable influencia de su vecino México, al punto que sus antecedentes agrarios tienen gran similitud. En la zona en que actualmente se encuentran ubicados estos países estuvieron asentados los Aztecas y Mayas que se desarrollaron en las mismas condiciones agrosocioeconómicas, que aún hoy influye la estructura. Desgraciadamente en Guatemala con la independencia lo único que aconteció fue una sucesión de oligarquías, primer paso a una cadena de dictaduras que culmina con Jorge Ubico, quien estando en el poder por más de 20 años hizo grandes concesiones a las compañías extranjeras. En 1945 cae Ubico y toma el poder una Junta Revolucionaria que llama a elecciones en las que sale victorioso Juan José Arévalo. En el siguiente período fue presidente Jacobo Arbenz Guzmán, en que el asunto agrario toma mayor actualidad pues dicta el Decreto 900 del 17 de junio de 1952 con el que se perfila una reforma agraria; poco tiempo después dicta los acuerdos 54 y 57 por los que intervienen 1909 caballerías (unas 25.000 hectáreas) de la United

Fruit Company. Al poco tiempo se inicia en Estados Unidos la Operación Guatemala que hace caer el Gobierno de Arbenz, y su sucesor, Castillo Armas, dicta el Decreto N° 31 del 26 de julio de 1954 por el que se deroga el N° 900 por considerar que atenta contra la propiedad privada, la estructura social guatemalteca, la actividad económica y el desarrollo.

Cfr., entre muchos, DE LEÓN SCHLOTTER, R., *La legislación agraria guatemalteca*, publicada en Riv. Dir. Agr., 1975, p. 167-201, especialmente p. 167, 168; MENJIVAR, R., *Reforma agraria (Guatemala, Bolivia, Cuba)* (Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, 1969) p. 115-206; GALEANO, E.H., *Guatemala. Una rivoluzione in lingua maya* (Laterza, Bari, 1968); AREVALO, J.J., *Fábula del tiburón y las sardinas* (Ed. Palestra, 6ª ed., Buenos Aires, 1961); CARDOZA Y ARAGON, *La revolución guatemalteca* (Ed. Pueblos Unidos, Uruguay, 1956); OSEGUEDA, R., *Operación Guatemala* (Ed. América Nueva, México, 1955).

<sup>20</sup> Sin la marcada importancia que tuvieron los casos de México y Guatemala, pero sí con existencia histórico-jurídica relevante, Bolivia es otro ejemplo de un proceso agrario penoso y pagado a un alto precio.

En 1952 llega al poder un movimiento revolucionario cuyo líder es PAZ ESTENSSORO que fija dentro de su programa de Gobierno la puesta en marcha de la reforma agraria, concretizado en la ley del mismo nombre del 2 de agosto de 1953, cuyos objetivos fundamentales son la abolición del latifundio y sentar las bases para la realización de una democracia económica y política en el área rural. La reforma agraria cayó en manos de organismos internacionales que, manejados por los Estados Unidos de Norteamérica, condujeron las inversiones y pronto tuvieron una reforma y un Gobierno desprestigiado en bancarrota, que no le pudo hacer frente a los objetivos fijados. De ahí en adelante Bolivia constituiría el mejor ejemplo para descorazonar a quien pretendiera aventurarse en la reforma del agro y su desastrosa realidad social.

Entre la bibliografía existente, véase, entre otros, MENJIVAR, R., *Reforma agraria (Guatemala, Bolivia, Cuba)*, supra nota 19, p. 207-329; SUAREZ DE CASTRO, F., *Estructuras agrarias en América Latina* (Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, San José, 1965) p. 119-40; PACTH, P., *Bolivia: la ayuda de los Estados Unidos en un ambiente revolucionario*, publicado en el volumen *Cambios sociales en América Latina. Sus derivaciones para la política de los Estados Unidos* (Ed. Libreros Mexicanos Unidos, México, 1965); MALDONADO, A., *Derecho agrario* (Imprenta Nacional, La Paz, 1956) especialmente la cuarta parte (Legislación boliviana) p. 261-358, y dentro de ellas en lo relativo a la reforma agraria p. 316-58.

<sup>41</sup> La más profunda revolución americana, hasta hoy, es la revolución cubana; sus vicisitudes se encuentran presentes en todas las luchas de su Pueblo desde la colonia misma y su máxima motivación es el golpe de Estado dirigido por Fulgencio Batista el 10 de marzo de 1952, que hace que el 2 de diciembre de 1956 Fidel Castro y un grupo de patriotas desembarcaron en Cuba provenientes de México para dirigirse a la Sierra Maestra donde fundan el Ejército Rebelde, el mismo que el 1º de enero de 1959 toma el poder ante la derrota aplastante que sufre el dictador Batista. Entre el inmenso número de obras que se han escrito sobre el tema téngase presente: MORERA, F., *Antecedentes legales, cambios jurídicos e institucionales, y actual sistema de Derecho en Cuba, primer país socialista de América* (Universidad de Costa Rica, San José, 1975); WOLF, E.R., *Las luchas campesinas del Siglo XX*, supra nota 17, p. 367-79; CASTRO, F., *Socialismo y comunismo: un proceso único* (Diógenes S. A., México, 1974); Id., *La historia me absolverá en el volumen De Martí a Castro* (Grijalbo, 2ª ed., México, 1970); HUBERMAN, L-SWEEZY, P., *Cuba. Anatomía de una revolución* (Palestra, Uruguay, 1961).

En el campo agrario la revolución fue pródiga en acontecimientos. En el campo jurídico los aportes son considerables. La primera ley de reforma agraria se conoce con el nombre de Ley de la Sierra pues fue dictada antes de la toma del poder y corresponde al 10 de octubre de 1958, la segunda (primera

del Poder revolucionario) es del 17 de mayo de 1959, y la tercera (segunda del Poder revolucionario) es del 3 de octubre de 1963. Para una profundización del Derecho agrario cubano, véase, entre otros, FOURNIER, A., *El nuevo Derecho agrario en Cuba*, publicado en la Riv. Dir. Agr., 1977, p. 309-38; MORERA, F., *Antecedentes...*, cit.; GUTELMAN, M., *La política agraria della rivoluzione cubana 1959-1968* (Einaudi, Torino, 1969); MENJIVAR, R., *Reforma agraria...*, cit., p. 333-475; ARANDA, S., *La revolución agraria en Cuba* (Siglo XXI, México, 1968); GUTELMAN, M., *La agricultura socializada en Cuba* (Era, México, 1960).

<sup>22</sup> En la década de los cincuentas, especialmente en los últimos años, se vivía en una intensa guerra fría en la que Estados Unidos se vio ofuscado por la toma del poder por parte del Ejército Rebelde en Cuba, lo que alteró, casi en su totalidad, la política exterior en el continente. Este sentimiento estuvo presente en toda la actividad de la Alianza para el Progreso, y por ello es normal encontrar referencias de técnicos de alto nivel de este proceso expresarse así: "muy atareado ha estado Castro predicando la Revolución, la reforma y el odio a Norteamérica, a las masas pobres e iletradas de Cuba y de los países latinoamericanos, a las que dice que la intervención y la explotación económica de los Estados Unidos constituye las razones por las cuales ellos se encuentran aún en un estado tan atrasado, que los Estados Unidos se muestran indiferentes a las reformas sociales de América Latina y que siempre están dispuestos a aplastar cualquier movimiento popular de liberación que pueda amenazar su poderío económico o político. Por desgracia, este tipo de propaganda se cree en gran medida en amplios sectores de sus sociedades, y para que los Estados Unidos puedan borrar esta imagen errónea y desfavorable tiene que desplegar un gran esfuerzo", en MARITANO, N-OBRIID, A., *Alianza para el progreso. Alcance de sus pretensiones y magnitud de sus problemas* (Diana, México, 1965) p. 15.

Lamentablemente para la doctrina del Derecho agrario latinoamericano, algunos juristas honestos creyeron esta clase de argumentaciones y por ello en las páginas de muchas obras jurídicas se encuentra el planteamiento político ("macartista") carente de contenido jurídico.

<sup>23</sup> Publicado por la Alianza para el Progreso en el folleto titulado *Declaración de los Pueblos de América-Carta de Punta del Este* (Departamento de Estado, Washington, 1961).

<sup>24</sup> El título de la Carta de Punta del Este en realidad es *Carta de Punta del Este, establecimiento de la Alianza para el Progreso dentro del marco de la Operación Panamericana*, *Ibid.*

Aún cuando ésta no es sede para profundizar en el significado de la problemática que se encierra detrás de la Carta, valga decir que los orígenes de la Operación Panamericana se remontan a 1968 —bajo la influencia de Richard Nixon— en que comienza como un documento que debía ser suscrito por los Gobiernos Latinoamericanos para utilizar todos los recursos disponibles para elevar el nivel de vida de las clases trabajadoras, pues "la falta de desarrollo económico de las Repúblicas de América Latina las hacen vulnerables a la infiltración comunista". El Presidente Eisenhower convocó a los cancilleres de los demás gobiernos y se creó el Comité de los 21, firmatario del Pacto de Bogotá, 1961, como antecedente inmediato de la creación de la Alianza para el Progreso, que constituía para los norteamericanos un verdadero Plan Marshall bajo el lema "progreso sí, tiranía no".

<sup>25</sup> Al cumplir la Alianza sus primeros cinco años, eran pocos los países que faltaban por dictar disposiciones referentes a la reforma agraria pues era dogma que "desde la aprobación de la Carta de Punta del Este es muy poco lo cumplido por los países que hasta entonces no tenían en marcha la reforma agraria" (en UNION PANAMERICANA, *La Alianza para el progreso y las*

- perspectivas de desarrollo en América Latina. Examen del primer quinquenio 1961-1965, Secretaría General de la O.E.A., Washington, 1967, p. 195).
- 26 El contenido del Derecho agrario argentino se ha orientado hacia la promulgación de códigos agrarios provinciales con los cuales se regula un buen número de relaciones agrarias; ejemplo de ello son los antiquísimos códigos de las Provincias de Buenos Aires (1865) y Santa Fe (1901), sin enfrentar jamás la legislación de la reforma agraria. Cfr., BREBBIA, F.P., *Temas de Derecho agrario* (ZEUS, Rosario, 1974).
- 27 Para un amplio conocimiento del estado actual del Derecho agrario uruguayo, véase la obra GELSI BIDART, A., *Cuestiones de Derecho Rural* (Librería de la Universidad, Montevideo, 1967-68).
- 28 ZIMMERMANN ZAVALA, A., *El Plan Inca* (Grijalbo, Barcelona, 1975) p. 144-45.
- 29 Se juzga, incluso, que la revolución se ha paralizado y que sus fines y objetivos quedaron frustrados. Respecto de la ley de reforma agraria se ha referido recientemente que se trata de "una ley hecha realidad, por lo menos hasta hace poco tiempo" (en MORERA, F., *Las memorias del Presidente del Tribunal agrario, como textos evaluativos en la aplicación de la reforma agraria peruana*, publicado en *Riv. Dir. Agr.*, 1977, p. 645-47, 647).
- 30 Citado por ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de Justicia en la nueva estructura agraria peruana* (Ital Perú, S. A., Lima, 1977) p. 18.
- 31 Los datos se encuentran publicados en el *Diario La Prensa*, Lima, del lunes 12 de julio de 1976, p. 10, citado por ROBLES RECAVARREN A., *Ibid*, p. 18.
- 32 La ley establece como requisito para ser Vocal: a) ser peruano por nacimiento; b) abogado con más de 15 años de experiencia profesional; c) ser persona de reconocida moral; d) no ser propietario de predios rústicos, ni por sí, ni a nombre del cónyuge o hijos, cuyos parientes no pueden ser propietarios de predios que excedan al triple de la unidad agrícola familiar. (Art. 157). La elección del Vocal se hace por un período de seis años Art. 158) pudiendo ser reelectos. Los Vocales nombrarán, por un período de dos años, al que fungirá como Presidente del Tribunal (Art. 159).
- 33 Originalmente la ley N° 17716 (Art. 156) estableció el número de los Vocales en tres, pero, debido al aumento en el volumen de los juicios, para cumplir con el principio de celeridad se debió aumentar el número: primero se integró al Fiscal como un cuarto vocal en forma definitiva a través del Decreto N° 19608 (consolidándolo en la posición que el mismo Art. 161 lo ponía en las causas en que no le correspondió dictaminar) luego, por ley N° 20554 del 12 de marzo de 1974, el número fue elevado a seis, que es tal y como existe hoy día.
- 34 Pese a que la ley N° 17716 es de junio, el Tribunal agrario sesionó por primera vez hasta el 17 de setiembre, integrado inicialmente por los Vocales Guillermo Figallo Adrianzén, Ulises Quiroga Masís y por Carlos Castañeda La Fontaine, quedando el primero de ellos como Presidente. En, FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario. Año Judicial agrario 1969-1970* (Corte Suprema de Justicia, Lima, 1970) p. 7.
- 35 Art. 153.
- 36 Art. 154.
- 37 Art. 163.
- 38 En el primer año judicial se informaba (FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario*, supra nota 34) que el número de Juzgados creados ascendía a 22, pero poco a poco hubo que ir creando otros más porque las necesidades así lo exigían. En 1977, el número en todo el país asciende a 55

(Cfr. ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana*, supra nota 30, p. 23).

- 39 La amplitud de la competencia puede verse en el mismo cuerpo normativo, sin embargo resulta más evidente al apreciar la evolución que va dándose en América Latina, cuyo climax se alcanza precisamente con esta ley. En efecto, los ordenamientos jurídicos que anteriormente le prestaron atención a la jurisdicción agraria (México, Ecuador y Chile) se limitaron a conocer competencia sobre derechos relacionados con la reforma agraria, o bien sobre expropiaciones, y en el mejor de los casos sobre todas las acciones relacionadas con la reforma agraria.
- Para todo, véase mi trabajo, ZELEDON, R., *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (Desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas)* a publicarse en *Desarrollo rural en las Américas*.
- 40 Art. 153.
- 41 Los requisitos que señala la ley para ser Juez de tierras son los siguientes: a) peruano de nacimiento, b) ciudadano en ejercicio, c) abogado con no menos de tres años de actividad profesional, d) no ser propietario de predios rústicos, ni tener parientes que sean dueños de tierras en las proporciones que indica la ley (Art. 164).
- No obstante que no existe ninguna indicación, el Juez de tierras de Lima debería tener las mismas exigencias que el Vocal (supra nota 32) porque en caso de ausencia de algún miembro del Tribunal agrario a él corresponde actuar en sustitución (Art. 160), y, desde luego, no hay duda que los Jueces ad-hoc deberán cumplir con los requisitos exigidos para ser Juez propietario.
- 42 El Juez agrario en el Perú no es solamente un funcionario judicial a quien corresponde ahora la aplicación de una determinada materia. No. El Juez de tierras es un personaje al cual se le exige que debe comportarse como elemento de cambio social, imbuido en una mística que busca la satisfacción del valor justicia.
- Resulta estimulante la definición que da el nuevo Presidente del Tribunal Agrario. Dice "Es un funcionario que no solo tiene que reunir los requisitos comunes a todos los demás jueces, sino también otros, tales como su decidida vocación de trabajo, espíritu de sacrificio, permanente entusiasmo y sobre todo el afán y la perenne conciencia de sentirse un elemento de transformación de un orden que pretendemos superar; que tenga siempre en mente la certeza de que en los expedientes que tiene entre manos existe el clamor de un hombre, de una familia o de un grupo que espera justicia y que es su deber administrar con prontitud, certeza e independencia; que rompa el marasmo de los tiempos y siga al lugar de los hechos; que busque la prueba y con ella la verdad; que se ponga a la altura del papel que desempeña y que sepa hacerlo con sencillez y dignidad", en CASTAÑEDA LA FONTAINE, C., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario. Año Judicial agrario 1973-1975* (Corte Suprema de Justicia, Lima, 1975) p. 15.
- 43 Para todo, véase, SATTA, S., voz *Domanda giudiziale* (Dir. Proc. Civ) en la *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1964) XIII, p. 816-26.
- 44 Los requisitos que señala el Art. 306 del C.P.C. son: designación del Juez ante quien se interpone la demanda, identificación de actor y demandado, determinación precisa del objeto de la demanda, y, fundamentos de hecho y de derecho que la apoyan.
- 45 Cfr. CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto Processuale Civile* (Jovene, 3°, Napoli, 1923) p. 560-63.
- 46 Dentro de la audiencia el Juez actúa con amplios poderes pues determina casi todas las formalidades que se suceden. Al efecto sostiene CHIOVENDA que: "il complesso delle attività che si svolgono all'udienza è regolato dal giudice, e se il giudice è collegiale dal presidente: egli dà e toglie la parola, chiama

all'ordine coloro che oltrepassano i limiti di una decente e ordinata discussione; elimina le oziose digressioni e le inútiles questioni; vieta le interrupciones, e quando riconosce que la causa è sufficientemente discussa e chiarita fa cessare le dispute; fissa inoltre le questioni su cui, a seguito della esposizione del fatto, deve aggrarsi la pubblica discussione" (Ibid, p. 562).

47 Cuando existen procesos con debate oral, es conveniente que la sentencia sea pronunciada en forma inmediata porque en caso contrario los fines últimos de la oralidad se pueden desviar. Son claras, al respecto, las afirmaciones de CALAMANDREI al afirmar que "il dibattito orale è tipicamente contestuale, e quel carattere di progressione e di coesione psicologica che hanno le argomentazioni degli interlocutori non consente interruzioni e rinvii; e la decisione deve essere pronunciata immediatamente, prima che dallo animo del giudice sia scomparsa l'eco delle parole che egli ha raccolto in udienza", en CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, que es la voz con el mismo nombre publicada en el *Nuovo Digesto italiano* (U.T.E.T., Torino, 1940) IX, p. 178-80, publicado ahora en *Opere Giuridiche*, al cuidado de Mauro Cappelletti (Morano, Napoli, 1965) I, p. 450-55, 453.

48 Art. 166.

49 Para un amplio análisis de los procedimientos especiales del Fuero, véase la obra ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana*, supra nota 30, p. 53-73.

50 Efectivamente, son los principios procesales los que distinguen unos procesos de otros (en este sentido CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto Processuale Civile*, supra nota 45, p. 569, que sostiene que "i diversi processi di uno stesso tempo e di uno stesso luogo, si distinguono fra loro per la diversità dei principi che li informano"). Estos se encuentran en la doctrina generalmente enunciados en parejas antitéticas: escritura y oralidad, mediatez e immediatez, concentración y fraccionamiento, publicidad y secreto, preclusión y elasticidad. Los principios así contrapuestos en parejas como típicos se encuentran combinados en el ordenamiento jurídico conforme a cierta afinidad: la oralidad generalmente se encuentra acompañada de la immediatez, con la concentración, con la publicidad y con la elasticidad del procedimiento; por el otro lado en un procedimiento basado en el sistema de la escritura se encuentran juntos generalmente los caracteres de mediatez y preclusión. Cfr., CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, publicado recientemente en *Opere Giuridiche*, al cuidado de Mauro Cappelletti, (Morano, Napoli, 1970) IV, p. 172, 173, 176.

En extrema síntesis, en tema de los principios procesales encontramos el binomio escritura-oralidad del que dependiendo la mayor o menor incidencia en uno de los elementos se logra determinar la modernidad, y grado de evolución, del sistema de que se trate. Para un mejor conocimiento del tema, véase el artículo: CAPPELLETTI, M., *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1948, p. 1-48, y ahora en *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna, 1969) p. 169-251.

51 Desde hace más de un siglo, en todos aquellos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica (o del Civil-Law, como también se le llama), cuando se planea verificar una reforma sustancial en el proceso se recurre al estudio de los planteamientos de la corriente doctrinaria conocida con el nombre símbolo de oralidad para adaptar el ordenamiento jurídico a los principios ya, desde hace mucho tiempo, brillantemente elaborados.

La oralidad en el proceso es la aspiración más alta del jurista, sobre todo de aquél que coadyuva con el legislador en el aspecto técnico de la emanación de un instrumento legislativo moderno, pues ve en esta corriente la más clara manifestación del desarrollo científico del proceso civil.

La elaboración doctrinal del movimiento de la oralidad (iniciada en Austria con FRANZ KLEIN, seguido en Alemania y desarrollado para la cultura

latina por los juristas italianos GIUSEPPE CHIOVENDA, PIERO CALAMANDREI y actualmente MAURO CAPPELLETTI) busca la consolidación legislativa de un movimiento de grandes magnitudes que representa todo un hito histórico. Desgraciadamente esta tesis es un fenómeno típicamente europeo-continental que aún no ha llegado a concebirse en América Latina.

En el tema expuesto por la corriente se han interesado los juristas contemporáneos de todos los continentes al punto que en solo veinte años el Congreso internacional de Derecho comparado —que se reúne cada cuatro años— ha tenido como tema central el procedimiento oral y escrito. En 1950, al celebrarse el III Congreso internacional de Derecho comparado, en Londres, el tema fue *L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile*, y en el reciente VIII Congreso que se verificó en Italia en 1970 el tema fue *Procédure écrite et procédure orale*, donde se ha aprovechado para plantear en un foro internacional de gran prestigio las experiencias que se han ido desarrollando en los diversos países como medio doctrinario de ir elaborando una cada vez mejor entendida teoría de la oralidad procesal.

Entre tanta literatura jurídica al respecto, véase el magnífico ensayo: CAPPELLETTI, M., *Procédure écrite et procédure orale*, que es la relación presentada al VIII Congreso Internacional de Derecho comparado organizado por la International Academy of Comparative Law (Pescara, 29 agosto-5 setiembre de 1970) que aparece ahora en la versión italiana con el nombre *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, publicado en el libro *Giustizia e Società* (Edizioni di Comunità, 2º, Milano, 1977) p. 145-219.

52 CHIOVENDA, G., *La oralità e la prova*, publicada en *Rivista di Diritto processuale civile*, 1924, luego en *Saggi di diritto processuale civile* (Soc. Foro italiano, Roma 1931) II, p. 198.

53 CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto Processuale Civile*, supra nota 45, p. 567.

54 CHIOVENDA, G., *Ibid.*

55 CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, en supra nota 47, p. 451-53.

56 El criterio doctrinario se mantiene desde las primeras manifestaciones del movimiento. Véase, para tal efecto, CHIOVENDA, G., *La oralità e la prova*, en supra nota 52, p. 208.

57 En sentido inverso, véase a ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de la justicia en la nueva estructura agraria peruana*, en supra nota 30, quien dentro del capítulo denominado "Principios que informan el sistema" (p. 36-42), los analiza como si éstos fueran autónomos entre sí, al punto que los siete principios que elenca —por su orden— son: inquisitivo, defensa gratuita, impulso procesal de oficio, concentración, oralidad e intermediación. Para un mayor rigor científico es mejor resumirlos como aquí se exponen, pues, concentración e intermediación son consecuencia de la oralidad, y el impulso procesal de oficio no es más que una manifestación del principio inquisitivo.

58 Afirma CHIOVENDA que "esclusivamente orale non può essere che un processo primitivo: quando sono semplici le liti e i mezzi di prova, escluse le impugnative, difficili i mezzi di riproduzione della parola. Nelle liti di una civiltà più avanzata la scrittura ha sempre parte, almeno come forma di documentazione della domanda giudiziale e della sentenza", en CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, en supra nota 45, p. 566.

59 CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, supra nota 47, p. 452. Parte del supuesto de que "ogni processo moderno è misto di atti orali e di atti scritti: ma un processo misto si dirà orale o scritto secondo il posto che esso fa all'oralità e alla scrittura, e soprattutto secondo il modo con chi attua l'oralità" para concluir finalmente con que "per distinguere se un processo è scritto od orale è il momento delle deduzioni".

60 Art. 165.

- 61 CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto Processuale Civile*, supra nota 45, p. 590-91.
- 62 CHIOVENDA, G., *Ibid.*, p. 591.
- 63 FIGALLO, G., *El fuero privativo agrario peruano*, publicado en el volumen *Ciclo de Conferencias sobre Derecho agrario* (Corte Suprema de Justicia, San José, 1973) p. 47-53, 52.
- 64 Art. 165.
- 65 *Ibid.*
- 66 En un clásico artículo de CALAMANDREI: *Il processo come giuoco* (publicado en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, II, p. 485-511, y en *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, I, p. 23-51; luego en *Studi sul Processo Civile*, Cedam, Padova, 1957, VI, p. 43-71, y ahora en *Opere Giuridiche*, supra nota 47, I, p. 537-62), se hace ver cómo dentro del proceso tiene gran influencia "l'abilità del giuoco", razón por la cual cuando no coincide en el litigante más justo también la mayor habilidad técnica, pasará el proceso de instrumento para el logro de justicia a instrumento de habilidad hecho para la victoria del más astuto (p. 539). Quien tiene a su disposición un inimaginable número de armas para utilizar contra el adversario, es normal que degeneren en abusos; de éstos el clásico consiste en buscar hacer el proceso interminable (p. 548): se intenta, las más de las veces, descorazonar a la contraparte en el logro de su objetivo, o bien ganar tiempo para "fabricar pruebas", o quizás conducir al litigante justo a un "arreglo".  
Precisamente "l'abuso del processo" se evita cerrando la posibilidad de dilaciones, quitándole a las partes la conducción monopolista del proceso.
- 67 Art. 165.
- 68 El principio de la libre valoración de la prueba es producto de una etapa de desarrollo superior en el sistema procesal; superior en cuanto significa una emancipación del sistema imperante en el *ius commune*, como primera etapa histórica, caracterizado por el monopolio del elemento escrito, por el uso de funcionarios que (en vez del Juez) recibían la prueba para consignarla por escrito, el uso del sistema de la prueba legal, fraccionamiento del procedimiento, y (como consecuencia de las anteriores) una larga duración del proceso. Cfr., CAPPELLETTI, M., *Aspetti sociali e politici della procedura civile* (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale), publicado en *Giustizia e Società*, supra nota 51, p. 50-53.
- 69 Cfr., DENTI, V., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, publicado en *Studi in onore di Antonio Segni* (Giuffrè, Milano, 1967), y en *Rivista di Diritto processuale*, 1965, p. 3 ss, ahora en *Processo civile e giustizia sociale* (Edizioni di Comunità, Milano, 1971) p. 77-120.
- 70 Véase, entre otros, DENTI, V., *Un nuovo caso di processo inquisitorio?* publicado en *Rivista di Diritto processuale*, 1963, p. 422-24, y ANSELMINI BLAAS, V., *Il processo agrario speciale* (Giuffrè, Milano, 1967) que refiriéndose al caso de Italia dice: "il nuovo processo è un tipo di processo inquisitorio, in cui rimane ben poca traccia dei principi liberali che informano la nostra procedura" (p. 125).
- 71 CALAMANDREI, P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, publicado en *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda* (Cedam, Padova, 1927) p. 131-71, luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, Padova, 1930) II, p. 321-58, y ahora en *Opere Giuridiche*, supra nota 47, I, p. 145-76; y del mismo autor *Il processo inquisitorio è il diritto civile*, publicado en *Giurisprudenza italiana*, 1939, p. 237-46, luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, Padova, 1947) V, p. 53-65, ahora en *Opere Giuridiche*, supra nota 47, p. 415-26.
- 72 Para una mayor profundidad, véase el artículo LIEBMAN, E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, publicado en *Rivista di Diritto processuale*, 1960, p.

- 551-65, y en el reciente, RICCI, E.F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, publicado en la misma revista, 1964, p. 380-89.
- 73 CALAMANDREI, P., *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, supra nota 50, p. 192.
- 74 CALAMANDREI, P., *Ibid.*
- 75 CALAMANDREI, P., *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, en supra nota 71, p. 417.
- 76 La publicación de la agricultura encuentra sustento en dos factores fundamentalmente: la evolución que se ha dado en el esquema jurídico constitucional (que pasa de un sistema liberal en el que solo encuentran protección los derechos individuales, a un sistema social, en que también son protegidos los derechos sociales o económicos de libertad) y en la ruptura de la unidad del Derecho privado, que proviene de la ruptura del sistema económico, en que la tierra deja de tener unidad en la voluntad del particular para adquirir el carácter de bien de producción. Véase, en este sentido, ZELEDON, R., *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina* (Desarrollo conceptual y perspectivas historico-jurídicas), supra nota 39.
- 77 Los efectos que en el ámbito sustantivo y procesal produce la mutación de intereses que otrora fueron privados a colectivos influye en la totalidad del sistema, y en consecuencia el ordenamiento jurídico se ve inspirado en una diversa filosofía. "La conexión del interés individual con los intereses colectivos y públicos —sostiene GERMANO—, a causa de la cual relaciones agrarias han estado sujetas a numerosas intervenciones limitadoras de la autonomía negocial, no puede originar solo normas sustantivas inspiradas en fines generales y sociales: se impone necesariamente que el proceso mismo acuse esta nueva inspiración" (en GERMANO, A., *El Derecho agrario y el proceso*, en *UNIVERSIDADES DE SALAMANCA Y VALLADOLID, Jornadas Italo-Español de Derecho agrario*, Valladolid, 1976, p. 499-508, 502, como contribución al acontecimiento del mismo nombre celebrado en Salamanca y Valladolid en noviembre de 1972).
- 78 Porque "il processo segue il diritto come l'ombra segue il corpo" (CALAMANDREI, P., *Diritto agrario e processo civile*, supra nota 1, p. 279), se hace necesario que "quel diritto e quella tecnica debbono invero adeguarsi, adattarsi, conformarsi il più strettamente possibile, alla natura particolare del loro oggetto e del loro fine, ossia alla natura particolare del diritto sostanziale e alla finalità di tutelare gli istituti di questo diritto" (CAPPELLETTI, M., en *Ideologie nel diritto processuale*, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1962, p. 193-219, ahora en el volumen *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, p. 3-34, 5) pues "tanto più un sistema processuale sarà perfetto ed efficace, quanto più esso sarà capace di adattarsi senza incoerenze, senza discrepanze, a quella natura e a quella finalità" (*Ibid.*).
- 79 Art. 154.
- 80 FIGALLO, G., *El fuero privativo agrario peruano*, supra nota 63, p. 51.
- 81 Es reiterada la tesis de que "el procedimiento agrario peruano contempla la posibilidad de la discusión y esclarecimiento de todos los aspectos del objeto del litigio aunque no hayan sido alegados en la demanda o reconvencción", en FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal Agrario*, supra nota 34, Año Judicial 1972-1973, p. 15.
- 82 En sentido contrario, véase, BAUR, F., *Potere giudiziario e formalismo processuale*, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1965, p. 1683-1704.
- 83 La referencia es del expediente 313-75 del Juzgado de Tierras de Huancayo, cuya resolución final reporta ROBLES RECAVARREN, A., *La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana*, en supra nota 30, p. 123-24.

- <sup>84</sup> La máxima de la sentencia es "El Juez no actúa como abogado de las partes cuando éstas han contado con el patrocinio profesional correspondiente, y de consiguiente no puede resolver un punto no demandado", en la resolución del expediente 3372-74, del Juzgado de Tierras de Caraz, *Ibid.*, p. 122-23.
- <sup>85</sup> FIGALLO, G., *El fuero privativo agrario peruano*, supra nota 63, p. 51.
- <sup>86</sup> Art. 165.
- <sup>87</sup> Afirma ANSELMÍ BLAAS que "nel processo agrario il ministero del difensore è sempre necessario" (en ANSELMÍ BLAAS, V., *Il processo agrario speciale*, en supra nota 70, p. 26).  
La insuficiencia de igualdad puramente formal de las partes se manifiesta sobre todo en el costo, que implica la accesibilidad al proceso. Afirmar, pues, que todos tienen derecho a recurrir a la administración de justicia es una fórmula vacía, porque quienes no pueden valerse por pobreza o ignorancia ese derecho es como si no existiera. La defensa técnica gratuita para los no habientes es una forma de dar efectividad al principio de que "todos" puedan hacer valer sus derechos. (Para un análisis histórico y comparativo, véase: CAPPELLETTI, M., *Povertà e giustizia*, publicado en *Foro italiano*, 1969, p. 42-59, y ahora en *Giustizia e Società*, supra nota 51, p. 237-66.
- <sup>88</sup> Art. 154.
- <sup>89</sup> El defensor de oficio tiene como obligación, también, defender la herencia en que una de las partes muera, hasta tanto los herederos nombren otro, actuando como representantes de los menores cuyos padres no se hubieren apersonado.  
La ley establece que "las sentencias dictadas en los casos en que intervingan los abogados de oficio serán elevados en consulta al Tribunal agrario" (Art. 165).
- <sup>90</sup> *Ibid.*
- <sup>91</sup> Tomando como criterio el hecho que Perú consolida una etapa importante de la reforma agraria latinoamericana y que en el plano jurídico e institucional el Fuero agrario es el mejor ejemplo en la jurisdicción agraria de América Latina es que he dividido el desarrollo histórico de ésta en las dos etapas mencionadas. Véase, al respecto el ensayo, ZELEDON, R., *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina (Desarrollo conceptual y perspectivas historico-jurídicas)*, en supra nota 39.
- <sup>92</sup> La normativa procesal agraria de México se encuentra actualmente —después de una gran cantidad de modificaciones que arrancan con la ley del 6 de enero de 1915— en la Ley federal de reforma agraria, del 16 de abril de 1971, publicada en el Diario Oficial n. 41 del 16 de abril, en el libro V, llamado "Procedimientos agrarios".
- <sup>93</sup> La creación de los Tribunales agrarios en Chile se realizó a través de la ley n. 2 del 3 de octubre de 1967.
- <sup>94</sup> En Ecuador, los tribunales agrarios fueron institucionalizados a través de la Ley de reforma agraria del 11 de julio de 1964, y por la Ley de procedimiento agrario n. 918 del 21 de junio de 1971. Con la última Ley de reforma agraria, es decir con la n. 1172 del 9 de octubre de 1972, los órganos jurisdiccionales agrarios dejaron de existir al derogarse las dos leyes anteriormente mencionadas y al establecer las pautas a seguir con los procesos que fueron promovidos ante ellos.
- <sup>95</sup> Hago referencia a "tesis latinoamericana de la jurisdicción agraria" porque la acción de los órganos internacionales con el impulso que dan para la creación de órganos judiciales agrarios no han hecho un verdadero movimiento (como sí lo fue el de la reforma agraria en la década de los 60), con compromiso de los gobiernos americanos para adoptar esta clase de mecanismos. Es "tesis" porque ha sido recomendación permanente (ver *infra* nota 96), sin

embargo, aún como tal, el impulso que se da no es decidido; quizás porque se sabe que la jurisdicción agraria no es paleativo, sobre todo una vez fracasadas las reformas agrarias que siguieron las pautas de la Alianza para el progreso.

- <sup>96</sup> Entre las innumerables resoluciones adoptadas por los organismos internacionales, reuniones de expertos, conferencias de ejecutivos, etc., se pueden citar las siguientes: "Otro importante factor que limita el alcance de la reforma agraria es la falta de tribunales independientes que puedan poner rápidamente en vigor las leyes de reforma agraria y controlar la observación de las leyes laborales, que afectan a los obreros rurales" en C.E.P.A.L., *Evolución y situación actual de la agricultura latinoamericana* (Caracas, 1967). La resolución 12-70 de la Undécima conferencia regional de la F.A.O. para América Latina que recomendó a "los países de la región que adecuaran sus ordenamientos jurídicos para que establecieran medios procesales y jurisdiccionales que reunieran en un solo sistema, todos los procedimientos relativos al Derecho agrario". La resolución 20-72 de la Duodécima conferencia regional de la F.A.O. para América Latina que acordó "se constituya un Proyecto regional sobre Derecho agrario para brindar asistencia técnica a los organismos e instituciones gubernamentales y universitarias, en materia de perfeccionamiento, capacitación e investigación jurídica agraria y en la creación e instauración de medios procesales y de justicia agraria". El informe de la IV reunión interamericana de Ejecutivos de reforma agraria (Panamá, Mayo 1972) acordó: "1º Recomendar a los gobiernos de los países de América Latina, el establecimiento de una jurisdicción agraria que aplique las normas y los procedimientos agrarios con un criterio de protección al campesino. 2º Recomendar al I.I.C.A. que efectúe seminarios y cursos para los actuales funcionarios judiciales que tienen a su cargo la aplicación de las normas agrarias, a fin de proporcionarles un marco económico, social y político que les permita superar la concepción puramente civilista en la interpretación de las normas y los procedimientos agrarios". El Informe de la V reunión interamericana de ejecutivos de reforma agraria (Asunción, 30 de setiembre-5 de octubre de 1974) que acordó "recomendar a aquellos países en que aún no existe la jurisdicción agraria, que contemplen en el más corto plazo la creación del Fuero agrario con todos los mecanismos que agilicen el proceso de reforma agraria y en consecuencia la justicia para los campesinos".
- <sup>97</sup> Supra nota 3.
- <sup>98</sup> Véase al respecto el ensayo ZELEDON, R., *La jurisdicción agraria en Venezuela*, publicada en *Riv. Dir. Agr.*, I, p. 612-35, en que se analiza la nueva concepción institucional.
- <sup>99</sup> El texto de la ley se encuentra publicado como anexo a mi ensayo, *Ibid.*, p. 628-35.
- <sup>100</sup> Para un conocimiento del ordenamiento jurídico agrario costarricense y de la normativa cuya aprobación se discute, véase el ensayo ZELEDON, R., *Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica*, publicado en *Riv. Dir. Agr.*, 1977, I, p. 790-808.
- <sup>101</sup> El texto del proyecto de ley aparece publicado en el folleto MINISTERIO DE DESARROLLO AGROPECUARIO, *Informe de Actividades 1976*. (mimeografiado, Veraguas, 1977) p. 23-45.
- <sup>102</sup> En línea de máximas podría decirse que las características y principios son los mismos. Al hacer un estudio pormenorizado hay que darse cuenta que aún hay algunos aspectos que no quedaron correctamente perfilados. Se le puede objetar que la concentración no está bien determinada porque se mantiene, incluso, el recurso de casación como una cuasi-tercera instancia, no se han eliminado todas las incidencias que pudieran causar tantos problemas en el procedimiento, el Juez no tiene los suficientes poderes para actuar en bús-

queda de la verdad (lo que puede constituir un defecto capital en la concepción total del sistema), la declaratoria de la jurisdicción territorial aún obedece al viejo criterio de hacerla depender de la división política del país y no de acuerdo a la problemática agraria, y así algunos otros aspectos más. El proyecto, en todo caso, será posiblemente objeto de modificaciones y se tomará en cuenta éstos y muchos otros factores para crear un proceso digno del desarrollo institucional del país. Véase, al respecto, mis observaciones en *Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica*, en supra nota 100.

103 Con las adaptaciones de nomenclatura propias de Panamá, puede afirmarse que el proyecto de ley de jurisdicción agraria panameño es casi copia del concebido en la ley N° 17716. El proyecto es realmente pequeño —con una magnífica concepción de técnica legislativa—, de 35 artículos, divididos en tres títulos: a) de la organización de la justicia agraria; b) de la competencia; c) del procedimiento, donde se incorporan la gran mayoría de los aportes del Fuero privativo agrario.

104 En este sentido es la tesis de CAPPELLETTI, M., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, supra nota 51, p. 213.

105 FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal Agrario*, supra nota 34, Año Judicial agrario 1970-1971, p. 21.

106 Véase, al respecto, SCHIMA, H., *Considerazioni sul processo civile austriaco*, publicado en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1963, p. 720-30.

107 KLEIN, F., *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*, 1901, con segunda edición al cuidado de E. WOLF, Klostermann, Francoforte, 1958, p. 25, 26, 29, citado por CAPPELLETTI, M., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, supra nota 51, p. 214.

108 Art. 1.

109 CASTAÑEDA LA FONTAINE, C., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario*, supra nota 42.

FIGALLO califica al Juez agrario como "hombre de excepción" al afirmar desentrañar la verdad y establecer la justicia de las pretensiones accionadas, que "el Juez de tierras no solo debe reunir capacidad jurídica, habilidad para desentrañar la verdad y establecer la justicia de las pretensiones accionadas, sino también constituir y de hecho constituye, un hombre de excepción, un ser con vocación de sacrificio, por las condiciones especiales en que debe actuar, aparte de estar consciente que en el Perú vivimos un cambio estructural profundo y acelerado, por cuanto debemos realizar en pocos años la tarea de eliminar injusticias acumuladas a lo largo de más de cuatro siglos", en FIGALLO, G., *Memorias del Presidente del Tribunal agrario*, en supra nota 34, Año judicial agrario 1972-1973, p. 16.

110 En este sentido afirma CAPPELLETTI: "la funzione del giudice, seppure è sempre e inevitabilmente creativa, lo è però in maniera eccezionalmente accentuata in queste materie in rapida trasformazione, di fronte a queste leggi appena abbozzate ed alla 'varietà infinita' dei tipi di rapporti agrari, nuovi ed antichi, locali e generali, ch'esse vorrebbero o dovrebbero disciplinare", en CAPPELLETTI, M., *Il problema procesuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzioni moderno*, publicado en *Atti della Seconda Assemblea del I.D.A.I.C.* (Giuffrè, Milano, 1964) II, p. 475-514, 488.

111 GERMANO, A., *Il processo agrario*, supra nota 1, p. 189.

112 Respecto a la diferencia entre formelle Prozessleitung y materielle Prozessleitung, véase, CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (Giuffrè, Milano, 1962) I, p. 71-72.

## EL MINISTERIO PUBLICO (O FISCAL) EN EL PROCESO PENAL \*

Dr. Mario Alberto Houed Vega

\* El presente trabajo forma parte de la Tesis doctoral de su autor, presentada recientemente en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. La dirección y orientación de dicha Tesis estuvo a cargo del renombrado tratadista Dr. Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz.

I. Orígenes Históricos del Ministerio Público o Fiscal en Europa. (En especial España y Francia). a) Fase primitiva de la defensa del fisco. Comentario sobre el Procurador del Rey de la Monarquía francesa del Siglo XIII. b. Fase del Ejercicio de la acción pública. Incremento de las atribuciones políticas y administrativas. c) Fase de la Codificación del Derecho orgánico. II. Análisis sobre la naturaleza, concepto y otros aspectos del Ministerio Público. A. Determinación de nociones fundamentales. a. Ministerio Público o Ministerio Fiscal. b. Concepto del instituto. c. Razón o fundamento de su existencia. B. Situación Institucional.

I. *ORIGENES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO O FISCAL EN EUROPA.*  
(En especial España y Francia)

Aunque algunos autores, entre los que se encuentra el argentino Avellaneda Huergo<sup>1</sup>, rechazan la idea de buscar los orígenes del instituto, en Grecia o Roma, considerando entre otras cosas que sus funciones no tenían razón de ser mientras fuese ejercida en aquéllas la acusación popular, y a pesar de que el Ministerio Público o Fiscal, organizado como lo conocemos hoy día, es ciertamente de moderna creación, no podemos compartir la opinión de los autores mencionados, porque, no obstante las diferencias de tiempo y espacio, podemos afirmar que en dichas civilizaciones existieron funcionarios que desarrollaron actividades similares a las que actualmente desempeñan los miembros del M.P. Esos antecedentes los observamos, sobre todo, en el Derecho Romano, fuente inagotable de la Ciencia Jurídica, al que recurren con no poca frecuencia —por no decir siempre— los historiadores del Derecho en general.

La dificultad está en señalar con absoluta precisión cuál o cuáles son los funcionarios romanos a partir de los que podemos señalar, sin ocasión de error, los orígenes o antecedentes de nuestra institución, ya que ni los propios tratadistas presentan al respecto una unión unánime.

El autor español Covián y Junco (Fiscal del Tribunal Supremo de su época), a quien se debe uno de los mayores esfuerzos en el estudio histórico del instituto, señala en su Memoria presentada con motivo de la apertura de los Tribunales el día 15 de setiembre de 1921, tres distintos periodos en la historia del Ministerio Fiscal, que procuraremos seguir a través de esta reseña.

Esos periodos son<sup>2</sup>:

- a) Una primera fase primitiva o empírica referida a la defensa del fisco o el erario público, que se va a extender hasta el siglo XIV.

<sup>1</sup> AVELLANEDA HUERGO, A. El Ministerio Fiscal; Antecedentes. Organización. Reforma. Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1924, p. 5.

<sup>2</sup> COVIAN Y JUNCO, VICTOR. Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de setiembre de 1921. Ed. Reus (S. A.), Madrid 1921, págs. IX y X.

- b) En la segunda etapa, el M.P. (M.F.) va a adquirir el ejercicio más o menos limitado de la acción pública y a la vez se le reconocen atribuciones políticas.
- c) La última fase se refiere al régimen constitucional que, en la opinión de Covián, circunscribe su esfera de acción y dura en España hasta 1870.

Seguimos las líneas del citado Covián y Junco, seguidamente analizamos cada una de esas fases.

a) *Fase primitiva de la defensa del Fisco*

Ya Siracusa<sup>3</sup> apuntaba como antecedente remoto de nuestra institución en estudio, los "Tesmoteji" griegos que eran los encargados de denunciar a los empleados públicos ante el Senado o asamblea del pueblo y que eran nombrados por ésta para sostener la acusación. Pero no es sino en Roma donde podemos observar con mayor claridad los distintos funcionarios encargados de vigilar y defender la administración de los bienes del Emperador: el "praefectus urbis", los "praesides", los "procónsules", los defensores "civitatis", los "advocati fisci" y los "procuratores caesaris".

Según Covián, el primitivo origen anteriormente aludido lo hemos de buscar en los "Procuratores Caesaris" nombre éste —Procurador— que aún se conserva en algunos países latinos, incluyendo a Costa Rica, para designar al representante de los intereses del Estado.

Dichos "Procuratores" fueron designados para tratar de corregir vicios y defectos en la administración de la cosa pública<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Citado por JIMENEZ ASENJO, Enrique. Organización Judicial Española, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1952, pág. 370.

<sup>4</sup> Al respecto Covián apunta: "Ya en tiempo de Augusto se conoce que la administración de la cosa pública tenía los mismos vicios que en el curso de la Historia se advierten y para la enmienda designa sus Procuradores con destino a las distintas provincias de aquel gran imperio, y cuyas atribuciones circunscribió a la defensa de sus dominios y a la percepción de impuestos, pero las cuestiones que surgieran sobre estos particulares eran sometidas los Tribunales ante los que venía el "Procurator" a ser una parte; Tiberio, sucesor de Augusto, mantuvo tal estado de cosas cual lo revela el hecho referido por Tácito de que ese príncipe sometió al Senado el proceso contra Capítón, Procurador en Asia, acusado por la Provincia ya que sin haberle dado más atribuciones que sobre los bienes y esclavos del Emperador, usurpara la autoridad del mando, disponiendo de los soldados.

Cierto que la avaricia imperial desnaturalizó hasta cierto punto la institución, pues el Emperador Claudio les recomienda el fallo de los asuntos fiscales en concurrencia con los procónsules y propretors, y Constantino a los primeros atribuye el conocimiento exclusivo."

Un poco más adelante el mismo Covián afirma: "Si bien en los tiempos antiguos el Estado representaba al pueblo en su integridad en unidad ordenada, era una personalidad jurídica, en las Monarquías de procedencia germánica se operó un cambio profundo y el carácter de Soberano y propietario se con-

Posteriormente el Fisco cesaría de ser una persona moral, una abstracción capaz de derechos, para encarnarse en la persona del Monarca, idea ésta que predominaría en todas las Monarquías absolutas de Europa, reservándose aún para los tiempos modernos, al ser despojada la realeza de dicho privilegio —por llamarlo de alguna manera—, otorgándose personalidad jurídica al Estado y al Fisco<sup>5</sup>.

Es de observar que Covián y Junco es partidario de creer entre otros autores, que la primitiva concepción de dicho instituto está estrechamente relacionada con la función económica de recaudación de los impuestos y tributos para el Erario Público. Esto mismo nos lo revela, según dicho autor, el propio origen latino de la palabra "Fiscal" que se deriva de "fiscus" y venía a significar el cesto o esportilla donde dichos impuestos y tributos se recogían. Esta misión, era, pues, la que cumplían los "Procuratores caesaris" y los "Advocati fisci".

Los romanos habían perfeccionado distintas clases de procedimientos según la materia que se tratase, e inclusive idearon formas elaboradas de procedimiento penal<sup>6</sup> con participación de representantes públicos. Los "Advocati Fisci" desempeñaron, sin duda alguna, funciones tales que les han hecho ser considerados como antecedentes próximos del Fiscal en España<sup>7</sup>. Dichos personajes, cuya principal actividad

funden en una misma persona. El "imperium" y el "dominium" no fueron distintos, pues el Rey lo es todo y su patrimonio privado forma una sola entidad con el del Estado, y de los dos disponía el Monarca como de cosa propia". Ob. cit. ps. XI y XII.

<sup>5</sup> "En los países monárquicos o imperiales, el Ministerio Público siguió siendo un representante del Rey o del Emperador, pero defendiendo ya un interés público de justicia; y cuando se implantó la República, triunfando el principio de soberanía nacional, se transformó en un representante de la sociedad y agente del Poder Ejecutivo. Como bajo la antigua Monarquía —escriben Mangin-Sorel— la acción pública pertenece al Jefe del Estado; ella se ejerce en su nombre, por funcionarios que él elige y que puede revocar a voluntad". VELEZ MARICONDE, Alfredo. Ob. cit. Pág. 242.

<sup>6</sup> En el Derecho Romano el procedimiento penal público revistió dos formas: la antigua y primitivamente única de la intervención de oficio, sin excitación de nadie, o sea la llamada "Cognitio"; y la más moderna de la inculpación, denominada "Accusatio". La instrucción de todo procedimiento penal público se verificaba siempre en nombre del Estado y con intervención de éste; pero mientras que si se realizaba por cognición el proceso lo instruía un magistrado-representante de la comunidad, cuando se hacía uso de la acusación ésta quedaba en manos de particulares, que podían desempeñar libremente tal función pública, careciendo de facultades para desempeñarla sino en el caso concreto de que se tratase. Existieron asimismo otras dos formas fundamentales de procedimiento: el juicio arbitral y la inquisición, sin embargo el procedimiento arbitral desapareció bastante pronto, debido al poco uso que del mismo se hacía, quedando solo para determinados delitos (injurias, calumnias, etc.). Para mayor información al respecto, ver: MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. (Traducción del alemán por P. Dorado. Ed. La España Moderna. Madrid, S.F.P. Tomo I, págs. 335 y siguientes).

<sup>7</sup> RUIZ GUTIERREZ, Urbano. "Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España". Revista de Derecho Procesal. Año VIII, Enero-Febrero-Marzo. Número I, Madrid, 1952, Pág. 408 y siguientes.

consistía en velar por los intereses del Fisco ejercitando en juicio todas las acciones pertinentes para la protección de los mismos tenían probablemente mayor actividad en el campo civil, pero, a medida que fue transcurriendo el tiempo su actuación en juicios criminales aumentó considerablemente, debido, según el criterio de Ruiz Gutiérrez<sup>8</sup>, al cambio de mentalidad que se operó en Roma respecto de determinados delitos, que en un principio se consideraban como ofensa únicamente al lesionado o a sus parientes, y posteriormente se consideró que ofendían a toda la sociedad, la cual estaba interesada en su castigo. De esto resultó que además de la pena que se imponía a favor del directamente ofendido por el delito, se impusieron otras en favor de la sociedad, o en definitiva, de su cabeza, el Emperador. Los importes de las penas de tipo pecuniario, eran ingresadas en el Tesoro Público o Fisco. De todo esto, podemos deducir el interés del "advocatus Fisci", en todas aquellas acusaciones en que pudiera recaer una "pena fiscal". Con esto se lograban varios fines —también de acuerdo con lo expuesto por Ruiz Gutiérrez—: 1) De una parte, se conservaba el sistema acusatorio aunque no existiera acusación por parte del ofendido, ya que hacía sus veces el "advocatus fisci"; 2) Aunque el particular retirara la acusación, el "advocatus fisci" la proseguía, consiguiéndose con ello que pese a cualquier intento de "arreglo" o composición entre las partes, los delitos en que estaba afectado el interés público no quedasen impunes; y 3) con este procedimiento se lograban obtener cuantiosas sumas para el Tesoro Público.

Ruiz Gutiérrez, recapacitando sobre lo expuesto, se pregunta si teniendo en cuenta que el "advocatus fisci" ejercitaba además de la civil, la acción penal, significa ello que fuese un "Fiscal" en el sentido de la legislación española<sup>9</sup>, llegando a una conclusión negativa, porque el "Fiscal" es un funcionario que primordialmente realiza la actividad de acusar, mientras que el "advocatus fisci" tenía por finalidad primordial proteger los intereses fiscales. "El Fiscal (pese a su nombre) no actúa en cosa de Hacienda más que en contadas y accesorias ocasiones; el "Advocatus fisci" tiene que actuar forzosamente donde existen intereses fiscales. Ello no obstante, son innegables las semejanzas. Tanto el Fiscal como el "advocatus fisci" son funcionarios públicos; ambos ejercitan la acusación en los juicios criminales. Por ello puede considerarse el "Advocatus fisci" como el antecesor próximo del Fiscal"<sup>10</sup>.

Otros autores han intentado buscar antecedentes más afines con la función actual del M.P. (M.F.), señalando a los "defensores civitatis" y a los "quaestores" romanos, que, entre otras, ejercían actividades acusatorias y de persecución de criminales, como precursores antiguos

de dicha institución<sup>11</sup>, pero estimamos, sin ánimo de menospreciar estas opiniones, que de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, resulta más correcto señalar esos antecedentes en los "procuratores caesaris" y en los "advocatus fisci".

En esta primera fase, y en lo que concierne a España, parece existir consenso entre los autores (Covián, Jiménez Asenjo y Rodríguez del Barco, entre otros) respecto de que los más remotos precedentes del M.P. (M.F.) se encuentran en el Fuero Juzgo (XII, 1, 2), que establece cierta magistratura de cometido semejante a las instituciones anteriormente consideradas, el "Comites Patrimonii aut actoris fisei nostri", lo que parece establecer nexos con los "actores fisci" romanos, e igualmente los menciona el Concilio III de Toledo<sup>12</sup>, aunque Ruiz Gutiérrez afirma<sup>13</sup> que las primeras menciones de un funcionario español en que aparece la raíz "fisc" se encuentran ya, con anterioridad a aquél, en los Concilios I y II de Sevilla, celebrados respectivamente, en los años 590 y 618.

Los cuerpos legales de la Reconquista no hacen referencia a la institución estudiada (según Covián y Junco). Las Leyes de las Partidas, en el siglo XIII, hacen constar la existencia de estos cargos, con el carácter tradicional: Patronus Fisci, dicen, tanto quiere decir en romance "ome que es puesto para razonar, e defender en Juizio todas las cosas, e los derechos que pertenescen a la Cámara del Rey" (XII, 18, 4). En los asuntos civiles el Rey, inclusive, tenía que valerse de "Personero" (XI, 5, 3) lo que hace preguntarse —sin respuesta— a Covián, si eso quería decir que había de tener en su Corte un abogado especial para cada caso.

Cuando el Rey Don Juan II contestando a peticiones que se le hacen en las Cortes de Briviesca en 1387, dice: "A los que nos pedisteis, por merced, que pusiere un buen hombre e letrado e de buena fama por nuestro procurador fiscal; a estos vos respondemos que nos place e nos le entendemos poner tal cual cumple a nuestro servicio"<sup>14</sup>, utiliza por primera vez (que se tenga noticia de la aparición en España) la denominación de Procurador Fiscal, aludiendo a la nueva institución entonces del M.F.

Más tarde, Don Jaime I dispuso que se constituyese un Procurador General del Rey, para sostener las causas que contra él se promovieran. Esta disposición es trasladada a Valencia, donde se crea un Abogado

<sup>11</sup> Ver al respecto lo apuntado por IRIAS, Juan, en su artículo "El Ministerio Fiscal no es parte", Revista de Derecho Procesal, año VIII, enero-febrero-marzo, Número 1, Madrid, 1952, págs. 187 y siguientes.

<sup>12</sup> Ver al respecto obra citada de Jiménez Asenjo, pág. 371.

<sup>13</sup> RUIZ GUTIERREZ asegura que en el Concilio II "presidido por San Isidoro, asistieron como seglares dos personas, una de ellas un tal Suanilla, "actore rerum fiscalium". En nuestra (su) opinión este funcionario es en esencia idéntico al "advocatus fisci", es decir, el encargado de defender los intereses fiscales ante los Tribunales". Ob. cit. pág. 412.

<sup>14</sup> COVIÁN Y JUNDO, V. Ob. cit. Pág. XIV.

<sup>8</sup> RUIZ GUTIERREZ, Urbano. Ob. cit., págs. 408 y 409.

<sup>9</sup> RUIZ GUTIERREZ, U. Ob. cit. págs. 409 y 410.

<sup>10</sup> RUIZ GUTIERREZ, U. Ob. cit. pág. 410, segundo párrafo.

Fiscal, al que le corresponde acusar de los delitos y cuidar de la ejecución de las penas y sostener la jurisdicción Real, así como otro funcionario llamado Abogado Patrimonial, al que competía la defensa del Patrimonio Real, de los derechos del Monarca en los asuntos civiles, y la recaudación de impuestos. Este mismo criterio fue seguido en Navarra en el año de 1430<sup>15</sup> donde se registra la existencia de un Procurador Fiscal con las funciones señaladas.

Las Ordenanzas de Carlos el Noble (1413) y el Fuero Reducido, apuntan la existencia de tres funcionarios fiscales en el Real Consejo: el Procurador Fiscal, con su lugarteniente, un Abogado y otro patrimonial, que don Carlos el Emperador dispuso, en 24 de mayo de 1526, fuesen acumulados (los tres cargos) en sólo una persona, hablándose desde entonces de las leyes del Fiscal<sup>16</sup>.

### El procurador del rey ("Procureur du Roi") de la monarquía Francesa del Siglo XIII.

Algunos autores franceses han creído ver en este funcionario el antecedente más próximo del actual M.P., motivo por el que le dedicamos por aparte un comentario general.

Conjuntamente con el procedimiento escrito se introdujo en Francia el uso de autorizar que en los negocios civiles los litigantes actuasen representados por Procurador, confiando la defensa de su causa a un Abogado.

Como los Monarcas podían tener intereses privados que defender, nombraban, también, como los particulares, Procuradores que les representaran y Abogados para solicitar en su nombre. Estos, inclusive, se encargaban de cobrar las multas impuestas por los Tribunales; posteriormente el interés fiscal los llevó a promover las persecuciones, después intervinieron en ellas, y por último las llevaron a cabo en nombre del Rey. Pero debe aclararse que se arrogaron estos derechos sin mandato expreso, sin uniformidad, y sin previo acuerdo entre ellos, inspirados tan solo por su propio celo, motivo por el cual cada paso que daban constituía una usurpación jurídica.

Cuando se dieron las primeras ordenanzas ocupándose de "le Ministère Public", éste ya había estado actuando. En tal sentido tiene razón Ruiz Gutiérrez cuando afirma que "la ley no lo crea (al M.P.) sino que lo adopta"<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Nota: Debemos aclarar que en la Memoria de COVIAN (pág. XV) aparece señalado el año de 1.340 (sic), pero es indudable que esa confusión se debe a un probable error tipográfico y no de su autor, quien ya había apuntado al año de 1387 como el de las Cortes de Briviesca, que fueron anteriores a la fecha en que Navarra registró la existencia de un Procurador Fiscal. Por otra parte, Jiménez Asenjo señala el año de 1.430 como ya indicamos (Ob. cit. pág. 372, primer párrafo).

<sup>16</sup> Ver al respecto COVIAN Y JUNCO, y JIMENEZ ASENJO, en las páginas XV y 372 respectivamente, de sus obras citadas.

<sup>17</sup> RUIZ GUTIERREZ, ob. cit. pág. 411.

El primer texto claro en que se alude al "Procureur du Roi" es la Ordenanza de 23-3-1302, dictada bajo el dominio de Philip le Bel, en la que se les impone el juramento, y se les proporciona otras garantías.

De lo expuesto podemos reconocer un cierto parentesco entre el "advocatus fisci" y el "Procureur du Roi", por tratarse en ambos casos de funcionarios encargados de los intereses fiscales, y en consecuencia, de ejercitar las acciones criminales en determinados casos, aunque el primero velaba siempre por intereses fiscales, mientras que el segundo actuaba siempre en nombre del Rey, aún en asuntos no fiscales..

### b) Fase del ejercicio de la acción pública (Siglos XV al XIX)

Paralela a la anterior fase, pero independientemente de ella, se desarrolló esta otra, con mayor tendencia a la acusación pública, que en la actualidad es la nota más característica del instituto.

Covián fija su origen en la Baja Edad Media, con la instauración por parte de la Iglesia, del principio inquisitivo en la persecución de los delitos, fundamentalmente heréticos, en el sur de Francia en la lucha contra los albigenses. Se separó la jurisdicción penal de la civil y prescindiéndose del actor, el Juez comprobaba directamente el delito mediante una "Informatio" para establecer la "Difamatio", y una vez interrogados secretamente los testigos, redactaba la "Charta Inquisitionis" o "libelus Chriminalis", lo que venía a ser una verdadera acusación, semejante a la actual.

En los primeros tiempos la "denuntiatio" de los fieles a la que seguía la "charitativa admonitio" de parte de las autoridades constituidas, representaba un verdadero y propio sistema acusatorio; se imponían penitencias que eran aceptadas por el delincuente. En el curso del primer período de la Edad Media los Obispos acostumbraban a visitar una vez al año su diócesis para conformar y corregir a los fieles que habían cometido escándalos, y a esta jurisdicción debían los Condes, según la legislación franca, prestar el brazo secular. En el siglo IX, a estos juicios, llamados "sinodales", se agregó por obra de la práctica un verdadero jurado de acusación. El Obispo elegía entre los fieles reunidos un cierto número de los más respetables —generalmente siete— y les hacía jurar que revelarían todos los delitos de que tuvieran noticia y que fueran de la competencia del Sínodo; si los acusados se encontraban presentes y confesaban, el Obispo señalaba la pena; si negaban, debían purificarse como en los Tribunales laicos por medio de juramento si eran libres, con las ordalías o juicios de Dios, si eran siervos; a esto se les obligaba bajo pena de excomunión<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> COVIAN, Ob. cit. pág. IX.

Del anterior párrafo podemos obtener la conclusión a que Covián llega, determinando la Iglesia como factor de cambio, sin duda alguna, en los sistemas que hasta entonces habían imperado, aunque con medios que ahora nos parecían bastante reñidos con nuestras costumbres, ya que se manipulaban las creencias Divinas con fines exclusivamente subjetivos, hacia intereses supuestamente religiosos.

La necesidad de fundar un público Ministerio encargado de suplir la falta de interés o celo de los particulares, que para entonces y como ahora se comportaban con absoluta indiferencia en todo cuanto no afectaba a sus intereses privados, pudo nacer cuando se instituyó una magistratura encargada de perseguir de oficio a los delincuentes de delito conocidos y no querrellados. Este fenómeno no coincidió en los distintos países europeos ya que en algunos como los Países Bajos y Alemania, la exageración del sistema inquisitivo y secreto retrasó siglos la existencia del funcionario y su principal actividad.

En cambio, Francia y las ciudades italianas, renacidas en el medioevo, ya le tuvieron desde esta época (Edad Media), aunque fijar fechas al respecto resultaría sumamente difícil. En Francia, podemos afirmar, adquirió un brillo singular desde su nacimiento en los Parlamentos, aunque al principio los procuradores y abogados generales tenían un cierto carácter de "procuradores ad lites" del Monarca; pero ya para el siglo XVI el Procurador Fiscalis (Procurador General) se encarga exclusivamente de la persecución de los delitos, de la policía y la ejecución de los fallos, y de la vigilancia de los tribunales, como tareas principales.

En España, el desarrollo de esta segunda fase coincide con la creación de las corporaciones judiciales, sean las Altas Corporaciones del Estado. La primera de éstas fue la Audiencia en las Cortes de Toro de 1371, debida a Enrique II, y en ella se estableció posteriormente un procurador fiscal, según la nueva organización dada a aquélla por el Rey Don Juan II en las Cortes de Briviesca de 1387.

A éstas los Reyes Católicos agregaron el nombre de Chancillería. Las demás Audiencias que se fueron estableciendo sucesivamente fueron de inferior categoría a las Chancillerías. Felipe II dispuso que en cada una de éstas hubiese dos Fiscales: uno para las causas civiles y otro para las causas penales, sistema éste que imperó hasta el siglo XIX (I; 17,5 de la NOV. Recop.).

La acción pública le fue concedida al Ministerio Fiscal por Don Juan II en Guadalajara en 1436, y fue ratificada por los Reyes Católicos en el año 1480: "Porque los delitos no queden ni finquen sin pena ni castigo por defecto de acusador; y porque el oficio de nuestro Procurador fiscal es de gran confianza, y cuando bien se exercita se siguen de él grandes provechos, así en la ejecución de nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda; por ende ordenamos y mandamos, que en la nuestra Corte sean deputedos dos Procuradores fiscales, Promotores para acusar y denunciar los maleficios, personas diligentes, y tales que convengan a nuestro servicio, según que antiguamente fue

ordenado por los Reyes nuestros progenitores; y mandamos que los dichos Fiscales no pueden poner otro Promotor en su lugar en nuestra Corte sin nuestra licencia, y precediendo justo impedimento". (I, 16, 4 de la NOV, RECOP.).

Sin embargo, los Promotores Fiscales con carácter permanente en la Primera Instancia no existieron hasta entrado el siglo XIX: "Mandamos que ante las justicias ordinarias de los nuestros reynos y señoríos no hayan, ni se pongan ni nombren fiscales, que generalmente tengan cargo de acusar, ni pedir generalmente cosa alguna de oficio, salvo solamente quando algún caso se ofreciere que sea de calidad que convenga proceder en él de oficio y que haya Fiscal, que entonces para en aquel caso puedan poner y criar un Promotor Fiscal que pueda proseguir y fenecer aquella causa y no más." (VI, 33, 12 de la NOV. Recop.).

Así, luego que el juez pesquisador estimaba concluso el sumario, se hacía saber el estado de la causa al ofendido sin declaración alguna, por si se mostraba o convertía en parte acusadora, y si renunciaba a ello el Juez entonces nombraba Promotor Fiscal para formalizar acusación o pedir lo que conviniera a su derecho a un abogado que había aceptado el cargo.

#### *Atribuciones Políticas y Administrativas*

De acuerdo con la opinión de Covián y siempre dentro de la segunda fase histórica en que él ha dividido el estudio del origen del Ministerio Público, éste adquirió en Francia atribuciones sumamente extensas: políticas y judiciales, determinadas, desde luego, por la forma de gobierno.

Las atribuciones políticas convertían a sus titulares, en órganos del Príncipe para requerir el registro de los edictos y en general, todo lo que se considerase de utilidad para el bien del Estado.

Entre otras funciones tenían la de guardadores de las leyes fundamentales de la Monarquía y de las libertades de la Nación.

En cuanto a la atribución principal del Consejo de Castilla, ésta era el ejercicio del Poder legislativo sin intervención de las Cortes, por medio de los autos acordados de los que tanto se observan en la Novísima Recopilación, así como funciones de administración pura, que posteriormente fueron encomendadas a distintos Ministerios<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> En relación con la misión que desempeñaban en estos asuntos los Fiscales dice COVIÁN: "Emitir dictamen cuando el Consejo decidía oírles y de esto hay trabajos importantísimos debidos a Campomanes y otros ilustres Fiscales sobre materiales de Administración, como la de Abastecimientos y otras análogas, y medidas políticas de extraordinaria importancia, ejemplo la tomada por Carlos III sobre la Compañía de Jesús" (Ob. cit. pág. XL, párrafo segundo).

Sin embargo, donde las Cortes funcionaban con bastante regularidad, como en Navarra, el Fiscal del Consejo no tenía intervención en asuntos políticos, por lo menos en cuanto a los de mayor importancia<sup>20</sup>.

En Francia el Procurador General estaba encargado de dirigir todas las cartas patentes o cerradas del Rey, las ordenanzas, los edictos y otros documentos, que debían ser comunicados al Parlamento<sup>21</sup>.

Ya por aquellos tiempos se celebraban Juntas de Fiscalía, reuniéndose el Procurador General con los Abogados generales, que formaban una especie de colegio, deliberando en secreto sobre asuntos de importancia (por ejemplo, cuestiones de competencia entre las diversas Salas del Parlamento, o entre éste y la Corte de Ayudas, que juzgaba en última instancia de todas las apelaciones en cuestiones tanto civiles como criminales, relacionadas con impuestos sobre vinos y bebidas). En caso de empate, el voto del Procurador General decidía.

Estas fueron, pues, algunas de las atribuciones políticas y administrativas que el M.P. tuvo en su evolución histórica.

### c) Fase tercera o de la codificación del derecho orgánico

Esta fase constituye un período de reconstitución del Ministerio Público en España, y por tal razón debe darse cuenta de las disposiciones más importantes que se dictaron, tanto en materia orgánica como acerca de sus funciones, para que nos sirvan de precedentes explicativos de la legislación codificada.

Como corolario de los que hasta ahora hemos expuesto, debe quedar claro que el M.F. (M.P.) español "no es una reproducción" utilizando las palabras del Dr. Prieto Castro, del que se planteó en Francia entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, "sino que excede en funciones y responsabilidades al originario, con matices propios de una historia nacional no desprovista de interés"<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Esto fue debido al hecho de que, según COVIAN, aunque "la ordenanza 13 de Castillo dispuso que entrara en los Estados, esos nunca permitieron hiciera uso de semejante facultad revocada de toda suerte por ley de 1.556; sólo, pues, las relacionadas con las cuentas podían tener un carácter público administrativo". COVIAN (ob. cit. pág. XL, párrafo tercero).

<sup>21</sup> "Por medio de los funcionarios del Ministerio Público se verificaba la comunicación inmediata entre el Rey y el Parlamento; se constituían personalmente cerca del Rey para informarle de las comisiones por ellos recibidas del Parlamento; daban cuenta a éste de las órdenes reales y noticiaban el día que fuera grato a S.M. recibir a las diputaciones del Parlamento; a este efecto tenían siempre acceso a la morada regia y debían dirigirse al primer gentil hombre de Cámara o, en su ausencia, al ayudante de servicio que le reemplazaba". (COVIAN, ob. cit. pág. XLI, párrafo primero).

<sup>22</sup> PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo. El Ministerio Fiscal en Europa. Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 3 de Junio de 1.976, con motivo del ciclo organizado en conmemoración del cincuentenario del Estatuto del Ministerio Fiscal, p. 20.

Las reformas del Ministerio Fiscal en España han seguido un curso lento, pero progresivo. Su primera regulación sistemática, al contrario de lo que algunos autores afirman, no es la que componen los noventa y un artículos que le dedicó la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, del 15 de setiembre de 1870 (artículos 763 y 854), sino que existen otros cuerpos de normas previos que ya se habían ocupado de dicho instituto: el "Reglamento del Supremo Tribunal de España e Indias" del 13 de marzo del 1814, aprobado por las Cortes de Cádiz, siendo reproducción exacta de éste el del 17 de octubre de 1835 y el "Reglamento Provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria" del 26 de setiembre del 1835. Observando de esta manera, podemos ver que se trata de "una institución con perfiles definidos según ideas bastante exactas acerca de lo que es, desde hace siglo y medio"<sup>23</sup>.

No se desconoce que al llegar el período constitucional, y aún durante parte de él, la institución del M.P. era imperfecta, porque "establecido para subvenir a una necesidad social momentánea, no se pensó en dar luego la organización debida si había de responder a los altos fines de su creación"<sup>24</sup>.

La legislación orgánica dictada como consecuencia de lo establecido en la Constitución del 1812, no introdujo ninguna innovación substancial respecto del Instituto aquí estudiado<sup>25</sup>.

En virtud de las reformas de 1834 y 1835 se crean los Promotores fiscales de nombramiento del Gobierno, lo que sin duda alguna constituye un acuerdo legislativo de importancia.

En el "Reglamento Provisional" de 1835, aparte de alguna disposición esporádica, el Capítulo VI —último— dedica al M.P. nueve de los 107 artículos de que consta (los que van del 99 al 107) y el último de ellos lo presenta como un órgano de justicia, más que de legalidad: "Empero —dice— todos los fiscales y promotores fiscales deberán tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre le (sic) ejercen, y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia, de res-

<sup>23</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. pág. 21, concluyendo primer párrafo.

<sup>24</sup> COVIAN, Ob. cit. pág. XLIII, segundo párrafo.

<sup>25</sup> "Del Tribunal Supremo de Justicia, que en lo que a nosotros toca, reemplaza a los antiguos Consejos durante los distintos períodos constitucionales que vinieron sucediéndose, según el Decreto de creación del 17 de abril de 1.812, artículo 6º, formaban parte dos Fiscales, como en el extinguido Consejo; conforme al Reglamento de 13 de marzo de 1.814, cada Fiscal había de tener dos Agentes Fiscales en concepto de auxiliares y la novedad consiste en que éstos eran nombrados por el Rey a propuesta en terna del Tribunal y previa oposición, cuyo procedimiento, fijan los artículos 13 al 18 del capítulo IV: he aquí ya iniciado el sistema de ingreso en nuestra carrera, por más que no había de prevalecer hasta 1.870". (COVIAN, ob. cit., pág. XLIV, segundo párrafo).

petar y procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier otro medio interesadas y de no tratar nunca a éstas sino como sea conforme a la verdad y a la justicia”<sup>26</sup>.

El Real Decreto del 6 de Octubre de 1835, de carácter general con excepción del Tribunal Supremo, señala las condiciones que deben tener los que se propongan para Jueces letrados de primera instancia, *Promotores fiscales*, Ministro o Fiscal togado (Artículos 1 y 2); asimismo en el “Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia de España e Indias”, de 13 de marzo de 1814 y 17 de octubre de 1835, observamos un artículo, señalado por Prieto-Castro, donde el M.P. (M.F.) no es que resulte equiparado a los “ministros (=magistrados) de ese órgano tan solo administrativamente, sino desde el punto de vista jurisdiccional, ya que establece la exención por parte de los fiscales de asistir al Tribunal, “a no ser en los casos siguientes:

“(…) 2º Cuando por no haber suficiente número de ministros se necesite que asistan a alguna Sala como jueces”<sup>27</sup>.

Aunque la historia presenta momentos de crisis del M.P. español —por culpa de la Administración en el criterio del citado Prieto-Castro—, la recuperación fue rápida y eficaz, y en especial desde el año 1870 con la Ley Orgánica.

En todo caso, la ordenación que ha tenido más regular vigencia, ha sido el Estatuto del 21 de Junio de 1926, “que, naturalmente, recoge el espíritu y disposiciones de aquella, con la gran diferencia de constituir allí, de hecho, un mismo Cuerpo con la magistratura y aquí Cuerpo distinto”<sup>28</sup>.

Posteriormente se han hecho en otros cuerpos legales, alusiones al M.F., como por ejemplo, en la Ley Orgánica del Estado, del 10 de Enero de 1967, pero lamentablemente y de acuerdo nuevamente con el criterio de Prieto-Castro, dichas disposiciones han sido bastante desordenadas, inexpressivas e incompletas, mostrándose muy inferiores a las antiguas.

## II. ANALISIS SOBRE LA NATURALEZA, CONCEPTO Y OTROS ASPECTOS, DEL MINISTERIO PUBLICO.

### A. Determinación de nociones fundamentales

#### a) Ministerio Público o Ministerio Fiscal

Decidir cuál denominación es más apropiada —o correcta— para la institución que estudiamos en el presente trabajo, no es una tarea sencilla, ya que ni los Tratadistas o autores que se han cuestionado este aspecto han logrado llegar a un acuerdo, o a emitir una opinión predominante que pudiéramos tomar como punto de partida.

La denominación “Ministerio Público” proviene del nombre que en Francia se le dio a dicho Instituto (*Ministere Public*), siendo luego adoptada por la legislación italiana (*Publicco Ministero*); de ahí —siguiendo la tradición francesa e italiana— algunos países, incluyendo algunas provincias de Argentina, y Costa Rica, tomaron la citada denominación<sup>29</sup>.

En España se ha sostenido que después de haber pasado a ser atribuciones de la Abogacía del Estado las actividades propiamente “fiscales”, las que dieron su nombre al instituto, “no sería mimetismo llamarle “Ministerio Público” (de “*Ministere Public*”), sino simplemente uso de una denominación más exacta y apropiada”, añadiendo además el Dr. Prieto-Castro, de quien son también las anteriores palabras: “y puede ser que no falte razón”<sup>30</sup>.

La denominación “Ministerio Fiscal” ha sido tradicionalmente utilizada por la mayoría de los autores, principalmente de origen latino, exceptuando desde luego, a franceses e italianos, así como de otras nacionalidades, que adoptaron de éstos la denominación “Ministerio Público” debido a la publicidad de la acción que este instituto ejercita<sup>31</sup>.

Ambas denominaciones han sido objeto de diversas críticas, apuntándose con relación a la primera (“Ministerio Fiscal”), que llamarla de este modo limita y confunde las funciones que la misma realiza,

<sup>29</sup> Nota: Sin embargo, la provincia de Córdoba, en cuyo Código Procesal Penal, se basó el de Costa Rica, utiliza popular y legalmente la denominación “Ministerio Fiscal”.

<sup>30</sup> PRIETO-CASTRO, L. Conf. cit. pág. 20.

<sup>31</sup> Ver al respecto (entre otros) a: HELIE, M. FAUSTIN. *Traité de L'Instruction Criminelle ou Théorie du Code D'Instruction Criminelle*; (10ª ed.) T. VII; París, 1867, pág. 76 y sgts. SATTÀ, SALVATORE. *Manual de Derecho Procesal Civil*; ed. Jurídicas Europa-América (Trad. de Sentís Melendo y De la Rúa), Vol. I, Buenos Aires, 1971, pág. 72 y sgts. CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. (Trad. de Sentís Melendo), ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, págs. 425 y sgts. (COUTURE, EDUARDO; VELEZ M.; AVELLANEDA HUERGO, etc.).

<sup>26</sup> PRIETO-CASTRO, L. ob. cit., pág. 21, quien remite al texto del Reglamento, en Martínez Alcubilla, Diccionario, 5ª Ed. 1.894, pág. 527.

<sup>27</sup> El texto original del Reglamento, en Martínez Alcubilla, (ob. cit. pág. 530). (Dato obtenido de Prieto Castro, ob. cit. p. 21).

<sup>28</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., pág. 22, párrafo tercero.

con relación a las fiscales propiamente dichas (referidas a la Hacienda Pública y al Estado como ente fiscal) <sup>32</sup>.

En España se ha empleado la anterior denominación, según pudimos corroborar al examinar los antecedentes históricos, porque tradicionalmente se designaba al funcionario real encargado de la defensa de los derechos de la Corona o reales: "procurador fiscal", o Fiscal de su Majestad y abogados fiscales a los subordinados, en general; y antes, "Ministerio Fiscal" a la institución, en recuerdo del origen que, como defensores del "Fisco Real", desempeñaban los tenientes fiscales <sup>33</sup>.

Sin embargo, no son pocos los autores que utilizan de manera distinta las denominaciones de Ministerio Público o Ministerio Fiscal, teniéndolas como equivalentes <sup>34</sup>, para señalar el instituto mencionado. Esto puede inducirnos a pensar lo siguiente: que en pocas ocasiones se ha cuestionado en forma exhaustiva el problema de la denominación correcta; o, que por el contrario, habiéndose planteado dicha cuestión, los autores prefieren seguir conservando determinado nombre, ya tradicional, para evitar confusiones, sin considerar o atender a las raíces propiamente terminológicas <sup>35</sup>.

La segunda hipótesis nos parece más cerca de la realidad, después de haber investigado en diversos autores sus posiciones o criterios al respecto.

En todo caso, una parte considerable de los numerosos tratadistas consultados parece negar trascendencia a este aspecto; algunos omitiendo su planteamiento (que son los más), y otros, pensando quizá, que se trata tan solo de un problema en el uso del lenguaje, que no afecta la "imagen" originaria del instituto, le restan importancia en forma expresa, o prefieren plantear el problema en términos generales <sup>36</sup>.

Al respecto dice el Tratadista argentino Clariá Olmedo: "La denominación por nosotros adoptada (refiriéndose a la denominación "Ministerio Fiscal") se acepta por muchos procesalistas y se rechaza por

<sup>32</sup> En la opinión de nuestro Director de Tesis, la utilización del "Ministerio Fiscal" es una denominación que no tiene más valor que su propio convencionalismo respetado por la fuerza de la costumbre y la resistencia a sustituirlo por algo nuevo. "La exactitud y la pureza de léxico, que debe reflejar una realidad y una verdad, aconsejarían elegir nombres expresivos... el fiscal de hoy es el "Abogado del Estado Fiscal", y si se quiere, por asumir alguna función no fiscal estrictamente, podría seguir siendo "Abogado del Estado", sin más". Ver PRIETO CASTRO, L. Ob. cit. pág. 20 y 21.

<sup>33</sup> JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 369.

<sup>34</sup> Entre los españoles podemos señalar a: JIMENEZ ASENJO, E. ("El Ministerio Fiscal o Ministerio Público por otro nombre equivalente...") (La negrita no es del texto). Ob. cit. p. 368.

ALCALA-ZAMORA, N. quien inclusive afirma que debe llamarse Ministerio Público "para olvidar hasta en el nombre sus relaciones con la administración..." Estudios de Derecho Procesal; Centro Ed. Góngora, Madrid, 1934; pág. 22. Además, COVIAN Y JUNCO (ob. cit.); RUIZ GUTIERREZ (ob. cit.).

<sup>35</sup> JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. págs. 369 y 370.

<sup>36</sup> JIMENEZ ASENJO, E. Ibídem.

otros, sin que esto tenga en realidad mayor trascendencia (el subrayado no es del texto original). Nos parece adecuado —continúa— llamarle Ministerio Fiscal si hemos de adaptar la institución al criterio general de nuestras leyes y de los antecedentes argentinos, no obstante algunos de nuestros Códigos procesales penales modernos lo denominan Ministerio Público siguiendo la tradición francesa e italiana" <sup>37</sup>.

El anterior criterio también es compartido por el renombrado jurista argentino Hugo Alsina, quien a la vez expone que, además, se ha utilizado con no poca frecuencia, la denominación "Ministerio Público Fiscal" <sup>38</sup>, sin resultar dicha circunstancia —en relación con las distintas denominaciones que pueden ser aplicadas a dicho instituto un problema de mayor significación, que el que puede ser observado en virtud del menor o más amplio ámbito en que sus miembros desempeñan las funciones que les han sido encomendadas por la ley.

Resulta aún de mayor interés —al menos para quienes realizamos el presente trabajo—, la reciente opinión emitida por el Profesor Prieto-Castro en su Seminario de Doctorado de Derecho Procesal del curso 76-77, cuando al hablar sobre este problema que se suscita con la institución estudiada, señala que la denominación "Ministerio Fiscal", que se ha venido utilizando en España desde hace más de un siglo, es equívoca, "lo que no quiere decir que sea más aceptable la otra denominación (la de Ministerio Público) que es el concepto procedente del derecho francés, aunque a la cúspide de dicho instituto (Ministere Public) figura el Procurador General (o Procuradore de la Republic) que es igualmente una denominación absolutamente inexpressiva". Encontramos —explica el citado profesor— que la denominación más adecuada para significar lo que es el Ministerio Fiscal está en la antigua expresión española "Promotor Fiscal" que es tanto como Promotor de la Justicia, siendo éste precisamente el nombre que se usa en el Derecho Canónico. "Este —siempre en la opinión de Prieto-Castro— sí que es un nombre expresivo y cualquier legislación que se produzca deberá tener en cuenta las ideas que acabamos de exponer. Conviene, para ilustración general, decir que los canonistas, sin duda por no advertir el acierto de la denominación "Promotor de Justicia", emplea la civil "Ministerio Fiscal" que no es un tecnicismo del Codex Iuris Canonici, y es una figura distinta del llamado defensor del vínculo (que interviene en las causas de nulidad del matrimonio) y es como el fiscal o como el Promotor de Justicia que interviene en el Derecho Canónico".

De acuerdo con el anterior criterio, pues, la oración de "Promotor de Justicia" nos viene a dar una idea exacta de la función que desempeñan los funcionarios del M.P. ya que precisamente promover la

<sup>37</sup> CLARIA OLMEDO, J. Ob. cit. pág. 274.

<sup>38</sup> CFR. ALSINA, Hugo. Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Segunda Edición. Parte general. Buenos Aires, 1941, Tomo II, págs. 332 y ss.

obtención de justicia (y no el de desempeñar la función de "acusador" a ultranza como más adelante estudiaremos) es una de las notas más características de los funcionarios de la institución examinada, según la concepción moderna que de la misma se ha creado.

Pero, desde luego, no resulta sencillo variar por sí sola una denominación que tradicionalmente se ha utilizado (sea Ministerio Fiscal en España o Ministerio Público en Costa Rica; entre otros países) porque podría inducir a error a los lectores del presente trabajo.

Quede, sin embargo, señalado el anterior cuestionamiento, después de haber investigado en los más diversos autores<sup>39</sup>, para tenerlo en cuenta posteriormente, al momento de analizar las diferentes legislaciones en materia procesal penal.

Asimismo deseamos aclarar que hemos utilizado la denominación Ministerio Público con frecuencia en la realización de esta Tesis, porque como ya indicamos, esa es la que se utiliza en nuestro país desde su origen.

### b) Concepto del Instituto

Una vez estudiadas las opiniones en relación con las diversas denominaciones atribuidas a nuestro instituto, es de vital importancia fijar un concepto del mismo.

En este sentido, separando el aspecto orgánico sobre la situación institucional, no existe controversia de importancia entre los Tratadistas en general.

Todos ellos aluden fundamentalmente al carácter público (Estatal) de la institución, que actuando en nombre del interés social (interés éste que se centra en esa unidad de poder político llamado Estado) se encarga del ejercicio de la acción penal y aún del resarcimiento civil que con motivo del hecho delictivo se produjo<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Además de las obras que se han ido indicando en el transcurso de este "apartado", nos permitimos sugerir las siguientes: SILGUEIRA, F. El Ministerio Fiscal, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de Buenos Aires", n° 13, del año 1.924, pág. 18 y sigts.; RUIZ VADILLO, E. Consideraciones sobre la naturaleza del ministerio fiscal, en "Revista de Derecho Judicial", año I, n° 2, Madrid, 1960, págs. 111-112, JIMENEZ ASEÑO, E. Derecho Procesal Penal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, SODI, CARLOS. El Ministerio Público, en "Revista Peruana de Ciencias Jurídicas", año II, n° 1, 1.946.

<sup>40</sup> El tratadista español M. Fenech da la siguiente definición: "El Ministerio fiscal es una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargado por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento en su caso en el proceso penal". (FENECH, MIGUEL, "El Proceso Penal", 2ª edición, Madrid, 1974, p. 68).

El argentino Clariá Olmedo expresa: "El Ministerio fiscal es una corporación legalmente organizada de funcionarios públicos, instituida en general para la defensa de determinados intereses de la colectividad". (CLAIRIA OLMEDO J. Ob. cit. pág. 273).

Lamentablemente donde con mayor frecuencia se encuentran los conceptos imprecisos del M.F. es en la legislación, como bien apunta nuestro Director de Tesis respecto de la Ley Orgánica del Estado español del 10 de enero del año 1967, cuando expresa: "El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación (el subrayado no es del texto) entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social". La disconformidad del citado profesor con el anterior texto legal, reside, con sobrada razón, en mantener como nota definidora del M.F. la fase "órgano de comunicación" entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, lo que no expresa una idea clara del "para qué" es la citada comunicación<sup>41</sup>.

Los procesalistas argentinos (sobre todo los de las provincias cuyos Códigos procesales penales tienen el sistema mixto: Córdoba, Mendoza, Catamarca, Salta, San Juan y Jujuy, entre otras) han preferido eliminar del concepto de Ministerio Público (o Fiscal) la palabra "acusador" (o parte acusadora)<sup>42</sup> para alejar la idea, siguiendo la opinión de Vélez Mariconde, de que el M.P. siempre deba acusar —a ultranza—, ya que la ley (y aún la conciencia) le impone el deber de pedir el sobreseimiento o la sentencia absolutoria cuando esa sea, según su criterio la solución correcta<sup>43</sup>.

Para resumir nuestra posición en relación con el concepto que debe darse de Ministerio Público (o M.F.) consideramos que es primordial señalar las características generales del citado instituto: a) ser un órgano público; b) actuar en la defensa de los intereses de la sociedad y c) ejercitar la acción penal e inclusive la civil de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal.

JIMENEZ ASEÑO, E., manifiesta que "como un mero valor instrumental se puede caracterizar al Ministerio Fiscal como un instituto jurídico encargado de requerir y estimular la actuación jurisdiccional en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar la observancia de las leyes reguladoras de las competencias estatales". (Ob. cit. pág. 363).

<sup>41</sup> "Hay que mostrarse disconforme con los textos que emplean como única o primera nota del Ministerio Fiscal definidora y relevante el ser "órgano de comunicación" entre el poder ejecutivo y el judicial (o entre el Gobierno y los tribunales de justicia), sobre todo al no expresarse para qué es la comunicación, pues parece como si solamente se tratase de "llevar recados" de aquél a éstos, siendo algo menos peyorativa la fórmula de "Poder Ejecutivo" y "Poder judicial", porque al fin y al cabo los "Poderes" son permanentes y abstractos, mientras que los gobiernos son pasajeros y personales". (PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. págs. 23 y 24).

<sup>42</sup> Nota: En relación con el problema de si el M.P. es o no es "parte", más adelante hacemos un análisis.

<sup>43</sup> VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. pág. 294.

Ver en idéntico sentido a: CLARIA OLMEDO, J. (ob. cit.) ODERICO, Mario; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952. LAJE ANAYA Y PERALTA Comentarios al Código de Procedimientos Penales de Córdoba; Marcos Lerner editor; Argentina, 1965, entre otros.

Con base en tales características, podemos conceptualizar al Ministerio referido como una institución de carácter público que, encargada por el Estado, actúa en defensa de los intereses sociales ejercitando la acción penal, y la Civil de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal. (Nótese que estamos refiriendo la institución únicamente al proceso penal, como explicamos al inicio del presente trabajo).

### c) Razón o fundamento de su existencia.

Aunque bien podemos afirmar que "la existencia del Ministerio Fiscal se justifica por la ineludible razón con que se imponen las creaciones de la naturaleza y de la historia"<sup>44</sup>, estimamos que la razón de su existencia debemos buscarla hoy día dentro de esa unidad de poder político que se llama Estado.

Desde luego, compartimos la opinión que se atribuye a Trillo<sup>45</sup> de que la supresión del Ministerio Público acarrearía un lamentable desquiciamiento del orden moral y legal, así como que, si se entregara la justicia penal a la iniciativa privada, perdería su carácter racional.

Pero donde podemos encontrar el principal sustento que justifica la existencia del M.P. es, sin duda alguna, dentro del Estado<sup>46</sup>, puesto que es en él donde la comunidad organiza sus principales cometidos sociales, a saber, entre otros, la defensa de sus derechos y garantías<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 376. Además agrega: "Nació (refiriéndose al Ministerio Público) a impulso de una necesidad pública y la misma necesidad lo ha sostenido, estimulado y ensanchado en sus funciones, así como el significado de su propia vida. Podrá discutirse actualmente, el esquema mental, dentro del cual debe articularse, pero nadie niega su utilidad y necesidad, en tanto se mantengan los principios informantes de derecho vigente, en evolución hacia una más progresiva actuación del mismo, conforme el derecho privado se va transformando en público. La revisión crítica de cada una de sus funciones esenciales nos suministra una serie incuestionable de razones para justificar su ser". *Ibidem*.

<sup>45</sup> Cit. por JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 377, segundo párrafo.

<sup>46</sup> Las más recientes doctrinas de Teoría del Estado han señalado que éste —Estado moderno— se configuró a partir del Renacimiento en el siglo XVI. "La nueva palabra "Estado" designa certeramente una cosa totalmente nueva porque a partir del Renacimiento y en el Continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reclamate organizadas, con un sólo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política, —fenómenos que se producen primeramente en el norte de Italia debido al más temprano desarrollo— que alcanza allí la economía monetaria—, surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medieval". HERMANN HELLER. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. Sexta Edición en español (Traducción de Luis Tobío). México, 1968, p. 145.

<sup>47</sup> Para un mejor conocimiento y profundización de este tema, ver HERMANN HELLER, ob. cit. en págs. 116 y siguientes.

Cuando el quebranto de esos derechos y garantías traen consigo la persecución criminal del infractor, la misma Sociedad, organizada dentro del Estado, se encarga, por medio del Ministerio Público que la representa, de ejercitar la acción penal, en procurar de que se haga justicia (condenando o absolviendo los tribunales al imputado).

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que la razón de existencia del M.P. "está constituida por la salvaguardia de los derechos e intereses privativos, del Estado, los de la Sociedad y los del individuo"<sup>48</sup>, así como por la necesidad de tutelar y fiscalizar la labor de los tribunales evitando, en última instancia, que los individuos se hagan justicia por mano propia como ocurrió en tiempos remotos.

Ahora bien, preguntarnos por qué necesaria y obligadamente ha de ser un órgano estatal el que se encargue del ejercicio de la acción penal, lleva a la ineludible conclusión de que, aún cuando la historia, la doctrina y la legislación comparada nos han ofrecido distintos sistemas de acusación, ha de ser el Estado mismo quien vele por los derechos, garantías e intereses de los individuos ya que, siendo una creación social en la que éstos han depositado y confiado la regulación de sus destinos<sup>49</sup>, también deberá encargarse de requerir la actuación de la ley para que se haga justicia.

Siracusa dice que "la institución de un órgano estatal permanente encargado del ejercicio de la acción penal, surge del principio mismo de la publicidad de la acción, como consecuencia del concepto de que la acción incumbe al Estado"<sup>50</sup>, a lo que Vélez Mariconde ha agregado, que, además de esa necesaria ingerencia del Estado en resguardo de la defensa del interés público correlativo, su institución responde también a la imposibilidad de atribuir su ejecución, o sea la función requerente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción, sean los Tribunales de Justicia<sup>51</sup>.

De ahí que solamente se ha discutido en este aspecto, si conviene autorizar, y en qué medida, una intervención en el proceso penal (principal o subsidiaria) de los ciudadanos o del particular ofendido, conservando el M.P. la naturaleza y fundamento de existencia a que hemos aludido.

### B. Situación institucional

Este tema es, quizá, uno de los de mayor importancia; porque decidir, en los sistemas de Gobierno representativos con división de Poderes, a cuál de ellos debe pertenecer el Ministerio Público, ha sido

<sup>48</sup> PRIETO-CASTRO, L. Tratado de Derecho Procesal, parte primera, Derecho Procesal Civil, (T. I.) Madrid, 1952, págs. 159 y 160.

<sup>49</sup> HELLER, Hermann, Ob. cit., págs. 85 y siguientes.

<sup>50</sup> SIRACUSA. Il pubblico ministero, 1920, p. 46.

<sup>51</sup> VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. p. 283.

objeto de polémica y controversia entre los diversos procesalistas que se han ocupado de este aspecto.

No sin razón se ha afirmado por parte de Ortolán y Aschettino, que desde el punto de vista político la institución del Ministerio público "pertenece a la naturaleza de los gobiernos representativos"<sup>52</sup>.

Desde este punto de vista podemos señalar, básicamente, dos posiciones o criterios: a) los que consideran que debe pertenecer al Poder Ejecutivo; b) los que consideran que debe pertenecer al Poder Judicial. El primer criterio es considerado como el tradicional, mientras que el segundo es de reciente postulación.

Ya en el informe de la Comisión de Juristas costarricenses, dado a conocer íntegramente en la introducción de este trabajo, se planteaba esta cuestión con motivo de que nuestro M.P. pasaba a ser una dependencia del Poder Judicial. El informe, como puede ser corroborado, fue, por mayoría, contrario a esta postulación, aludiéndose, entre otras cosas, razones de inconstitucionalidad por implicar "el agregado de una función que no es la jurisdiccional que por mandato constitucional le corresponde" pero, en realidad, por haber estado presente en la mayoría apuntarse como razón fundamental de esta polémica, el temor al fortalecimiento del Poder Judicial y a la concesión de una potestad que hasta aquel entonces había pertenecido exclusivamente al Poder Ejecutivo.

Quienes estiman que la función requirente tiene un "carácter prevalentemente administrativo y pertenece por ende a la actividad propia del gobierno"<sup>53</sup>, o que "la acción penal forma parte de las atribuciones esenciales, y legítimas, del Poder Ejecutivo"<sup>54</sup>, son los que, lógicamente, afirman que el M.P. debe estar bajo la dependencia del Poder Ejecutivo; mientras que los que entienden que el susodicho instituto participa en una función judicial<sup>55</sup> creen que debe estarlo bajo la dependencia del Poder Judicial. Ello porque, de acuerdo con lo expresado por

<sup>52</sup> ASCHETTINO, V., del concurso della parte lesa nello svolgimento dell'azione penale, en Rivista Penale, Vol. VII, p. 27. Dato tomado de Vélez Mariconde, en su ob. cit. p. 285.

<sup>53</sup> Satta, quien niega dicho carácter al M.P., estima que para considerarlo como órgano administrativo, las funciones de éste tendrían que reducirse, por ejemplo, a las de vigilar a los jueces en el ejercicio de la jurisdicción e informar al superior jerárquico acerca de su conducta y provocar las oportunas providencias. (SATTA, ob. cit. pág. 72). Precisamente lo anterior considera Calamandrei que fue lo que ocurrió después de la Revolución Francesa, cuando en homenaje al principio de la separación de poderes, se consideró al M.P. como un representante del Poder Ejecutivo ante el Judicial, viniendo a funcionar a manera de un "ojo del gobierno", destacado ante los órganos judiciales, a fin de vigilar y estimular su funcionamiento. Esta concepción se refleja en el art. 77 del Ordenamiento Judicial Italiano del 30 de diciembre de 1923; y, posteriormente en la Relación ministerial italiana al R.D. del 30 Enero 1941. CALAMANDREI, P. ob. cit. p. 426.

<sup>54</sup> SIRACUSA, Ob. cit., págs. 138 y 157.

<sup>55</sup> VELEZ MARICONDE, Ob. cit. págs. 259 y siguientes.

Vélez Mariconde, de la naturaleza de la función que se le acuerda depende la situación institucional del órgano estatal.

Asimismo, y siempre de acuerdo con el criterio del jurista antes mencionado, deben ser partidarios de la segunda tesis (la de que el M.P. debe ser dependencia del Poder Judicial) quienes consideren que dicho instituto es un órgano de justicia (y cita como ejemplo a Sabatini)<sup>56</sup>.

Para Satta el hecho de que el M.P. haya sido considerado y organizado como una emanación del Poder Ejecutivo y dependa jerárquicamente de éste, carece de relevancia para la definición de su naturaleza jurídica (prescindiendo de su institucionalidad) pero Vélez Mariconde, quizá el más ferviente defensor de la dependencia judicial del M.P. entre los autores argentinos, insiste en que es insuficiente afirmar que entre dicho instituto y el Ministerio de Justicia no debe existir una relación jerárquica sino que el primero cumple sus funciones bajo la dirección o "vigilancia" del segundo. Por último reconoce Vélez que la última "solución legal italiana", —como él llama a la consideración de que el M.P. es un órgano de justicia— es francamente favorable a la independencia funcional del acusador público y significa un evidente progreso institucional", aunque según su opinión "no alcanza la congruencia que impone el criterio que parece inspirarla", porque "nadie puede ser realmente independiente de otro que lo nombra, dirige y vigila"<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> En este aspecto resulta sumamente interesante el criterio de Satta. Para él el Ministerio Público es un órgano genuinamente jurisdiccional, porque "la verdad es que la función (y el interés del ministerio público no tiene correspondencia más que en la función (y en el interés) del juez, quien también vigila la observancia de la ley, y la actúa continuamente en el ejercicio de la jurisdicción. La objeción —continúa más adelante— de que el ministerio público no tiene poderes de decisión o de ordenanza (al menos en el proceso civil) es evidentemente excesiva; porque se necesita demostrar primero que sólo hay jurisdicción allí donde esos poderes existen. En realidad nada impide considerar que como el Estado ha instituido los jueces para realizar la voluntad de la ley, haya instituido también los órganos para estimular la realización de tal voluntad: y que por tanto pueda configurarse una jurisdicción que se ejercita por vía de acción". SATTA, S.; ob. cit. págs. 74 y 75. Carnelutti, sin embargo, opina que el Ministerio Público ofrece el aspecto de un ser ambiguo entre la parte y el Juez: "obra como aquella —dice— pero está hecho como éste". (Precisamente dirá que el M.P. es una parte imparcial, criterio éste que luego analizaremos en el apartado correspondiente) CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil (traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo). Ed. Uteha, Argentina, Buenos Aires, Vol. II. 1944. p. 52. Para Calamandrei no cabe duda que, de acuerdo al ordenamiento judicial vigente, no se ha abandonado la concepción que considera las funciones del M.P. (italiano desde luego) "aunque preordenadas al ejercicio de la jurisdicción, como sustancialmente pertenecientes a la función administrativa". Posteriormente hace un análisis respecto de la posición orgánica de los Magistrados del M.P., que, aunque "bajo cierto aspecto tienen las mismas prerrogativas que los magistrados juzgadores con los cuales constituyen un "orden judicial" "único", tienen otras diferencias sustanciales que les distingue. CALAMANDREI, ob. cit., 426 y 427.

<sup>57</sup> VELEZ MARICONDE, A. Ob. cit. págs. 259 y 260.

El tratadista argentino Clariá Olmedo, también defensor del criterio de Vélez, expone, en forma amplia, la institucionalidad del M.P. (M.F.), considerándole como un órgano de justicia, al igual que los Tribunales, pero que no ejercita el poder jurisdiccional que es privativo de éstos<sup>58</sup>.

Resulta muy interesante, para los efectos del presente apartado, analizar los criterios que se siguen entre importantes legislaciones, como lo son la francesa, italiana y española.

De acuerdo con la legislación francesa el M.P., (Ministère Public) representa al Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial<sup>59</sup>, pero dicha ley no autoriza inmisiones gubernativas o políticas en la actividad del citado instituto, lo que le desviaría de sus fines objetivos de legalidad y justicia.

A la cabeza del mismo se encuentra el Ministro de Justicia (Garde des Sceaux)<sup>60</sup> que en virtud del principio de la subordinación jurídica tiene el derecho de dar instrucciones a los miembros del M.P., a fin de que éstos ejerzan o se abstengan de ejercer la acción pública, y en caso de resistencia, provocar un cambio de residencia o su cesantía, pero en la opinión de muchos y renombrados juristas franceses (Garraud, Hélie y Goyet, entre otros), ahí se detienen sus poderes, lo que en el criterio de Vélez resulta irónico: "Parece irónico, dice, si se sigue pensando en los funcionarios" —refiriéndose a lo que sucede en la realidad<sup>61</sup>.

Garraud explica que ciertamente los miembros del M.P. tienen la obligación de dirigir a los tribunales las peticiones que les ordena formular el Ministro, o dimitir de sus funciones; "pero tienen el de-

<sup>58</sup> CLARIA OLMEDO, J.; ob. cit. pág. 290. Este tratadista expone lo siguiente, refiriéndose al M.F.: "Es el órgano judicial público instituido para excitar la decisión del órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción. Salvo esta fundamental diferencia, ambos (M.P. y Tribunales) son representantes de la soberanía en la rama judicial, y deben actuar conforme a las prescripciones legales. El Tribunal pone en acto el poder jurisdiccional por medio de los jueces; el ministerio fiscal pone en acto el poder de acción penal (o civil en su caso) por medio de los fiscales (procuradores o agentes) que lo componen". *Ibidem*.

<sup>59</sup> La organización actual del M.P. francés es la establecida por diversas leyes recientes (22 de diciembre del año 1958; 3 de julio del año 1967 y 7 de julio de 1970) así como otras disposiciones que regulan puntos concretos o modifican anteriores. En relación con las actividades concretas de los "magistrados débout" —denominación ésta (Magistrados) que también utiliza la legislación italiana para los miembros del M.P.— en el orden penal, rige el Código de Procedimientos Penales (Code de Procédure pénale) promulgado el 31 de diciembre de 1957 y que tiene vigencia a partir del 2 de marzo del año 1959, fecha ésta en que entró en vigor la total reforma judicial. Datos obtenidos de PRIETO-CASTRO, ob. cit. págs. 31 y 32. (Ver supra nota 39).

<sup>60</sup> Vélez Mariconde hace una traducción literal del mismo ("guardasellos") lo que resulta incomprensible —por no decir imperdonable— en un tratadista de su prestigio. (Ver ob. citada, pág. 245).

<sup>61</sup> VELEZ MARICONDE, A.; Ob. cit. p. 245.

recho de informar en la audiencia según su opinión personal (el subrayado no es del texto original), aún por la desestimación de sus peticiones o requerimientos<sup>62</sup>; pues las conclusiones, que no son más que la opinión del magistrado<sup>63</sup> que las da, deben quedar libres para ser concienzudas<sup>64</sup>. El Ministerio Público tiene el honor de afirmar, hoy como antes, que si la pluma es sierva, la palabra es libre" ("la plume est serve, la parole est libre"). Con la anterior formulación se pretende explicar "por qué" se detienen los poderes del Ministro<sup>64</sup>.

En Francia ha comenzado, pues, a manifestarse inclinación a distinguir la doble faceta del M.P., (M.F.), esto es, como órgano de legalidad y de justicia, por un lado; y de otro, como representante del Poder Ejecutivo encarnado por el Gobierno, cerca de los Tribunales de justicia. "Entonces, se puede predicar de él la independencia, cuando actúa en el primer aspecto que es donde más interesa"<sup>65</sup>.

En Alemania, ya antes de la Gran Reforma del proceso penal del año 1974 (Neue Grosse Strafverfahrensreform) se había discutido acer-

<sup>62</sup> Esta parte de la cita de Garraud no nos resulta comprensible, pero no disponemos del texto original que podría darnos el sentido. (Cit. por Vélez M. en su Ob. cit. pág. 245).

<sup>63</sup> Como ya señalé anteriormente, tanto en Italia como en Francia se denominan "Magistrados" a los funcionarios del M.P., nombre éste que se suele aplicar a miembros superiores jerárquicos del Poder Judicial, en nuestro país.

<sup>64</sup> Vélez Mariconde combate esta formulación diciendo: "Ante la evidente necesidad de que el M. Público se inspire solamente en la ley y en la verdad, con esta fórmula se procura una parcial o relativa independencia funcional de sus miembros; pero el subterfugio implica una confesión de que, estando encargado de una función de justicia, este organismo no puede depender del Poder Ejecutivo cuando emite sus conclusiones finales acerca del fundamento de la pretensión represiva. Además, la doctrina es de una dudosa eficacia real, pues no puede gozar de verdadera independencia un funcionario respecto de otro que lo nombra, que le dá órdenes e instrucciones y que tiene la facultad de trasladarlo o dejarlo cesante. La solución no puede depender de un principio que contradice la verdadera situación del Ministerio Público, y cuya eficacia depende, en último término, de la buena voluntad del representado; la solución debe ser buscada franca y derechamente". Ob. cit. p. 245, párrafo final, y 246. Esta crítica nos parece justa, ya que la independencia funcional de un miembro del M.P. no puede quedar amparada, en última instancia, al hecho de que al emitir conclusiones lo haga libremente, mientras que con anterioridad el Ministro le ha señalado ciertas normas de actuación.

<sup>65</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., p. 36. El mismo Prieto Castro indica que esta inclinación "se ha representado con gran copia de argumentos por Micaela-Laura, Rassat (Le Ministère Public entre son passé et son avenir; Paris, 1967); obra premiada por el Ministerio de Educación Nacional y por la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, que para mantener la pureza del Ministerio Fiscal desde el punto de vista de sus funciones de legalidad y justicia llega a proponer la creación de un cuerpo de funcionarios de nombramiento gubernativo, que podría hallarse adscrito al Ministerio del Interior (Gobernación)", ya que parece que ésta es la tendencia actual —en la opinión de Rassat—, aduciendo que el Gobierno no se halla interesado en todos los procesos penales y civiles, de manera que el número de estos funcionarios podría ser muy inferior al de magistrados del M.P." Ob. cit. pág. 37.

ca de la equiparación de los miembros del M.P. a los jueces, en virtud de las funciones que la ley de enjuiciamiento criminal alemana les venía asignando. Uno de los portavoces de dicha aspiración es el Teniente Fiscal de la Confederación Max Kohlhaas, que en una curiosa obra<sup>66</sup> presenta las razones a su juicio determinantes de la escasa estima en que se tiene a la *Staatsanwaltschaft* (él habla de Resentimen) en muchos ámbitos, pero sin creer que ésta fuese la causa de que al tratar del personal jurisdiccional la Constitución de Bonn (Bonner Grundgesetz), y la Ley de la Judicatura alemana (llamada *Deutsches Richtergesetz*) del 19 de abril del año 1972, se omitiesen alusiones al Ministerio Público (ó M.F.) considerando que serían las preocupaciones de los legisladores y el exceso de trabajo los determinantes de dicha omisión, y que ello no entraña una negativa a la equiparación, negativa muy perjudicial, pues se lleva, según él, a vías equivocadas, mientras se olvida —decía en 1963— que el M.F. (M.P.) alemán declara el sobreesimiento (*Einstellung*) del ochenta por ciento de los casos en que interviene, lo que es tanto como actuar prácticamente igual que un juez, pronunciando absoluciones anticipadas, pues de hecho, cuando así procede nada menos viene a negar la existencia en el caso concreto del “legal derecho de castigar del Estado”<sup>67</sup>.

La legislación italiana, respecto del M.P. (Pubblico Ministero) presenta una evolución similar a la de los otros países europeos occidentales. Los ensayos legislativos<sup>68</sup> culminan primeramente en el Or-

dinamento *Guidiziaro* del 6 de diciembre del año 1865, siendo luego sustituido por el del 30 de diciembre del año 1923, y luego por el que actualmente se haya en vigor, del 30 de enero de 1941, en el que se dispone que el M.P. “ejerce, bajo la *vigilancia*”<sup>69</sup> del Ministerio de Gracia y Justicia, las funciones que la ley le atribuye” como “órgano propulsor y colaborador de la justicia”, de modo que los magistrados que lo integran pertenecen al “Orden Judicial”, y gozan de independencia funcional. Están sometidos, sin embargo, al Ministro, a fin de que cumplan eficaz y escrupulosamente sus funciones, aunque gozan de inamovilidad.

De acuerdo con Manzini, en teoría los poderes del Ministro se reducen, en la actualidad, a la vigilancia sobre la marcha regular de los asuntos y a la disciplina, excluyendo cualquier ingerencia o directriz en los asuntos, pero en la práctica dicha dependencia se traduce en una verdadera dirección, tanto que no se promueve el ejercicio de la acción penal siempre (en todos los casos) en que parece cometido un delito, según dispone el principio de legalidad, sino que impera el criterio político o de oportunidad<sup>70</sup>.

La situación anterior nos lleva a plantearnos una serie de interrogantes respecto de la libre intervención del M.P. italiano.

En España “el espectro de funciones, deberes y facultades del M.F. es, seguramente, el más amplio que se conoce en Europa, porque la atribución de todo ello se ha producido en el curso de muchos años de presentarse y sentirse las necesidades que se ha estimado que el instituto podía satisfacer y también porque cuando el “*ministère public*” influye desde Francia en la legislación española (como en la de casi todos los países de Europa), se contaba ya entre nosotros, como hemos dicho, con una serie de importantes e interesantes atisbos históricos del Ministerio Fiscal<sup>71</sup>. En este país también el M.P. (M.F.) es dependencia del Poder Ejecutivo, definiéndosele en la Ley Orgánica del

<sup>66</sup> Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt. (“Posición del Ministerio Fiscal como parte del Poder Jurisdiccional”). Neuwied am Rhein, 1963, *passim*. Para la comprensión del texto alemán nos ha ayudado el Prof. Prieto-Castro.

<sup>67</sup> Al respecto, el Dr. Prieto-Castro opina que “las aspiraciones equiparadas eran posibles en un sistema que otorgaba al M.F. facultades muy próximas a las de un juez y con más razón lo sería después de la “Gran Reforma”, que convirtió al M.F. en un verdadero Juez instructor (como ocurre actualmente en Costa Rica —ver artículos 401 al 414 que tratan de la “instrucción” que realiza el Agente Fiscal en asuntos de citación directa), solo en muy escasa medida y en pocas ocasiones sometido a la censura de un juez jurisdiccional”. Pero no existe una opinión unánime en tal sentido, e inclusive en la obra de Rosenberg Löwe (señalada también por Prieto-Castro) en la que colaboran dos fiscales de la Audiencia de Bremen, se dice que el M.F. no realiza, a pesar de todo, funciones jurisdiccionales, sino una actividad administrativa (esta obra es del año 1975 y sus datos bibliográficos pueden verse en la ob. cit. p. 28, cita n° 18). La controversia en torno a la naturaleza de la actividad del M.F. alemán se promueve únicamente respecto de sus intervenciones en el proceso penal, sin aludirse para nada al civil, concluyendo el mencionado Prieto-Castro, que “llevan razón quienes afirman que el M.F. alemán es partícipe de funciones jurisdiccionales, pero que también la llevan quienes sostienen que es solo un interviniente en la administración de justicia; es decir, dos términos que se repelen, o una gran paradoja”. (Ver ob. cit. págs. 27 a 31 incl.).

<sup>68</sup> Estos datos han sido tomados de Prieto-Castro, *Ibidem*; de SATTA, ob. cit. p. 72; y CALAMANDREI, quien remite a la obra de D’Amelio (El Ministerio Público en el nuevo C.p.c. comentado, págs. 329-332) para los precedentes históricos del Instituto. Ob. cit. 425 y 426.

<sup>69</sup> Ver al respecto el artículo 69 de la ley citada, tomando nota de que originalmente en la misma, en lugar de la palabra “vigilancia” se decía “dirección”, siendo reformada la misma, entre otros aspectos, por el Decreto Ley de 1946. Anteriormente, en el ordenamiento judicial de 1928, se decía que el M.P. era un “representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial, puesto bajo la dirección del Ministro de Justicia” (art. 77). CFR. asimismo, a MANZINI, Vincenzo; Tratado de Derecho Procesal Penal (Trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín). Ed. Juríd. Europa-América (E.J.E.A.) Buenos Aires, 1953. (T. II) págs. 318 y ss.

<sup>70</sup> “En la práctica las cosas ocurren de otra manera siempre que lo aconseja un interés político, o que se le supone tal. Y se ha visto en pleno régimen republicano, y aún después de promulgada la Constitución, por ejemplo, respecto de las huelgas de los funcionarios públicos y de los encargados de servicio público, en contra de los cuales no se promovió. Aunque no haya una intervención directa del Ministro, sería excesivo exigir del M. Público una independencia que lo pusiera en conflicto con la política del gobierno y a veces hasta con la opinión del Parlamento”. MANZINI, ob. cit. p. 362. En igual sentido, CALAMANDREI, ob. cit., págs. 428 y 429.

<sup>71</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., págs. 22 y 23.

Estado del 10 de enero del año 1967, como "órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia"<sup>72</sup>; pero contrariamente a lo apuntado respecto del M.P. italiano, ningún jurista español (de los consultados, desde luego) estima que en dicho instituto se observe influencia política (del Gobierno o del Poder ejecutivo en concreto) puesto que ni siquiera se hace alusión a ella, en la mayoría de los casos.

Se insiste en que el M.F. (M.P.), "es un órgano adscrito a los tribunales de justicia" que "procede con criterios jurídicos propios, no político-administrativos y se mueve con la permanente idea del respeto a un estatuto de independencia de los Tribunales, que él mismo es el primero en sentir y en desear"<sup>73</sup>.

Así pues, aunque el M.F. español actúa como representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial<sup>74</sup>, es de estimar, de acuerdo con los distintos procesalistas de esta nacionalidad, que la influencia política no ha existido, o ha sido mínima.

Al respecto no puede ser más clara la opinión de Prieto-Castro cuando afirma: "En todo caso, el Ministerio Fiscal de este País (refiriéndose a España, desde luego) se halla concebido de tal modo que nunca pudo ser empleado para finalidades políticas o de conveniencia en detrimento de los derechos fundamentales y de los subjetivos de la persona, y la formación adquirida por el personal que lo compone habría constituido un obstáculo muy difícil de vencer para ese designio". (El subrayado no es del texto)<sup>75</sup>.

La legislación costarricense, siguiendo la nueva doctrina que considera al M.P. como dependencia del Poder Judicial, se inclinó por configurarlo institucionalmente de dicha manera, sobre todo por la influencia y orientación del maestro Vélez Mariconde, quien, como se explicó en los prolegómenos de este trabajo, tuvo una participación activa en la creación de nuestro Código Procesal Penal vigente. Y en honor a la verdad, los resultados en este aspecto, son inmejorables.

<sup>72</sup> Ya anteriormente expusimos la crítica que el Dr. Prieto-Castro hace a este concepto.

<sup>73</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, pág. 159.

<sup>74</sup> El artículo 763 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial del 15 de setiembre de 1.870 Título XX, en que se regula el Ministerio Fiscal español dice: "El Ministerio Fiscal velará por observancia de esta ley y de las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial". (Debemos aclarar que los artículos 764 a 854 del citado Título XX están modificados por LL. 26 de mayo y 19 de julio de 1.944; 17 de julio de 1.945, 27 de abril de 1.946 y 23 de diciembre de 1.948; así como por los R.R.D.D. 21 de Junio de 1.926 y 28 de febrero de 1.927. DATOS TOMADOS DEL ARANZADI de legislación).

<sup>75</sup> PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., pág. 26, párrafo segundo.

En todo caso, la tendencia actual trata de separar al M.P. en mayor o menor grado, del Ejecutivo<sup>76</sup>, siendo éste un problema de política legislativa<sup>77</sup> que varía según los países, y según por qué no decirlo, los temperamentos.

Resumiendo nuestro criterio debemos decir que, efectivamente, pensamos que el M.P. debe actuar con independencia funcional ("proceder con criterios jurídicos propios, no político-administrativos", como afirma el citado Prieto-Castro), y eludir con cautela, si es que se presentan, influencias político-gubernativas que pudiesen comprometer su referido criterio jurídico.

No hay absoluta garantía de que dicha influencia desaparezca por completo al dejar de ser el M.P. dependencia del Ejecutivo, por una u otra razón<sup>78</sup>, aunque ciertamente disminuyen sus posibilidades; pues pensamos que, en última instancia, el que el citado instituto pueda ser empleado o no con finalidades políticas o de conveniencia, depende

<sup>76</sup> Desde este punto de vista reviste gran interés la Convención Nacional del año 1973 celebrada en Mantua (Italia) sobre "La Reforma del Ministerio Público", de la cual informa el Dr. Prieto-Castro en su conferencia (ob. cit. supra nota 39, págs. 38 y 39), resumiéndose en la Ponencia del "grupo di lavoro", suscrita por el Prof. Fileno Carabba (Il Pubblico Ministero nell'ordine costituzionale) las opiniones manifestadas en Italia acerca de la posición del M.P., y de las cuales podemos reseñar las siguientes: 1) Independencia del M.P. del Poder Ejecutivo por dos razones: ante todo porque las atribuciones de tal órgano escapan a la llamada autoridad de gobierno que pertenece al ejecutivo; y porque la administración de justicia debe ser apartada de las presiones políticas que pueda ejercer el Gobierno a través de un M.P. sometido a las directivas del Ministro. 2) Supresión del instituto, pues al considerarse antitético con el principio de la separación de poderes la ingerencia del Ejecutivo en la función jurisdiccional, no queda otra solución que confiar a la Magistratura todas las funciones judiciales. 3) La actividad del M.P. es administrativa y como tal competencia del Gobierno; por tanto debe pertenecer al Ejecutivo; y 4) Se expone una teoría mixta; el M.P., en la medida en que vela por la observancia de la ley, no tiene más remedio que ser un órgano independiente e imparcial; y en cuanto se le confían cometidos administrativos y disciplinarios, es órgano administrativo, y por tanto, sujeto al Ministro de Justicia.

<sup>77</sup> Según Vélez Mariconde "para resolver nuestro problema de política legislativa, por lo tanto, debemos tener en cuenta la naturaleza, los fines y efectos de la función más importantes que se le acuerda al M.P., es decir, de los actos que cumple cuando promueve y ejerce la acción penal: si ellos son de carácter administrativo (cita aquí a Lanza, quien afirma que la acción penal es un acto procesal administrativo) tendrán razón quienes afirman que los miembros del M.P. deben estar bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, como cualquiera de sus empleados; en caso contrario, si se trata de una función sustancialmente judicial, tales funcionarios deben integrar el Poder Judicial y ser absolutamente independientes del P. Ejecutivo". Ob. cit. p. 249.

<sup>78</sup> PETROCELLI, por ejemplo, afirmaba que la dependencia del M.P. del Poder Ejecutivo ha perdido su originaria constitucional y política razón de ser (Il Pubblico Ministero e l'unità dell'istruttoria penale, Publ. in Rev. Penale, 1925, p. 18) Datos tomados de Vélez Mariconde, en su ob. cit. p. 260. Confrontar así mismo, en relación con las innovaciones del sistema alemán, las notas números 82, 83 y 84 de este trabajo.

de como se halle concebido el mismo y de la formación profesional (ético-jurídica entre otros aspectos) de las personas que lo integran, porque de nada serviría contar con un organismo absolutamente separado de cualquier influencia política si sus miembros son corruptos.

## DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ASILO POLITICO

*Dr. Enrique Rojas Franco*



DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE  
LEY DE ASILO POLITICO

Dr. Enrique Rojas Franco

Existe un *proyecto* presentado por el Diputado Arnoldo Ferreto Segura, ante la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa, denominado *Ley de Asilo Político*. Las siguientes consideraciones fueron realizadas por el suscrito a petición de la Junta Directiva del Colegio de Abogados con motivo de la consulta formulada por la indicada comisión.

**"Artículo Primero:** Toda persona perseguida por otras personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, en razón de sus creencias, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos, o comunes conexos con políticos, según la ley costarricense, podrá acogerse al asilo político de nuestro país en los términos de los artículos que siguen". Esta norma se ha extraído en parte del artículo VI de la Convención sobre Asilo Diplomático firmada en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954, ratificada por la Asamblea Legislativa de Costa Rica el 10 de diciembre de 1954. Y digo que en parte por cuanto el artículo V de esa misma Convención establece "que el asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia" y el citado *supra* VI, lo que hace es decir "se entienden como casos de urgencia, entre otros, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades o por las autoridades mismas". Sin que se mencione en ambos artículos de la Convención) (lo que hace novedoso el artículo primero del proyecto), la enunciación de que la persona sea perseguida "en razón de sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos con políticos, según la ley costarricense".

Ahora bien, habiendo Costa Rica ratificado la Convención de Caracas, ese artículo forma parte del ordenamiento jurídico costarricense y tiene una autoridad superior a las Leyes de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución Política. De este modo no hay necesidad de establecer por ley ordinaria requisitos o condiciones fijadas por un convenio internacional de mayor rango que aquella. En cuanto a lo no especificado en el Convenio y que es materia de adición en el proyecto, cabe hacer la observación de que tampoco invoca el proyecto por cuanto si bien los Convenios Internacionales firmados por Costa Rica (La Habana 1928, Montevideo 1933), no establecen la conexidad de los comunes con los delitos, ni las condiciones en que se deba otorgar el asilo, la Convención sobre Asilo Territorial firmada en Ca-

racas por todos los países miembros de la Organización de los Estados Americanos, (a excepción de los Estados Unidos de América que no reconoce el asilo político ni diplomático), lo establece en sus artículos II y IV. De modo que todo este artículo se encuentra regulado debidamente por un Convenio Internacional que a no dudarlo garantizan una mayor efectividad jurídica de la institución del asilo tanto territorial como diplomático.

“*Artículo Segundo.* Para los efectos de esta ley, se entenderá que se está acogiendo al asilo político costarricense, toda persona que se refugie en la sede de una misión diplomática ordinaria o extraordinaria de la República, o en la residencia de los jefes de misión, y que invoque la condición de perseguido, o que habiendo ingresado legal o ilegalmente al territorio nacional, así lo solicite a las autoridades competentes”. Este artículo es una mezcla de los dos tipos de asilo reconocidos por la doctrina internacional, a saber el asilo diplomático y el territorial.

En efecto, dice el artículo de comentario: “Para los efectos de esta ley, se entenderá que se está acogiendo al asilo político costarricense, toda persona que se refugie en la sede de una misión diplomática ordinaria o extraordinaria de la República o en la residencia de los jefes de misión y que invoque la condición de perseguido” (asilo diplomático). La Convención de Caracas, que repetimos Costa Rica es signataria, habla de *legaciones*, (artículo 10) y los define en los siguientes términos: “Para los fines de esta Convención, *legación* es toda sede de misión diplomática ordinaria y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de ellos exceda de la capacidad normal de los edificios”.

Es mi criterio que basta la definición que hace el Convenio de *legación* para establecer los recintos físicos que sirven para decidir los casos de asilo. No he encontrado en los diferentes estudios que he consultado sobre la institución del asilo diplomático ni en tratados internacionales, la posible extensión del recinto físico a “las misiones extraordinarias”. Nuevamente repetimos, el Convenio tiene fuerza superior a las leyes y por ende prevalece en caso de pugna o de oposición con aquella. Por otro lado, en caso de que efectivamente Costa Rica pretendiera dar asilo diplomático en la sede de una misión diplomática extraordinaria, habría problema con el país territorial, el cual, a no dudarlo podría invocar la fuerza a efecto de sustraer al perseguido político produciéndose un conflicto de carácter internacional, que resuelto a la luz de los principios jurídicos que informan la institución del asilo diplomático, Costa Rica saldría perdedora. En cuanto al asilo territorial que establece el artículo II del proyecto, la disposición que dice: “o que habiendo ingresado legal o ilegalmente al territorio nacional, así lo solicite a las autoridades competentes” ya se encuentra regulado en el Convenio de Caracas sobre Asilo Territorial al establecer en su artículo V: “el hecho de que el ingreso de una persona a la jurisdicción territorial de un Estado se haya realizado subrepticamente o irregular-

mente, no afecta las estipulaciones de esta Convención”. Esta última premisa es más clara y lógicamente regula la entrada legal o ilegal del perseguido a territorio costarricense, es más, en mi criterio la Convención es más amplia al decir: “subrepticamente”. En resumen, este artículo como el anterior regulan situaciones expresamente establecidas por un Convenio Internacional debidamente firmado por todos los países de América, a excepción de los Estados Unidos de América.

“*Artículo Tercero.* La solicitud del asilo se hará ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, y podrá presentarse ante cualquier autoridad costarricense, la que queda obligada a transmitirla sin demora al primero. La prueba de que es objeto de persecución en los términos del artículo I, podrá hacerse por cualquier medio, y aún basarse en presunciones o indicios”.

En materia de procedimiento los convenios internacionales regulan la situación entre el Estado territorial y el Estado asilante, pero nada dicen, respecto al procedimiento que debe seguir el perseguido político para que se le conceda el beneficio. Sin embargo, se establece que el Estado asilante tiene derecho a conceder el asilo, *pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega* (artículo II Convención de Caracas), así como la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución (artículo IV ídem jus), finalmente establecen la urgencia y su apreciación (artículos V y VI). En el IX se atribuye la facultad para el funcionario diplomático asilante de solicitar informaciones para formar criterio, al gobierno territorial. Esto último en cuanto al asilo diplomático. En lo que se refiere al territorial, existe la disposición número XI que dice: “En todos los casos en que la introducción de una reclamación o de un requerimiento sea procedente conforme a este convenio, la apreciación de la prueba presentada por el Estado requirente dependerá del criterio del Estado requerido”. Pero lo importante y para ello es menester hacer la diferenciación entre las facultades de apreciación y su posterior decisión, entre el asilo diplomático y el territorial. Si bien es cierto que en ambos corresponde la apreciación de las condiciones fácticas de la persecución al Estado asilante (urgencia, peligro de su vida, delito político, conexidad, etc.), el convenio estipula que no está obligado el jefe de misión a otorgarlo ni a explicar por qué lo deniega; en otros términos el convenio le permite denegar el derecho de *asilo diplomático* y no está constreñido a decir el por qué de su negativa. Por otro lado, es posible que los funcionarios o jefes de misión de todos los países americanos consulten con la Cancillería de sus respectivos países en caso de petición de asilo diplomático, pero es lo cierto también que jurídicamente corresponde solamente a ese Jefe de misión diplomática, con exclusión del Ministerio de Relaciones Exteriores de su país, el conceder o no el asilo. De modo que ese artículo III atenta contra el espíritu doctrinario y positivo externo de la institución de asilo diplomático.

Diferente es el caso del asilo territorial, en donde es posible establecer mecanismos o procedimientos para concederle el asilo territorial y para impugnar el acto concedente o desestimatorio, tal y como lo analizaré posteriormente.

“Artículo Cuarto. Corresponde exclusivamente al Ministerio de Relaciones Exteriores otorgar o denegar el asilo, lo que deberá hacer dentro de los 30 días siguientes a la solicitud. Cuando lo denegare, no podrá enviarse al solicitante al país o países en los cuales dice ser perseguido, y deberá ayudársele para que se dirija al que desee. Solo podrá enviarse al solicitante de asilo al país o países en que dice ser perseguido, cuando haya prosperado una demanda de extradición, en los términos de la ley respectiva. La decisión del Ministerio podrá ser impugnada en la vía Contencioso Administrativa, en la cual el reclamante no estará obligado a rendir fianza de costas. Mientras no haya habido sentencia, no podrá obligársele a salir del país.” Este artículo es un complemento del anterior y considero que la exclusividad de denegar u otorgar el asilo, territorial, corresponderá al Ministerio de Relaciones Exteriores, jerarca del ente y autoridad nacional más capacitada para evaluar y decidir en materia de asilo. Reiteramos que no ocurre lo propio con el diplomático porque el jefe de misión es el que está más enterado de la situación política del país perseguidor, de las vicisitudes, y demás circunstancias de hecho que presenta, aquel, en aras de una mayor comprensión del otorgamiento del beneficio. Téngase presente que en éste lo que pretende es regular una situación de urgencia, —salvar la integridad física o la vida del perseguido— pero sus efectos posteriores son de sacarlo del país territorial bajo su amparo, dirigiéndose al país de donde es originario el jefe de misión o bien a otros. En tal forma ese tipo de asilo, diplomático, es transitorio y provisional aún cuando como en el caso de Víctor Raúl Haya de la Torre se prolongó por muchos años.

Por lo demás el artículo IV establece que si “el Ministro de Relaciones exteriores niega el derecho de asilo, el solicitante no podrá enviársele al país en los cuales es perseguido.” Esto ya está expresamente previsto en el artículo III de la Convención sobre Asilo Territorial ya comentada. La frase “Solo podrá enviarse al solicitante de asilo al país o países en que dice ser perseguido, cuando haya prosperado una demanda de extradición, en los términos de la ley respectiva”, también está regulado en nuestra ley de Extradición y así mismo por el artículo 4 de la Convención sobre Asilo Territorial.

#### *Posibilidad de impugnar la decisión en la vía Contencioso-Administrativa*

En lo que se refiere a la posibilidad de impugnar en la vía Contencioso-Administrativa, la denegatoria a la solicitud de asilo del Mi-

nisterio de Relaciones Exteriores, aquí sí es novedosa la ley y estamos de acuerdo con admitir esa vía en el entendido de que sea el asilo territorial, no el diplomático por las razones expuestas *supra*.

El artículo 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Nº 3667 de 12 de marzo de 1966), establece la imposibilidad de la jurisdicción de conocer de las siguientes materias:

- “a) Materia Penal.
- b) Materia de trabajo, salvo los actos de la Administración Pública que se refieren a la separación de los Directores de las Instituciones Descentralizadas (artículo 87 y 88 iusjudem).
- c) Las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o *con motivo de las relaciones internacionales de la República* sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa.” (Se transcribió íntegramente el inciso b) del artículo 4 supracitado).

Incuestionablemente el problema más importante a informar es si el inciso c) transcrito impide a la jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores que deniega u otorga el asilo territorial. En otros términos si esa decisión se dicta con motivo de las relaciones internacionales de la República o es algo diferente de ellas. Cabe mencionar, que consulté el proceso Contencioso-Administrativo que sin duda dio origen al proyecto de ley en estudio, incoado por el ciudadano guatemalteco don Aníbal Calderón contra la decisión administrativa dictada por el Ministro de Relaciones Exteriores que le denegó la calidad de asilo político.

El señor Juez Segundo de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda resolvió que la jurisdicción Contencioso-Administrativa no era competente para conocer de la impugnación del acto de expulsión por tratarse de materia que regula las relaciones internacionales de la República; esa decisión fue confirmada por voto de mayoría del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo y revocada en voto de minoría por considerar que sí era competente la jurisdicción para anular o mantener el acto dictado por el señor Ministro de Relaciones Exteriores. El actor presentó recurso de Casación que fue admitido; posteriormente se previno papel para su sustanciación, el cual no fue presentado, de esta forma la Sala de Casación no pudo decidir sobre el recurso.

En mi criterio, el texto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa eliminó el concepto anterior que prevalecía sobre los llamados actos de gobierno o actos políticos, que son aquellos emanados de la Administración Pública pero no sujetos al Derecho Administrativo aunque sí al Derecho Público. Ejemplo: el derecho de veto y gracia que ejerce el Poder Ejecutivo, específicamente el Presi-

dente de la República y el Ministro de Gobernación; el nombramiento y cesación de los funcionarios diplomáticos, función que realiza el Consejo de Gobierno; la declaratoria de inconstitucionalidad de un proyecto de ley vetada por el Poder Ejecutivo, en la cual su decisión incumbe a la Corte Plena. Estos actos tienen en la mayoría de los casos origen en las atribuciones que a los poderes del Estado confiere la Constitución Política de la República, por ello están sujetos al Derecho Público, pero no sujetos al Derecho Administrativo y por ende no revisables en un proceso Contencioso-Administrativo aunque sí en una jurisdicción constitucional. Razones de Estado o políticas impiden a un órgano jurisdiccional revisar los citados actos, a menos como dije que existiere una Corte Constitucional.

Ahora bien, concretando más el estudio, es posible establecer la siguiente premisa: puede considerarse como acto motivado en las relaciones internacionales de la República la decisión del Ministro de Relaciones Exteriores que acoge o deniega la solicitud que formula un ciudadano extranjero para que se le otorgue asilo diplomático o territorial? En cuanto al asilo diplomático creo y reitero no es posible revisar el acto por la urgencia y por la imposibilidad práctica de examinar la situación de hecho que presupone el otorgamiento o rechazo del beneficio. Diferente criterio en lo que se refiere al asilo territorial, sea cuando el extranjero se encuentre en territorio costarricense, por las siguientes razones:

I.—Considero que no está en juego las relaciones internacionales de la República pues éstas se refieren a la capacidad que tiene el Estado de Costa Rica como persona internacional para negociar y suscribir toda cuestión de índole externa, específicamente los tratados y convenios internacionales, la responsabilidad internacional, los votos en los organismos internacionales, retiro de embajadores, y todo acto de índole diplomática.

II.—La jurisdicción Contencioso-Administrativa no es competente para controlar la actividad internacional o diplomática del gobierno. Se consideran relaciones internacionales los actos cumplidos por el Estado costarricense en sus relaciones con organismos internacionales o Estados extranjeros. Se comprende en esta fórmula todo lo que concierne a la negociación, ratificación o interpretación de actos o acuerdos diplomáticos así como su firma y su ejecución. También los siguientes ejemplos: la ejecución o la inejecución de compromisos internacionales o de cláusulas de tratados internacionales; la representación, la defensa o la protección con respecto de autoridades extranjeras de los costarricenses o la protección de intereses costarricenses en el extranjero y de una manera general el ejercicio de las funciones diplomáticas propiamente dichas. Por este motivo un ciudadano costarricense no podría establecer un proceso contencioso-administrativo contra la Administración Pública (Gobierno, Consejo de Gobierno, Ministro de Relaciones

Exteriores), por cuanto no sostuvo su candidatura a uno de los puestos de una organización internacional. Sin embargo, el Juez Contencioso-Administrativo es competente cuando la actividad litigiosa es una actividad administrativa, independiente de las relaciones internacionales o de las convenciones diplomáticas, si ella es susceptible de ser extraída de un Convenio o Tratado Internacional y su validez y consecuencias pueden ser apreciadas independientemente de sus orígenes o de sus incidencias internacionales. Así por ejemplo la jurisdicción administrativa puede ser competente para apreciar la validez de aquellas disposiciones de un decreto administrativo ratificando una convención diplomática que no es conforme a esa convención diplomática.

III.—No se debe perder de vista que los tratados internacionales pueden tener un doble objeto y un doble efecto. Los unos imponen únicamente obligaciones a los Estados que lo han firmado: son elementos de derecho internacional público; ellos no pueden dar lugar más que a litigios entre Estados y su contencioso corresponde a los procedimientos internacionales de conciliación, arbitraje o a las jurisdicciones internacionales tales como la Corte de la Haya. Otros tratados, aún cuando tengan efectos de derecho internacional, tienen efectos sobre los derechos y obligaciones, *sobre la situación jurídica de los ciudadanos de los Estados firmantes en sus relaciones con estos Estados*; y es sobre todo este tipo de tratados que se puede decir se incorporan al derecho interno de los Estados.

De modo que hay que concluir que el inciso b) del artículo 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se refiere a los primeros y no al segundo tipo de tratados o convenios internacionales. Porque en tratándose de los primeros está en juego las relaciones entre el poder Ejecutivo con una autoridad que escapa a todo control jurisdiccional costarricense, es decir una potencia extranjera. Pero cuando esa relación es entre el ciudadano extranjero y el Estado Costarricense, estamos en presencia de una relación típicamente regulada por el proceso contencioso-administrativo, en el cual aquél tiene un derecho individual subjetivo o tutelado jurídicamente según la relación de los artículos 19 y 49 de la Constitución Política, que establecen, por un lado la igualdad de derechos individuales y sociales entre costarricenses y extranjeros y la creación de la jurisdicción Contencioso-Administrativa inserta en el mismo capítulo de los Derechos y Garantías Individuales. Si como hemos dicho los Tratados y Convenios Internacionales debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa se incorporan al ordenamiento jurídico costarricense, es dable concluir que una transgresión a ese ordenamiento que produzca una lesión en un derecho, aún de un extranjero, que para los efectos jurídicos, tiene un ámbito de protección igual que el nacional, debe ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa para su anulación o si es del caso su confirmación.

Hay también que distinguir la actividad propiamente diplomática ejercida por los diplomáticos y cónsules costarricenses y su actividad de derecho interno como agentes de un servicio público costarricense. Pero esto no es para examinar aquí, sin embargo su diferencia tiene relación con el tema que analiza y se establece como elemento de diferenciación únicamente entre actividad diplomática internacional y administrativa.

IV.—*El derecho subjetivo del solicitante de asilo:* Reforzando aún más nuestra tesis diremos que el extranjero o persona que busca asilo sea diplomático o territorial ejerce un derecho natural, consagrado por la “Declaración Universal de los Derechos de Hombre” adoptada en París en 1948, que estableció para toda persona una serie de derechos que son inmanentes al individuo, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y al asilo. También la “Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre” adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá en 1948 reforzó el criterio de que el asilo es uno de los Derechos del Hombre. El Instituto de Derecho Internacional, en Bath, en 1950, y posteriormente el Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Internacional, reconocieron a todo hombre injustamente perseguido, el disfrute del derecho de asilo. El derecho es la facultad de un Estado para crear a su favor una situación jurídica de privilegio, cual es el beneficio del derecho de asilo. Pero en sentido estricto, repetimos, no puede considerarse el asilo diplomático como un derecho a favor del asilado. Ningún individuo puede oponer este derecho a un Estado. Diferente el caso del territorial porque aquí sí se establece una relación legal desde el momento en que el perseguido político atraviesa la frontera y se pone bajo la jurisdicción del Estado territorial o asilante. En el otro surge un conflicto mayor por cuanto hay choque de jurisdicciones entre el Estado asilante y el territorial, y asimismo de derechos: derecho del asilante, derecho del Estado perseguidor de solicitar al individuo y del Estado asilante de mantener o expulsar al perseguido político.

Hay dos cuestiones más a analizar dentro del estudio del artículo 4º del proyecto de ley de asilo político, en primer término el reclamante no está obligado a rendir fianza de costas y mientras no haya habido sentencia no podrá obligársele a salir del país.

En cuanto a la primera: creo que la solución es lógica y acorde con la nueva corriente que anima a los estudiosos del derecho público de levantar las restricciones económicas que impiden en muchos casos enderezar la conducta de la Administración Pública. La solución es saludable pero innecesaria por cuanto considero que en tratándose de actos como los eventualmente impugnados no habría fianza de costas por ser actos que por naturaleza jurídica-procesal son de cuantía inestimable. Pese a ello es bueno sentar el principio de no imponer fianza de costas a un posible perseguido político que en algunos casos carecen de sustento económico para vivir por lo que no podría obligárseles a

rendir una fianza de costas que implica, como ha implicado en varios litigios contencioso administrativos, denegación de justicia. Téngase presente que la Administración Pública no está obligada a afianzar costas. Finalmente deberá también eximirse de usar papel sellado y cualquier otro gravámen de carácter procesal. Artículos 97 y 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La segunda premisa quiebra el principio de derecho administrativo de la ejecutoriedad de los actos administrativos, es decir que la Administración Pública con base en sus poderes públicos puede ejecutar sus decisiones, aun cuando existieren recursos administrativos o contencioso administrativo que pretendieran su anulación. Creemos que debe rechazarse esa premisa por cuanto además de existir aquel principio mencionado, nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa permite suspender el acto o disposición impugnados cuando la ejecución ocasionare daños y perjuicios de reparación imposible o difícil (artículo 91, incisos 1 y 2), además puede el Juez desde el escrito de interposición ordenar primera facie la suspensión del acto o disposición administrativa impugnado a petición del demandante (artículo 92.4 L.R.J.C.A.).

“Artículo Quinto.—Salvo que se trate de prisión preventiva ordenada en diligencias de extradición, en los términos que señale la ley respectiva, o la comisión de delitos políticos o comunes en que sea aplicable la ley costarricense, los solicitantes de asilo o asilados declarados, no podrán ser privados de su libertad.” Esa norma no presenta problema alguno y la estimo pertinente. Considero que el perseguido político no debe ser privado de su libertad a menos que exista un procedimiento de extradición, caso en el cual, como lo informa nuestra ley, es de rigor aquel trámite. Artículo 9º de la Ley 5991 del 9 de noviembre de 1976.

“Artículo Sexto.—Los asilados políticos tendrán derecho a trabajar honestamente en el país, para lo cual les será entregada una cédula de residencia sin restricción laboral alguna.” La única observación que le hago a este artículo es la frase que dice: “sin restricción laboral alguna”. Ello implica derogación tácita de los artículos 13 en relación al 69 del Código de Trabajo, que establecen cuotas fijas y proporcionalidad en el salario total a las empresas que enganchan trabajadores extranjeros. Considero necesario mantener esa restricción en protección de la mano de obra nacional. Por ende no estoy de acuerdo con ese enunciado general que atenta contra una norma ya establecida y que en la práctica resulta muy eficaz. Téngase presente asimismo que el Poder Ejecutivo de acuerdo con el inciso 2º del citado artículo 13 puede modificar las anteriores restricciones en resolución razonada.

“Artículo Séptimo.—Cuando un asilado político fuera condenado por delitos comunes o políticos en que son aplicables la ley costarricense,

el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá cancelarle el beneficio a que se refiere esta ley, sin perjuicio de que descuente la pena impuesta. Una vez cumplida la pena impuesta, el exbeneficiario de asilo podrá acoger el país en que desee establecer su residencia." Lo que establece este artículo es que el asilado político que tuviere esa condición y posteriormente fuere condenado por delito común o político, por los tribunales costarricenses, automáticamente se le cancelará su beneficio, en el entendido de que deberá descontar la pena que aquellos tribunales le impusieron. El segundo párrafo es poco claro y lo interpreto en estos términos: una vez que el ex-beneficiario cumplió la pena de reclusión podrá escoger otro país en donde desee establecer su residencia. Quiere esto decir que no podrá solicitar un nuevo beneficio por cuanto con su conducta delictuosa incumplió con las leyes penales costarricenses al cometer un delito común, político o conexos con estos. Fijense que se trata de una decisión facultativa de parte del Ministerio de Relaciones Exteriores; creo que la potestad deberá ser imperativa, es decir, ese artículo debe decir "deberá cancelarle el beneficio". De no ser así inexorablemente habrá problemas en el futuro e inclusive podría pretenderse un proceso contencioso administrativo contra la decisión del Ministerio en ejercicio de una facultad. Debe de una vez indicarse que el asilado que ha sido condenado por delito de acuerdo a la ley costarricense, el mismo Tribunal represivo que ha conocido del caso penal, en la misma sentencia condenatoria cancelará el beneficio de asilo. Asimismo deberá disponer que una vez que descuente la pena impuesta deberá abandonar el país y dirigirse al que desee.

## LIBROS

Fernando FUEYO LANERI, *Interpretación y Juez*. Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio Iuris", Santiago de Chile 1976, 200 p. (in 4°).

Adelanto mi opinión en dos palabras. Creo que este trabajo contiene valiosísimo material de referencia sobre el pensamiento judicial, por cuanto da cuenta de un repertorio muy amplio de figuras empleadas en la argumentación de los jueces; pero creo asimismo que, a partir de ese excelente material descriptivo, las conclusiones extraídas por el autor, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile, son demasiado unilaterales y de dudoso valor sobre el plano metodológico. Veamos de qué se trata.

Desde la Introducción, se nos advierte que el estudio habrá de limitarse a examinar cómo el Derecho se presenta en la *práctica* judicial ("Derecho vivo" —p. 16 ss.—). Lo jurídico se manifiesta en tres planos: conducta social, juez, norma positiva —trilogía de factores que juegan en ese mismo orden de prelación—. Significa que la instancia judicial no interviene más que en los casos excepcionales, allí donde el orden social (la conducta jurídicamente correcta) no se cumple de modo espontáneo; y en esos casos, el juez se sirve de las normas positivas en una forma por demás elástica, o sea, que el papel de éstas es mucho menos importante que el de aquél (p. 20 ss.). A Fueyo le importa recalcar que la función del juez no es meramente declarativa frente a la norma legal, que en la interpretación no se emplea una simple lógica formal de subsunción silogística. Subraya, por el contrario, que allí siempre hay fenómenos de *creación* judicial ("concepción psicológica" de la sentencia), una contribución personal del intérprete, hecho que se da al menos en forma moderada (p. 26 ss.). El presente libro se propone justamente hacer conciencia de ese papel activo del juez, para así legitimar una serie de propuestas dirigidas al *fortalecimiento* de la función judicial. El análisis de la temática comporta cuatro Partes, de las cuales la Primera y la Tercera abarcan los desarrollos más extensos.

La Primera parte está dedicada a un pormenorizado examen de *La situación en Chile*. La Segunda complementa ese análisis, presentando algunas *Notas sobre la forma de encararse el problema fuera de Chile*.

En definitiva, nuestro autor se inclina por posiciones como la que pregona una "lógica de lo razonable" (Recaséns Siches), idea representativa de un "creacionismo judicial" con límites (p. 102 s.). Son criterios de esa naturaleza, los que el profesor chileno expone en la Tercera Parte, en donde nos propone su propia *Tentativa de un método científico-práctico*. Esta "tentativa" se basa sobre el "equilibrio razonable de factores esenciales", esto es, de los tres siguientes: fuentes (de producción) del Derecho judicial, seguridad jurídica, justicia (concreta) del caso. Dichos factores intervienen, según los casos, en distinta medida. Sin embargo, la variabilidad de los mismos y su equilibrio no podrán ser previstos de un modo concreto, sino que su manejo debe ser depositado en las manos del juez (p. 111 s.). La metodología propuesta no pretende ofrecer una "solución" propiamente dicha, sino apenas un "principio de solución" (p. 112).

Fueyo examina de cerca cada uno de los "factores" indicados. En cuanto a las *fuentes*, subraya que ellas se manifiestan de manera variada: directa, indirecta, oblicua, inmediata, remota, inductiva, etc. Son fuentes dinámicas, que "producen" para el juez; éste recurre a ellas en la forma que sea necesario para la solución del caso concreto (p. 112 s.). Existen, así, distintos tipos de fuentes: —las formales, dispuestas por la ley (p. 114); —las que resultan por vía de los hechos que fija y aprecia el juez (p. 114 y 27 ss.); —aquellos tipos que surgen por vía de integración técnico-legal (órdenes o valores indeterminados o en blanco: criterios como los de orden público, buenas costumbres, culpa, "justo" precio, "justa" causa, apreciación de la prueba en conciencia, etc. —p. 115, 117 ss.—); —los que se producen por vía de creación propiamente tal, con individualidad propia (más o menos independiente de la ley), situaciones que pueden comprender incluso casos que corresponderían asimismo a la hipótesis precedente (formas varias de interpretación, la integración del orden jurídico, aplicación de standards, equidad, etc. —p. 135 ss.—).

Por otro lado, la creación judicial del Derecho constituye una contribución a la *seguridad jurídica* (certeza) —segundo factor—; pues no cabe identificar esa seguridad con la ley, ya que ésta no contiene todo el Derecho (p. 114). Y en cuanto al tercer factor, la *justicia*, Fueyo entiende que hay que referirse aquí a la de tipo "*material*, con hechos, partes, conflictos, proceso y juez, todo formulado en términos precisos y determinados, en un plano de la realidad y de las actuaciones, no de las meras abstracciones" (p. 150). Esa justicia "invade e ilumina" también los otros dos factores, ella es "factor esencial del equilibrio razonable". No existe, empero, ninguna "fórmula mágica" que permita determinar a priori su contenido (*ibid.*).

La conclusión general de nuestro autor es, pues, que se requiere una "aplicación equilibrada y razonable de los factores esenciales [fuentes, seguridad, justicia] que participan, bajo la dirección personal de un juez culto, técnicamente idóneo, en constante perfeccionamiento, debidamente seleccionado, con alma y vocación de juez, conveniente-

mente dotado económicamente para que trabaje con relativa paz y con independencia. Ese juez, y en esa forma, hará '*creación judicial del derecho*'. Además, lo hará generalmente bien" (p. 140). Pues lo cierto es que "no hay posibilidad efectiva de gobernar al juez con reglas rigurosas" (p. 163). La creación judicial es un *factum!* (p. 162).

Como consecuencia práctica fundamental de todo lo expuesto, el autor pone el acento en la necesidad de lograr *El fortalecimiento de la función judicial como condición "sine qua non"* ("cuestión esencial y de primer rango"). De esto se ocupa en la Cuarta Parte, lugar en donde presenta una serie de proposiciones concretas (p. 154 ss.), tanto en lo formativo como en lo organizativo y funcional, destinadas a mejorar la formación de los jueces y a asegurar la independencia del Poder Judicial en Chile.

\*  
\*\*

Como descripción de la función judicial, al nivel de la conciencia jurídica *misma*, no tengo dudas de que este trabajo es una de las exposiciones más ricas y mejor informadas que se hayan publicado en Latinoamérica. Mas se trata de un tipo de enfoque que significa, asimismo, fuente de limitaciones que importa advertir. Por un lado, en ese sentido, está el hecho de que el examen se limita a recoger aspectos que no van más allá de la *propia* conciencia profesional de los juristas. Por el otro, el hecho de que pasa, sin más, de ciertas comprobaciones que son correctas —aunque sean parciales— sobre un plano *descriptivo* (ser), a proposiciones de tipo diferente, de carácter *prescriptivo* (debe ser), las cuales exigirían otra fundamentación: esto es, pasa de una afirmación de la creación judicial como "*factum*", a la afirmación de que este hecho está *bien* y de que no *debe* hacerse nada —¡sino al contrario!— por aminorar las libertades que el juez se toma.

Por lo demás, resulta difícil saber en qué consiste propiamente lo "científico" y lo "metódico" de aquello que se propone en la Tercera Parte —salvo si se otorga una acepción latísima a dichos términos—. Sea como sea, para la aplicación *práctica* de tal "método", no está claro en qué se diferenciaría de hecho, como *procedimiento*, frente a lo que proponían los partidarios del derecho libre (a pesar de que Fueyo considera "exagerada", "extremista", esta posición —p. 100—). Porque lo cierto es que, en definitiva, nuestro autor no nos presenta un método propiamente dicho, o aunque sea un "principio de solución" sobre el plano *metodológico*, sino más bien lo contrario: una justificación para la *falta* de rigor metodológico que caracteriza a las formas tradicionales de interpretación en el Derecho.

En síntesis, las conclusiones de esta obra fungen, al igual que las de tantos otros autores (Viehweg, Perelman, Betti, Villey, Larenz, Kriele, Recaséns, Fr. Müller, etc.), como una defensa del *status quo* de la "ciencia" jurídica tradicional. Es decir, como un alegato en favor

de la mantención de un pensamiento jurídico acientífico. Ello se traduce, por lo demás, en una idealización de la figura del juez (tradicional). Es una visión simplificada del razonamiento que conduce a la sentencia, así como de los elementos extrajurídicos (cognoscitivos y emocionales, sociales y políticos, etc.) que influyen en la configuración de la misma. El juez aparece, así, como una especie de "sacerdote de la justicia". Es decir, no se halla analizado en su verdadero "rol" social, ni son tematizados aquellos esquemas y precomprensiones del pensamiento judicial que —¡a pesar de ser decisivos!— afloran menos al primer plano de lo que se *dice* en la sentencia\*.

Sin embargo, las reservas apuntadas no deben hacer perder de vista los positivos méritos del libro comentado. Como lo señalé desde el principio, se trata de un trabajo que brinda una información realmente valiosa, de lo más amplia y muy documentada, en el plano de la conciencia judicial —plano que también "juega", por supuesto, en la determinación del contenido de las sentencias—. Tiene el mérito, por otra parte, de recalcar su objetivo teórico principal, el de reafirmar la libertad del juez, con una llaneza que suele echarse de menos en obras más sofisticadas. A ello cabe agregar lo claro de la exposición, así como la presentación de un detallado índice sistemático y de una amplia sección bibliográfica (cuidadosamente clasificada). En definitiva: un libro que, a pesar de no poder resultar enteramente satisfactorio para lectores exigentes en lo metodológico, de cualquier manera ofrece un alto interés informativo, abonado por la seriedad con que el autor recopila aquí figuras argumentativas que sirven a los jueces para afirmar su libertad al interpretar las leyes. Lo recomiendo muy sinceramente.

E. P. HABA

ALVARENGA, Ivo: *Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria*. (San José: EDUCA 1977).

La novel literatura que en nuestro continente latinoamericano comienza abrir interesantes filones teóricos, en la discusión de las así llamadas nuevas ramas del derecho, cual noble intento de ciencia propia ajustada a nuestra realidad; halla en la obra que reseñamos enriquecimiento singular.

No sólo porque realiza formulaciones convincentes de rica dogmática sino porque asimismo innova conceptualizaciones de "principios" según se verá, en breve mención de algunas de sus partes específicas.

En su estructura general, la obra se puede dividir en tres grandes apartes, que refieren por su orden a: materia jurídica agraria; esquema para una clasificación de las cuestiones relativas a la reforma agraria; y derecho agrario internacional.

En su primera parte —materia jurídica agraria—, el interés del tema destaca. Así, junto a la clásica definición de una rama nueva del derecho, ya en un caso considerado —como conjunto de normas—, ya en otro —como conjunto de normas y principios— o incluso como conjunto de normas, leyes, reglamentos y disposiciones en general, doctrina y jurisprudencia; que refieren siempre, con mayor o menor diferenciación terminológica o conceptual, a las "relaciones jurídicas atinentes a la agricultura", el autor formula su propia definición, no sin antes dejar en demérito falsas concepciones sobre problema de definición (que hay tantos derechos agrarios como países; o que no pueda lograrse en derecho agrario, el necesario carácter supranacional y universalista de su concepto), —intrínseco, agregaríamos en nuestro caso— a toda buena definición de ciencia jurídica.

Que para ser tal, debe conceptuar en primer término la "especie fáctica agricultura", y ya en un segundo momento, diferenciarse de otro fenómeno agrario que le compone, pero que no les identifica, la reforma agraria. Que le compone porque la reforma agraria forma parte en tanto concepto y contenido del derecho agrario, más no se identifica del todo con éste. Porque el derecho agrario comprende todo lo que hay de jurídico en la agricultura y no solo la parte de ésta que se reforma; porque el derecho agrario es permanente y la reforma lo es transitoria, y porque hay muchos países (Francia entre otros) que tienen un desarrollado derecho agrario, sin que nunca tuvieran reforma agraria. Además hay muchos datos en la reforma agraria que no son

\* A título de ejemplo, señalo algunas obras de los últimos años en donde, a mi juicio, el juez es descrito de una manera más realista: M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, 1969; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Precomprensión y elección del método en la determinación judicial del Derecho), 1970; R. LAUTMANN, *Justiz - die stille Gewalt* (La Justicia - forma callada de Poder), 1972; W. WEYRAUCH, *The personality of Lawyers*, 1964.

derecho: y con ésto al decir del autor, la sinonimia que equipara ambos conceptos pierde validez.

A este punto, y una vez considerado que la actividad agraria puede ser, 1) esencialmente tal (agricultura, ganadería, y silvicultura), o 2) por conexión (por naturaleza o por presunción), o 3) las que no siendo agrarias pudieran tenerse por tales. Ejemplo: actividad de caza cuando es ejercida por el agricultor en su condición profesional. El autor, nos ofrece su propia definición del derecho agrario, la que parte de su propio concepto de actividad agraria —en tanto especie fáctica— a la que define como; “conjunto de normas que regulan el ejercicio de las actividades a regular por dicha rama del derecho agrarias, así como las actividades que les son directamente complementarias, con miras a obtener en el campo la más racional producción y el más alto grado posible de justicia social” (pág. 36). Más el problema de la definición o acaba ahí, toda vez que la conceptualización que la fórmula discrepa en lo fundamental, de la teoría de la “agrariedad”, en cuanto para ésta última, el elemento —fundo— en tanto sede física o terreno de cultivo no sería del todo esencial al considerar la actividad agraria, mientras que para el autor sí.

Una vez definido el derecho agrario, la primera parte de la obra concluye con interesantes observaciones sobre lo que son las consecuencias prácticas de su definición (posibilidad eventual de un tratamiento fiscal favorable a quien goza un estado jurídico subjetivo de agricultor), así como respecto de sus actividades e instituciones complementarias (la empresa y la propiedad como fundamentales, y las relaciones en general con toda la actividad agraria como tal, v. gr. mínima unidad agrícola, reforma agraria, colonización, legislación sobre crédito agrario, etc.). Todo esto observado no en un simple afán especulativo, sino en los fines mismos (problemas axiológico fundamental) de la materia, a saber: racional producción, y justicia social, en la perspectiva innovadora de un —derecho de la producción alimentaria— como respuesta necesaria del derecho, a la crisis alimentaria mundial, de la cual el derecho agrario es por fines mismos obligado contribuyente.

La segunda parte de la obra —referida a reforma agraria—, difiere en forma y contenido de aquélla que trata la materia jurídica agraria. En ésta última existe un afán doctrinario; en la parte de reforma interesa al autor sobre todo, dar un aporte teórico práctico de tipo metodológico.

En efecto, la sistematización en tema de reforma, ubica sus principales incidencias en cinco grandes cuestiones: (Introductivas-generales-políticas-económicas y jurídico-administrativas), que a su vez se desdoblán cada una por su parte en renglones específicos de estudio. Así, por ejemplo en lo jurídico refieren a: órganos de ejecución (su organización y competencia, así como su procedimiento de adquisición y adjudicación de tierras); problemas constitucionales (expropiación, indemnización, y medidas complementarias necesarias al buen desarrollo

de la nueva estructura agraria. (Entre otros: buen cultivo, control de leyes laborales en el campo, regulaciones sobre recursos naturales, etc.). Como de igual forma al tema de adjudicaciones en favor de los beneficiarios de reforma, y organización de la jurisdicción agraria. Esta temática de orden metodológico en materia de reforma agraria es a nuestro aviso de particular interés, toda vez que, casi siempre los estudios de tal reforma se hacen un tanto narrativamente, en cuanto análisis de experiencias nacionales, que dificultan (por carecer en su tratamiento precisamente de institucionalidad común y ordenada), de un estudio comparativo con iguales textos de ley, de otros países o latitudes.

El segundo aspecto de esta misma parte que refiere a reforma agraria, es una proposición concreta que sugiere un proyecto de ley en la materia. Y que habría de aplicarse en la República de El Salvador, en donde los problemas relativos a estructura agraria son de relevante gravedad. En éste país, las leyes especiales (de Colonización rural y Transformación Agraria) que con anterioridad han referido a materia de reforma se han quedado —por voluntad política obviamente— en sustitutos parciales de una verdadera acción legal en la materia. Con lo que de por sí el proyecto que se sugiere adquiere importancia, porque además de que está hecho por un técnico (aspecto teórico y programático), su formulación se complementa asimismo con un dominio cabal de los aspectos institucionales, político, geográfico y económicos del país en referencia.

Plantea en tal perspectiva, los institutos necesarios a una buena ley de reforma agraria, que no haciendo caso omiso de las limitaciones del medio para ejecutarla —y dentro de éstos los principios constitucionales básicos—, emprende no obstante una sabia adaptación de tales limitaciones a la ley que se proyecta, así definida en el art. I —como aquella que: “regulará la reforma agraria en El Salvador consistente en la efectiva transformación de nuestra injusta distribución de la tierra con miras a sustituir el régimen de latifundio y minifundio en un sistema justo de tenencia de la misma. El objeto de dicha transformación es lograr que la tierra constituya para el hombre que la trabaja la base de su libertad y dignidad; y para que el país, una fuente de gobierno democrático, de desarrollo económico y de progreso social” (pág. 135).

En su tercera parte —Derecho agrario internacional— el autor refiere algunos temas no del todo coordinados entre sí (lo cual merece un poco la obra al final), entre los que destacan como relevantes: agricultura e integración económica en América Latina, marco jurídico y político para la defensa de los recursos naturales en América Latina, y la reforma agraria como respuesta a un nuevo orden económico internacional.

En éste último valga anotar, el autor insiste en la bondad de la medida estatal —reforma agraria— y como parte de las grandes medidas a que se ven avocados los países latinoamericanos, en su intento actual de favorecer junto con las nacionalizaciones y la intervención

estatal en la economía, un desarrollo internacional más acorde a sus necesidades actuales.

De igual forma, merece referencia el aparte que refiere el —análisis de una experiencia realizada en la fundación Ciara en Caracas— cuyo atributo especial reside en ofrecer al lector la ordenación de un programa de derecho agrario en parte general y parte especial, de gran valor metodológico y de contenido al momento de organizar un curso de la materia, y que debe incluir —como el autor lo hace— los temas más actuales de la doctrina, así por ejemplo, la presunta antítesis propiedad —empresa, ante el fenómeno de la producción en la agricultura.

Desmerece el nivel general de la obra, el ensayo denominado —organización campesina: es necesario que se organicen los organizadores—, en que el tema se trata con excéptica actitud de análisis, que funda su crítica en efectos y no en causas del problema, y en donde el autor incluye referencias psicológicas y sociológicas que descoordinan el espíritu general de la obra de por sí, muy bien logrado en su temática jurídica.

Muy bien logrado afirmamos, porque contribuciones de éste tipo abren la promisoría perspectiva de una Escuela latinoamericana del Derecho Agrario (en Europa, el intento más sistemático lo ofrece el civilista Romano Natalino Irti, en ensayo que enfoca las llamadas escuelas técnico-económica y formalista, como: *le due scuole del diritto agrario*). Y de igual forma en el tratamiento jurídico de la reforma agraria, en una sistematización coherente de sus institutos, antes no observada así en tanto por lo general se hace de las leyes de reforma una historiografía de sus fases, o un tratamiento narrativo de sus conceptos. No menos meritorio es el aporte del derecho agrario internacional, en que la temática del derecho agrario y de la reforma como parte de éste, salen de su tradicional ubicación nacional, al ser considerados en las grandes tensiones socio-jurídicas de nuestro tiempo, de carácter universal.

Francisco Morera

## EL DERECHO MINERO EN COSTA RICA

La Editorial Universitaria ha tenido la feliz idea de publicar —en 1977— el libro del profesor Renán Fuentealba Moena sobre el derecho minero en nuestro país.

Sin duda, el tema jurídico referido a la minería es relevante para nuestra comunidad, debido a que las riquezas mineras que han sido explotadas (y las que en el futuro se exploten) constituyen un dominio público que amerita una protección específica.

El primer cuerpo sistematizado de normas sobre la minería fue redactado por el geólogo César Dóndoli y por el entonces jefe del Departamento de Industrias y Pesca, Carlos Iglesias, con base en un estudio del profesor de química y física del Instituto Pedagógico de la Universidad de Chile, Alberto Rudín Hefti. La Asamblea Legislativa emitió la Ley N° 1551 del 20 de abril de 1953 (durante la administración de Otilio Ulate Blanco), relativa al Código de Minería. El reglamento de ese cuerpo de normas jurídicas es el N° 4042-MEIC (Poder Ejecutivo), publicado en la Gaceta N° 181 del 9 de octubre de 1974.

En lo que se refiere a la clasificación de las sustancias minerales, estas se pueden ubicar de acuerdo con criterios político económicos, de conformidad a su naturaleza y a su presentación natural. De lo anterior resulta que se puede hablar de minerales inalienables, metálicos, superficiales y subterráneos, por ejemplo.

Tanto a partir de las llamadas minas del Aguacate como de la explotación de la bauxita (v. gr), se ha puesto de manifiesto la urgente necesidad —en el respectivo momento histórico— de proteger las riquezas naturales del país. Es así como en estos tiempos el derecho público engloba al derecho minero, no sólo con el criterio de la utilidad pública, del interés común, sino también según los supuestos del bien común y la teoría del dominio público. Precisamente por ello, se hace necesario elaborar nuevas leyes que pongan a punto la legislación minera nacional. Al respecto, el profesor Fuentealba nos señala varias reformas a esa legislación que lleven a la promulgación de un nuevo código de minería, elaborado por juristas especializados en este campo del derecho público.

Dicho autor sostiene que la nueva legislación debe ser dividida en estas partes: *sustantiva*, que comprenda lo relativo al dominio público, a la facultad de otorgar permisos o concesiones, a las zonas de reserva, al amparo y conservación de derechos mineros, etcétera; *procesal*, que se refiera a la tramitación de solicitudes de los administrados, a la reso-

lución de los otorgamientos, a la constitución de las servidumbres, etcétera; *institucional*, que estaría ligada al organismo minero como al registro correspondiente.

El citado escritor afirma que a él no le cabe duda de que el Estado es el dueño de la riqueza minera del país y que los particulares sólo pueden obtener permisos o concesiones para explotarla o explorarla, sin adquirir derechos sobre las minas o yacimientos. Sin embargo, la Carta Magna debe expresar esta idea de una forma indubitable.

De esta manera, dicha riqueza constituye un conjunto de bienes públicos del Estado. Así, las playas, el espacio aéreo, las vías de comunicación y transporte, no pueden ser entregadas "en dominio a los particulares, por su estrecha ligazón con la soberanía y el interés de la nación. Hoy día sólo se concibe que su uso puede ser entregado temporalmente a los particulares, pero no su dominio". (p. 143, *idem*).

Sin duda alguna, esta nueva obra de la Editorial Universitaria merece ser consultada y leída por los especialistas en minería, como también por aquellos ciudadanos que desean informarse acerca de la riqueza minera costarricense.

Al respecto es conveniente apuntar que el actual Gobierno, por medio del Vice-Ministro de Industrias ha expresado la urgente necesidad de emitir un nuevo Código de Minería que resguarde adecuadamente los bienes mineros costarricenses, recordando el proyecto de ley que está en la Asamblea Legislativa sin dar señales de convertirse en Ley de la República, todo lo cual explica, en parte, por qué "extranjeros comercian ilegalmente con contratos mineros" (*La Nación*, miércoles 7 de junio de 1978, págs. 1 y 22-A). A propósito de estas palabras del funcionario de Gobierno *La Prensa Libre*, del viernes 9 del mismo mes y año (p. 4), informó que el proyecto de Código de Minería había iniciado su tramitación en la Comisión de Asuntos Jurídicos del Poder Legislativo, cuyo art. 1 afirma que "el Estado es dueño de todos los depósitos y recursos minerales ubicados en el territorio nacional. El dominio del Estado, es absoluto, exclusivo e imprescriptible y su enajenación se rige por lo establecido en la Constitución Política". Ojalá este proyecto pase a convertirse en Ley de la República.

j. e. romero p.

## INFORMACION

### *Colegio de Abogados.*

El Premio "Alberto Brenes Córdoba" a la mejor obra jurídica de 1977, promovido por el Colegio de Abogados le correspondió al Dr. Gastón Certad Maroto por su monografía "Las más complejas formas de colaboración orgánica: las asociativas. Criterios de distinción a la luz de la jurisprudencia italiana y nacional". Este premio consiste en la suma de ₡ 20.000 y la impresión de la obra a cargo del Colegio.

Por su parte, el Dr. Enrique Rojas Franco, por su estudio sobre la "Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica", obtuvo una mención honorífica.

Este premio lo otorga anualmente el citado Colegio.

\*\*

Este Colegio resolvió editar un boletín informativo para los abogados del país con varias ediciones al año, con el objeto de proporcionarles información a los mencionados profesionales.

En los próximos días circulará el primer número.

### *Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

En este año de 1978, se nombraron el Decano, Dr. Jorge Enrique Guier y el Vice-Decano, Dr. Francisco Castillo.

\*\*

A su vez, a las Areas de esta unidad académica, (Investigación, Docencia y Práctica), se le agregó la de Asuntos Estudiantiles, siendo su Directora, la Profesora Licda. Maruja Chacón.

\*\*

Este año de 1978 se inauguró la nueva biblioteca en el recién construido edificio de la Facultad de Derecho. El Director de esta biblioteca, Dr. Jorge Enrique Guier, tiene a su cargo este importante sector de apoyo a la docencia y a la investigación jurídica; y, a la información de los abogados nacionales.



## INDICE

	Pág.
Presentación .....	9
La publicidad en el Código Procesal Penal. <i>Dr. Francisco Castillo González</i> .....	11
Concejos de Distrito y Síndicos. <i>Lic. Elvira Batalla Rivera</i> .....	35
La voluntad del Legislador: ¿ficción o realidad? <i>Dr. Enrique P. Haba</i> .....	73
El proceso colectivo constitutivo de trabajo en la legislación costarricense. <i>Prof. Abel Castro Hidalgo</i> .....	89
Notas aclaratorias sobre la diferencia entre los tipos "allanamiento ilegal" y "violación de domicilio" en el derecho penal costarricense. <i>Prof. Henry Issa El Khoury Jacob</i> .....	127
Elementos de calificación del fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período historico-jurídico y su influencia en América Latina. <i>Prof. Ricardo Zeledón</i> .....	145
+ El Ministerio Público (o, Fiscal) en el proceso penal. <i>Dr. Mario Alberto Houed Vega</i> .....	179.
Dictamen sobre el proyecto de ley de asilo político. <i>Dr. Enrique Rojas Franco</i> .....	209
Libros .....	221
Información .....	231