

COS 10  
#20-21  
OCT  
1972

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

**Revista**  
de  
**Ciencias Jurídicas**

27



No. 20 - 21

Octubre 1972

## EL CÓDIGO MUNICIPAL Y LA MUNICIPALIDAD AUTÓNOMA. SUBVENCIONES Y LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

LIC. OTTO ROJAS(\*)

Diría que, nada más por una cuestión temperamental, entre treinta y tantos temas, a cual más interesante para el jurista, escogí esos dos, ante la gentil e inmerecida invitación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal.

A poco estudiar esos asuntos, de suyo arduos y amplios, me convencí de lo grave del compromiso que gustoso había adquirido.

El primer tema a tratar aquí, como quedó arriba indicado, es el de EL CODIGO MUNICIPAL Y LA MUNICIPALIDAD AUTONOMA.

Eso me obliga, por una necesidad de ambientación histórico-jurística, a exponer en primer término las vicisitudes histórico-constitucionales del Régimen Municipal en Costa Rica.

Así las cosas, veamos las VICISITUDES HISTORICO-CONSTITUCIONALES DEL REGIMEN MUNICIPAL EN COSTA RICA.

El Licenciado Rodolfo Cerdas Cruz, en su trabajo "Formación del Estado de Costa Rica", Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, Serie Ciencias Jurídicas y Sociales N° 15, página 52 expone:

(\*) El autor obtuvo su título de Licenciado en Leyes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en el año 1954. Del año 1947 al año 1950 fue escribiente en el Tribunal Superior de Trabajo. De ese último año al de 1954 practicó su profesión de modo independiente. En febrero de 1954 fue nombrado Agente Fiscal de San José y Fiscal de Corte, cargos que desempeñó hasta al año 1956, en que fue ascendido a Procurador Penal de la República; estando en el desempeño de ese cargo fue ascendido a Procurador General de la República, en el cual se mantuvo por cuatro años. En 1962 volvió al ejercicio libre de la profesión, como la practica en la actualidad. En 1972, la Corte Plena lo nombró suplente en el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, donde funge en ese carácter.

"Traídos de la Metrópoli los municipios, conocieron varias alternativas antes de convertirse en instrumentos importantes para la Independencia. Habiendo servido a lo que Ots Capdequi llama "el estado llano de los colonizadores" (op. cit. página 68 —se refiere a la obra de ese autor "El Estado Español en las Indias"), posteriormente perdieron su importancia en muchos países, por la práctica introducida por Felipe II "de enajenar en pública subasta y adjudicar al mejor postor, los oficios públicos de más lucrativo desempeño". (id. página 69). Se necesitó "...llegar a los años precursores de la Independencia para que los cabildos municipales vuelvan a recobrar su perdida significación, haciéndose intérpretes de los anhelos generales de la ciudad".

(J. M. Ots Capdequi, el Estado Español en las Indias, página 69. Fondo de Cultura Económica, México 1957)".

Y agrega el Lic. Cerdas Cruz:

"Ciertamente, desde poco antes de la Independencia hasta el momento de la consolidación del Poder Central, los cabildos fueron instituciones que dieron cabida a diversas fuerzas sociales. En general, se puede decir que durante la existencia del poder político español, en Costa Rica, los cabildos constituyeron el reducto democrático de los pueblos desde donde dirigieron y organizaron las bases para el desarrollo progresista, en un nuevo sentido, de sus respectivas comunidades".

El historiador y jurista, Lic. don Hernán G. Peralta, en su obra "Las Constituciones de Costa Rica", Instituto de Estudios Políticos, 1962, Madrid, nos dice, para lo que ahora nos interesa:

"Esta posición individualizada hija de su geografía la condujo a mirarse como en un espejo en el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, o Pacto de Concordia promulgado el 1 de Diciembre de 1821, que fue la primera constitución política de Costa Rica. Esa carta orgánica fue el resultado de la psicología nacional, y con ella apareció la consagración de un tipo de gobierno particular: el gobierno municipal, que, llevado a sus extremos, ofrece una visión muy sugestiva en la primera década de la historia de Costa Rica a partir de la Independencia". (op. cit. página 18).

Y agrega el historiador Peralta, en la página siguiente:

"El movimiento político coetáneo encontró su expresión en el Pacto de Concordia, y como los cabildos y los ayuntamientos habían desempeñado una función histórica en el Continente americano, en Costa Rica

produjeron un tipo de gobierno que hemos llamado gobierno municipal, porque una serie de factores concurren a prestar a las funciones de los ayuntamientos naturaleza propia, que luego hubo de quedar incorporada en el Pacto de Concordia".

Tanto don Enrique Macaya, como don Abelardo Bonilla, se refieren a "esa primera expresión jurídica de la nacionalidad costarricense", como "institucionalidad municipal". El primero lo hace en su trabajo "Institucionalidad Municipal en los orígenes de nuestras Primeras Constituciones", Revista de la Universidad de Costa Rica, 1954; el segundo, en su obra "Historia y Antología de la Literatura Costarricense". San José, 1957, página 76, ambos citados por el historiador Peralta, Op. Cit. Página 36, cuya es aquella primera expresión entrecomillada.

El mismo historiador Peralta, en su obra "El Derecho Constitucional en la Independencia de Costa Rica", San José, 1965, entre otras cosas, en diversas partes, expone lo siguiente:

"La documentación relacionada con la Independencia habla muchas veces de las "juntas" que se congregaron, y la proliferación del término ha producido una gran confusión por la carencia de una guía en las funciones que esas corporaciones realizaron. De ahí que las expresiones JUNTA DE LEGADOS Y JUNTAS GUBERNATIVAS se hayan usado como similares, cuando en realidad fueron cuerpos totalmente diferentes, histórica y jurídicamente".

"Podríamos tal vez decir que hubo parsimonia en los primeros pasos que se dieron, no porque hubiera existido un plan previsto sino porque el tiempo favoreció a los hombres que intervinieron, y lograron articular los sucesivos períodos del movimiento en forma tal, que el Ayuntamiento, al Cabildo Abierto y la Junta de Legados se movieron dentro de un clima que les permitió fraccionar la actividad política con un sentido que caracterizó a la Independencia como una obra de derecho. "Antes (de la emisión la primera constitución emitida el 1º de diciembre de 1821 con el nombre de Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, o Pacto de Concordia) actuaron tres puntos de partida que crearon la vida de las instituciones de Costa Rica, caracterizándola morfológicamente: el Ayuntamiento, el Cabildo Abierto y la Junta de Legados; es decir, tres cuerpos de representación popular con atribuciones electorales y legislativas que cumplieron perfectamente sus funciones otor-

gando a Costa Rica, desde su propia Independencia, la civil investidura que se ha connaturalizado con el país hasta transformarse en su segunda naturaleza".

"La permeabilidad de los Ayuntamientos al admitir el fraccionamiento o evolución de sus elementos o componentes legales en lo que se llamó el Cabildo Abierto, trajo a la superficie la bondad del origen popular de los mismos, que contenía, como hemos visto, un factor específico de tipo representativo que transformaba en asamblea deliberante un organismo a primera vista de carácter meramente administrativo. Era una duplicidad nacida en la fuente municipal, que tuvo su principio y su justificación en las reuniones de buena vecindad que trabajaron en siglos anteriores en Europa por la obtención de la libertad".

"Este Cabildo Abierto actuó todavía dentro de la administración española, presidido por el Gobernador de la Colonia, y aún cuando pudo transformarse en asamblea constituyente como corolario de un movimiento de emancipación y haber incluso dado forma a un Poder Ejecutivo de hecho, se contuvo, se limitó a sí mismo, y llamó al electorado de un país que apenas daba los primeros pasos, para que eligiese una Junta de Legados, es decir, una asamblea que viniese a dar base legislativa a lo que estaba sucediendo".

"El episodio, germinante, fue el primer tallo de una semilla que vino a producir una larga tradición constitutiva que pareciera hoy incrustada en la mentalidad política de Costa Rica".

En la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, de 25 de Enero de 1825, en su Capítulo 12 del GOBIERNO INTERIOR DE LOS PUEBLOS, Artículo 111, se dispuso lo siguiente:

"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".

Así se mantuvo la situación constitucional, hasta la Ley de Bases y Garantías, de 8 de Marzo de 1841, en que don Braulio Carrillo suprimió las municipalidades, como se ve del artículo 6, párrafo 1, en que se encargan los asuntos municipales a los "Jefes Políticos", dependientes directamente del Poder Ejecutivo.

El régimen del General don Francisco Morazán, mediante decretos números LXVII y LXXXVI, de 6 de Junio de 1842 y 27 de

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
Agosto del mismo año, por su orden, al restablecer, en lo primordial,  
La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, de 25 de  
Enero de 1825, podría considerarse que restableció el Régimen Municipal de esta última.

340 R-  
1992  
REV 14 15 67

La Constitución Política del Estado de Costa Rica, de 9 de Abril de 1844, en su Título VIII, del Gobierno Interior de los Pueblos, dispuso lo siguiente:

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

Art.—Las Municipalidades tendrán un ejecutor de sus acuerdos, y no podrá ejercer destino alguno dependiente del Ejecutivo. La Ley arreglará sus atribuciones".

La Constitución Política, de 10 de Febrero de 1847, en su título VII, Del Gobierno Interior de los Departamentos, dispuso lo siguiente:

"Art. 163.—Además de los Gobernadores Políticos departamentales, se establecen Cuerpos Municipales compuestos, en las cabeceras de departamento, del mismo Gobernador Político en calidad de Presidente, de los dos Síndicos procuradores y de los Alcaldes 2 y 3 constitucionales".

"Art. 164.—Dichos Cuerpos verificarán sus sesiones el día quince y último de cada mes, y sus atribuciones serán acordadas por una ley particular".

"Art. 165.—En las poblaciones menores, los Cuerpos Municipales se compondrán de los dos Alcaldes Constitucionales y del Procurador Síndico".

(Es del caso recordar que los "Alcaldes Constitucionales", según el artículo 140 de esa constitución, en los pueblos de su resi-

dencia, ejercían el oficio de conciliadores en asuntos civiles y por injurias en juicio escrito, y de jueces en las causas verbales. Además, según el artículo 137 *ibidem*, eran electos popularmente en cada uno de los pueblos. Los "Sindicos Procuradores", según el Decreto N° LIV, de 23 de diciembre de 1845, Ley Reglamentaria de Justicia, eran agentes fiscales, y acusadores en primera instancia en las causas criminales seguidas de oficio en sus respectivos pueblos o demarcaciones.)

"Art. 167.—El Poder Ejecutivo arreglará el orden político y judicial de los puertos del modo más conforme á sus circunstancias".

"TITULO XII. DE LAS REFORMAS DE LA CONSTITUCION. Sección Unica.

"Art. 187.—Si en cualquier tiempo se hiciese necesaria la reforma, alteración ó adición de alguno de los artículos de esta Constitución, es preciso que se presente firmada la solicitud de reforma del artículo que se intenta derogar ó adicionar, por la mayoría de todos los Cuerpos Municipales del Estado, y se adopte por las dos terceras partes de los individuos del Cuerpo Legislativo, el Proyecto de proposición, y sea decretado por las tres cuartas partes del número total de los Diputados; pero no se podrá derogar toda la carta, sinó, cuando reorganizada la República, las leyes generales de la nación exijan una reforma absoluta".

Esa disposición encuentra sus antecedentes, muy elocuentes por cierto, en la que sigue del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, o Pacto de Concordia:

"Art. 58.—Que los poderes que deban otorgar los electores de parroquia a los de partido sean tan amplios como los que estos últimos daban a los diputados de Cortés, según el artículo 100 de la Constitución (se refiere a la de Cádiz de 1812) cuya fórmula se observará con respecto a este objeto.

Con lo cual se concluyó este Pacto de Concordia que discutido, adicionado y reformado por la Legación que firma, lo aprobó interinamente, previniendo se remita a todos los pueblos sus constituyentes, para que notariándolos en la forma que parezca más conveniente, puedan instruir y facultar a los señores electores de partido para que lo rectifiquen, amplíen o disminuyan, según tengan por conveniente, en la sanción y examen que de él hagan en el día señalado en el mismo Pacto".

La Constitución Política "Reformada", de 30 de Noviembre de 1848, contiene las siguientes disposiciones relativas al Régimen Municipal:

"Art. 8.—El territorio de la República de Costa Rica se dividirá en Provincias. Cada Provincia se compondrá de uno o más cantones, y cada cantón se dividirá en distritos parroquiales. La ley arreglará la división territorial, y determinará las autoridades que deban ser nombradas".

"Art. 26.—Son funciones de las asambleas electorales de cantón:...

3º—Hacer la elección de las Municipalidades de las capitales de Provincia,..."

"TITULO DECIMO, DEL REJIMEN MUNICIPAL.

"Art. 101.—Habrà 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".

La Constitución Política, de 27 de diciembre de 1859, contiene las siguientes disposiciones con relación al Régimen Municipal.

"Art. 64.—Son atribuciones de las Asambleas Electorales:...

3º Elejir los individuos que deben componer las Municipalidades que se establezcan,..."

"TITULO DECIMO, DEL REJIMEN MUNICIPAL.

"Art. 134.—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 estos en distritos. Esta división puede variarse para los efectos fiscales, políticos y judiciales por las leyes jenerales de la República, y para los efectos de la administración municipal, por las Ordenanzas municipales".

"Art. 135.—Habrà 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".

La Constitución Política de 15 de abril de 1869 contiene las siguientes normas en relación con la materia municipal:

"Art. 62.—Son atribuciones de las Asambleas Electorales:...

III.—Elegir los individuos que deben componer las Municipalidades,..."

Siendo sus artículos 143 y 144 idénticos, hasta en su redacción, a los que se acaban de copiar de la Constitución de 27 de diciembre de 1959, en ese mismo orden, no los transcribiré.

Sí es muy de notar la Disposición VIII de su artículo 147, incluido en el Título Décimo Tercio, De la Observancia de la Constitución y de las Reformas de la Constitución, Sección II, que expresa:

"VIII.—También podrá procederse á Reformar la Constitución, por iniciativa unánime de las Municipalidades de la República, cuando ellas convengan en la necesidad de hacerlo respecto á las mismas disposiciones que se indiquen".

En la Constitución Política, de 7 de diciembre de 1871, Decreto XXXXVI, en su texto original, se consignan las siguientes normas con relación al Régimen Municipal:

"Art. 62.—Son atribuciones de las Asambleas Electorales:

3a. Elejir los individuos que deban componer las Municipalidades,..."

#### "TITULO XI. DEL REJIMEN MUNICIPAL.

"Art. 129.—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 jenerales de la República, y para los efectos de la Administración Municipal, por las Ordenanzas Municipales".

"Art. 130.—Habrà en la capital de cada Provincia una Municipalidad, á quien corresponde la administración, cuidado y fomento de los intereses y establecimientos de la Provincia, la formación y custodia del registro cívico y del censo de población; y exclusivamente la administración é inversión de los fondos municipales, todo conforme á las leyes respectivas".

"TITULO XII. DE LA OBSERVANCIA DE LA CONSTITUCION, JURAMENTO Y REFORMAS.

Sección Tercera. De las reformas de la Constitución.

Art. 134.—El Poder Lejislativo podrá reformar parcialmente esta Constitución, con absoluto arreglo a las disposiciones siguientes:...

8a. También podrá procederse á reformar la Constitución, por iniciativa unánime de las Municipalidades de la República, cuando ellas convengan en la necesidad de hacerlo respecto á las mismas disposiciones que se indiquen".

El Decreto Ejecutivo que adopta la Constitución Política de 1871 con algunas modificaciones, de 26 de abril de 1882, N° VII, dejó el artículo 130 de aquella, así:

"Art. 130.—Habrà en la cabecera de cada cantón, una municipalidad con las atribuciones que le designe la Ley".

La Constitución Política de 8 de junio de 1917, para el Régimen Municipal dispuso lo siguiente:

"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. ...".

"Art. 77.—Son atribuciones de la Cámara de Diputados:...

2. 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 el 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".

"CAPITULO VIII.—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". (Transcrito en lo conducente).

"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...".

"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. 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...".

"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 en 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 y no excede el máximo que ésta haya fijado y debe fijar para cada renglón.

Con sus rentas y entradas atenderá a las necesidades del cantón... Una ley general dispondrá lo conveniente respecto a la manera de formar y liquidar los presupuestos municipales...".

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

Podrá vetar cualquier acuerdo de la Municipalidad... Los particulares perjudicados podrán en iguales casos (cuando se contrarie la ley o se excedan las facultades de la corporación, que son los autorizantes del veto) 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 exija la responsabilidad del caso".

"Art. 123.—...

Este funcionario (el Gobernador de la Provincia) 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, prestarles su colaboración y ayuda".

La Disposición Transitoria cuarta, de esa Constitución, dispuso lo pertinente para el período de transición en lo que mira al régimen municipal.

En virtud del Decreto Ejecutivo N° 2 de 3 de setiembre de 1919, se restableció y puso en vigor la Constitución Política emitida el 7 de diciembre de 1871, junto con las modificaciones que se le han introducido, salvo el Título VIII.

En virtud de la Ley N° 17 de 22 de mayo de 1903, se suprimió la fracción 8ª del artículo 139 de esa Carta, que daba intervención a las municipalidades en lo que mira a la iniciativa para reformas constitucionales.

Así estaban las cosas al promulgarse la Constitución Política vigente, el 7 de noviembre de 1949.

Lo que en ella hay de Régimen Municipal ya se irá tratando.

Todo lo anterior no sólo ha de permitir entrar a los ulteriores desarrollos, debidamente ambientados, sino cobrar cabal conciencia acerca de que el REGIMEN MUNICIPAL es parte, tanto histórica, cuanto constitucionalmente, de la estructura fundamental del Estado costarricense.

Al mismo tiempo, todo lo anterior se conecta, como es obvio, con el criterio expuesto por la Comisión Redactora, que preparó el proyecto de la actual Constitución Política de Costa Rica. Aunque el trabajo de esa comisión, nombrada por Decreto N° 37, de 25 de mayo de 1948, no fue tomado como base de discusión en la Asamblea Nacional Constituyente, es lo cierto que en lo relativo al régimen municipal, su labor fue orientadora, cuando no seguida fielmente.

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".

El primer sub-tema, si se me permite la expresión, no es otro que el relativo con LA CONSTITUCION, EL REGIMEN MUNICIPAL y LAS INSTITUCIONES AUTONOMAS.

La Constitución dedica un Título completo, el XII, a lo que denomina el Régimen Municipal. Ese Título se compone de ocho artículos; del 168 al 175, ambos incluidos. La Carta Fundamental, a su vez, se ocupa de las Instituciones Autónomas en el Título XIV, formado por los artículos 188, 189 y 190.

De la sola observación superficial del articulado constitucional relativo al Régimen Municipal, se puede sacar la conclusión de que el Constituyente quiso regular el asunto, de un lado, con cierto detalle, y, de otro lado, y como consecuencia de lo anterior, sustraer de la amplísima competencia del legislador ordinario, lo que le dejaba ya regulado a nivel constitucional. En cambio, la Constitución omitió el trato de detalle en lo que hace relación con las Instituciones Autónomas y, consecuentemente, dejó en manos de la Asamblea Legislativa no sólo ocuparse de eso, sino regular hasta los aspectos de fondo de la vida y funcionamiento de esos entes.

Aparte de criterios doctrinarios e históricos, acerca de lo que han sido y son las Municipalidades, es el caso de reconocer, con fundamento en lo que arriba se acaba de exponer, que éstas son algo distinto de las meras instituciones autónomas. En ciertos respectos las rebasan con mucho, en otros, aparecen desdibujadas o diluidas comparadas con aquellas. Y es que la amplitud y variedad de los cometidos municipales, por sí misma y, además, por implicar un necesario entrecruzamiento con los más amplios quehaceres del Poder Central, impide la concreción de fines y medios de acción, que es más formal y fácil de lograr con respecto a las meras instituciones autónomas. De ahí que la "autonomía" aún sin definirla ni precisarla, tomada meramente como concepto jurídico, no se avenga bien ni con la amplitud y variedad de fines y cometidos municipales, ni, tampoco, con la índole y naturaleza de las Corporaciones o Gobiernos Municipales. Lo anterior no significa, de ningún modo, que las corporaciones municipales no sean "autónomas", ya que, aún sin entrar en otro género de consideraciones, tal condición se las atribuye de modo expreso el artículo 170 de la Constitución Política. La tarea, que sigue, entonces, es tratar de alcanzar el concepto de "autonomía" cuando se la pre-



En lo relativo a la SUJECION A LA LEY, (emanada de la Asamblea Legislativa), EN MATERIA DE GOBIERNO, me limitaré, para su conceptualización, a la cita que sigue del mismo autor. Dice así el Profesor Ortiz O.:

"En cuanto la actividad de gobierno es de impulso, consiste principalmente en la elección de los fines del Estado o del ente público, y la puesta en marcha de su realización".

"Cada ente está limitado al fin que se le ha asignado legalmente, y sólo ese puede perseguir bajo sanción de incompetencia en su actuación. Es la Asamblea y no la propia institución la que traza el fin de la actividad de ésta, fin que es justamente el motivo y el límite infranqueable de su autonomía". (Misma Obra, página 130).

Ya está dicho hasta el cansancio, que la autonomía, propiamente tal y nada más que como tal, no se da frente a la ley.

Así las cosas, la autonomía que se consagra en el citado artículo 188 constitucional, sólo es independencia administrativa, (pero verdadera), para llevar a cabo, subordinadamente a la ley formal y, claro está, a la Constitución, lo que en cuanto a fines, contenidos de los actos (tanto normativos como meramente administrativos), motivos y modos de actuación, determinan aquellas normas, que los pueden regular y establecer hasta exhaustivamente.

Sobra decir que la Constitución Política no concreta los fines, etc., de los entes, a que se refiere el Capítulo Unico del Título XIV. En esa virtud, de modo tácito, abandonó a la labor del legislador ordinario el arreglo de todo eso. Esta no regulación constitucional aumenta, si aún cabe, la sujeción de aquellos a la ley.

En cambio, al ocuparse de las municipalidades, en el artículo 169, la Ley Suprema, llamándolas "gobiernos municipales", declara que les corresponde la administración de los intereses y servicios locales. Quiere decir, entonces, que a texto expreso les señaló un campo de actuación: intereses y servicios locales. Al propio tiempo, ese texto no definió ni los intereses ni los servicios locales. Vemos aquí, de modo claro, el contraste, entre el sistema seguido por el Constituyente, en lo que mira a las meras instituciones autónomas, y el régimen municipal... autónomo. En aquellas es preponde-

dica, con todo cuanto significa, de las municipalidades. La "autonomía", según mi criterio, siendo lo más que se puede otorgar, (sin incluir el caso de la Universidad de Costa Rica), a una de las llamadas instituciones autónomas, se queda corta cuando se trata de una corporación municipal. Me parece que ésta, siendo autónoma, es algo más o, al menos, distinto, que meramente, autónoma. Como este trabajo, no sólo por las limitaciones que le impone su propia índole: ser un artículo para una Revista de Ciencias Jurídicas, sino por estar destinado, según yo lo entiendo, a exponer ideas, a lo sumo sembrar inquietudes entre quienes tienen que ver con lo municipal, yo me abstendré de largas y complicadas exposiciones doctrinarias. La sencillez debe ser su nota esencial, cuando no la única.

Así las cosas, yo vengo tratando los conceptos y las instituciones, apegándome a lo que, evitando los forzamientos, resulta de una recta inteligencia de los textos constitucionales y legales aplicables al tema en estudio.

Consecuentemente, para lo que debe entenderse por autonomía, referida a los entes de que se ocupa el Capítulo Unico, del Título XIV de la Constitución, yo me atengo al texto del artículo 188 de nuestro Código Político, reformado. (Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1966).

Ese canon constitucional, en lo que aquí es de interés, estructura la autonomía mediante el binomio: independencia administrativa-sujeción a la ley (formal, emanada de la Asamblea Legislativa) en materia de gobierno. O más corto aún: franquía o potestad, de un lado, y sujeción, del otro. Si eso no se da, se estará hablando de cualquier cosa, pero no de autonomía.

Para captar el concepto de "INDEPENDENCIA ADMINISTRATIVA" me parece suficiente lo expuesto por el Profesor don Eduardo Ortiz O., cuando expresa:

"...la autonomía es la máxima forma posible de descentralización administrativa y el punto extremo en la línea de la independencia, como forma de organización de los servicios públicos". (La Autonomía Administrativa Costarricense, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 8, Nov. 1966, página 145).

rante y casi lo llena todo, la manera como establezca y regule sus fines y demás aspectos del asunto, la Asamblea Legislativa. Dentro del Régimen Municipal la línea de pensamiento y voluntad del constituyente de 1949, fue por distinto rumbo. Como que se otorgó una competencia, bien que con indicación de para qué o en qué campo, pero refiriéndola a algo, en sí mismo, de gran amplitud: intereses y servicios locales. Cabe observar que, en lo relativo al Régimen Municipal, cada vez que se consideró pertinente, se indicó, de modo expreso, qué cosas serían reguladas por la ley ordinaria. Así, en el párrafo primero del artículo 168, se dijo: "La ley podrá establecer distribuciones especiales"; igual referencia a la intervención de la Asamblea Legislativa, se hizo en los párrafos segundo y tercero de ese mismo canon constitucional; igual delegación en el Poder Legislativo se ve en la parte final del artículo 169, con relación, únicamente, al funcionario ejecutivo de las corporaciones municipales; lo mismo se hizo en el párrafo segundo, ab initio, del artículo 171; iguales referencias a la ley ordinaria se aprecian en los artículos 173, in fine, y 174. De lo anterior yo deduzco que la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, quiso estructurar, hasta con detalle, el Régimen Municipal **muy señaladamente en lo que hace relación con la competencia de las corporaciones**: les atribuyó, a texto expreso, **sin remisión a ley ordinaria alguna**, la administración de los intereses y servicios locales. Como ya también se vio, cada vez que la Constitución no completa la regulación de algún aspecto del Régimen Municipal, sino que deja esa labor a cargo del legislador ordinario, lo dice expresamente. Cabe entender, entonces, que, en general y como solución de principio, el texto constitucional, en lo que hace relación con el Régimen Municipal, no adoptó el sistema de la delegación tácita en la Asamblea Legislativa, como sí lo hizo al ocuparse de las meras instituciones autónomas. Para el Régimen Municipal, la Carta Fundamental, adoptó el método de delegaciones pautadas y expresas.

Ahora bien, conviene tener presente, para que no se caiga en el error de creer que aquí se trata el asunto, a base de meras interpretaciones literales de normas constitucionales, que el Régimen Municipal es parte de la estructura fundamental, estratificada y rígida del Estado costarricense. Situación esa que no se da en relación con las meras instituciones autónomas. No contradice lo anterior, el hecho de que algunas de ellas, como el Patronato Nacio-

nal de la Infancia y la Universidad de Costa Rica, —ésta ya sabemos que tiene un régimen especial, más amplio en fuerza, si cabe la expresión, que el autonómico general del artículo 188 constitucional—, estén expresamente mencionadas y asentadas en la Constitución misma. Bien se comprende que una cosa es ser parte de la constelación institucional que contiene la Ley Suprema, y otra, ser parte, —como ocurre con las municipalidades—, de aquella estructura fundamental, estratificada y rígida del Estado costarricense.

Como vengo empeñado en la tarea de alcanzar el concepto de "AUTONOMIA" cuando se la **predica de las municipalidades**, como lo hace el artículo 170 de la Constitución Política, me viene impuesto relacionar los artículos 169 y 188 de la Carta.

El artículo 169 constitucional declara, expresa y terminantemente, que la administración de los INTERESES y SERVICIOS locales, estará a cargo del Gobierno Municipal. Al propio tiempo, ese texto no sólo NO define lo que debe entenderse por aquellos: intereses y servicios locales, sino que, se abstiene de delegar su concreción en el legislador ordinario. No debe olvidarse que cada vez que el Constituyente de 1949, en materia municipal, quiso dejar algo a cargo de la Asamblea Legislativa, lo dijo expresamente. Así las cosas, contrariamente a como ocurre con las meras instituciones autónomas, en las que la labor del legislador ordinario lo llena, virtualmente, todo, en lo municipal no se da esta situación, toda vez que, como se vio, fue el propio constituyente quien otorgó, a texto expreso, la competencia a las corporaciones. Similar procedimiento siguió la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, en los artículos 55, que se ocupa del Patronato Nacional de la Infancia y 84 y siguientes, que se ocupan de la Universidad de Costa Rica. A ambas instituciones les otorgó expresamente competencia, sin delegación a la Asamblea Legislativa. Lo anterior tiene mucha importancia frente a la doctrina del Profesor Ortiz O., cuando afirma:

"En cuanto la actividad de gobierno es de impulso, consiste principalmente en la elección de los fines del Estado o del ente público, y la puesta en marcha de su realización. Cada ente está limitado al fin que se le ha asignado legalmente, y sólo ese puede perseguir bajo sanción de incompetencia en su actuación. Es la Asamblea y no la propia institución la que traza el fin de la actividad de ésta, fin que es justamente el motivo y el límite infranqueable de su autonomía".

La anterior doctrina se acomoda perfectamente a la situación constitucional de las meras instituciones autónomas, no así al caso de las municipalidades (prescindiendo para nuestro desarrollo del Patronato y de la Universidad). Estas tienen su competencia fijada, en sentido de gran amplitud, en la propia Constitución. En otras palabras, NO es la Asamblea Legislativa la que, así sin más, traza el fin de las corporaciones. Vemos cómo, entonces, la autonomía del artículo 188 de la Carta (la autonomía de las meras instituciones autónomas), sería un marco muy estrecho para la competencia de origen constitucional de las municipalidades. Eso aparte de que, siendo, como es, ese artículo 188 norma general para todas las meras instituciones autónomas, no lo podemos aplicar a las corporaciones, en términos que minoren o restrinjan las potestades, de origen también constitucional, de los Gobiernos locales. Es del caso advertir, que no es que yo predique que las municipalidades no están sujetas a la ley en materia de gobierno. No. Eso sería una herejía jurídica. Lo que yo afirmo, es que esa sujeción no llega, como en el caso de las meras instituciones autónomas, hasta a la concreción y variación de fines. Esa labor, aunque con carácter de gran amplitud, ya la hizo la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. A las corporaciones municipales se les dio, por el citado artículo 169 de la Ley Suprema, competencia exclusiva y excluyente, en lo que mira a la administración de los intereses y servicios locales. Esto tiene que respetarlo, so pena de viciar de inconstitucionalidad la medida que tome, la Asamblea Legislativa. Pongo el ejemplo de un proyecto de ley para obligar a las municipalidades a contribuir con una subvención para los comités cantonales de deportes.

Si, como lo dispone el artículo 169 de la Constitución, la administración de los intereses locales, (que no definió el constituyente ni autorizó al legislador ordinario para que lo hiciera,) es de competencia del Gobierno Municipal, no se ve cómo, salvo llevándose de encuentro esa norma, puede una ley común, calificando, sin competencia para hacerlo, como interés local la ayuda al deporte, obligar a las municipalidades a incluir en sus presupuestos ordinarios anuales, un porcentaje con tal fin. Debemos tener presente que una de las manifestaciones más importantes de la autonomía de las instituciones meramente autónomas, es la formulación de planes de administración y la emisión de los presupuestos del ente. Es lo que se llama la planificación funcional y financiera.

Pues bien, si eso está fuera de toda duda, ¿qué no se podrá afirmar a su respecto en relación con las municipalidades, que están autorizadas por el artículo 175 constitucional para dictar sus presupuestos?

¿Cómo, sin violar esas dos normas constitucionales, (arts. 169 y 175), puede una ley ordinaria calificar algo como interés local y obligar a incluir un porcentaje en los presupuestos municipales a fin de atenderlo? ¿Qué es administrar un interés local? ¿No será, por ventura, determinarlo, delimitarlo, y tratar de alcanzarlo? Si la Asamblea Legislativa, por recta vía constitucional, para lo que ahora nos ocupa, lo que puede hacer es dictar los presupuestos de la República; establecer los impuestos y contribuciones nacionales; y, decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación, no parece correcto que, por vía indirecta, haga lo mismo con los ingresos locales, cuyo destino y aplicación sólo compete decretar a las respectivas municipalidades. Si mi opinión es correcta, el ejemplo que he puesto, evidencia lo siguiente: de un lado, que la autonomía de que se ocupa el artículo 188 de la Constitución Política, que implica o conlleva pleno y hasta incondicional sometimiento, en materia de gobierno, de los entes meramente autónomos a la ley, sí autorizaría un proyecto como el comentado en relación con esas instituciones; y, de otro lado, que no cabe hacer lo mismo frente a la en cierto modo privilegiada autonomía de que gozan las corporaciones municipales.

Consecuentemente con todo lo anterior, puesto ya en el trance de **conceptuar la autonomía**, cuando se la predica de las municipalidades, yo diría que se trata de una autonomía en cierto modo privilegiada, más amplia y fuerte que la consagrada en el artículo 188 de la Constitución para las meras instituciones autónomas, en todos aquellos respectos previstos expresamente por la misma, en que el Constituyente no delegó de modo expreso el ulterior arreglo del asunto en el legislador ordinario. En otras palabras, la autonomía municipal es en cierto modo privilegiada, para todos los respectos que, expresamente y sin delegación concreta en la Asamblea Legislativa, atribuye la Constitución a las municipalidades, llamándolas Gobiernos de esa índole. En todo lo no previsto expresamente por la Carta, en la forma explicada, los Gobiernos Municipales, gozan de una autonomía no privilegiada, cual es la consagrada por el artículo 188 constitucional. La anterior es la inteligencia que yo

le doy a los artículos 169, 170 y 188, todos de la Constitución relacionados entre sí. El primero, según mi sentir ya explicado, permite fundar la autonomía en cierto modo privilegiada, que el constituyente de 1949 quiso dar y otorgó a los Gobiernos Municipales; el segundo, apoya la simple o normal autonomía de las corporaciones, en todo lo no previsto por el primero, y, el tercero, conceptúa y delimita el margen de autonomía que da el segundo, que no es otra que la que disfrutaban las meras instituciones autónomas.

No en vano me extendí no poco en lo que llamé las VICISITUDES HISTORICO-CONSTITUCIONALES DEL REGIMEN MUNICIPAL EN COSTA RICA. Quise deliberadamente ambientar, si cabe la expresión, los planteamientos ulteriores. Si apelé a la historia, no fue por alarde de erudición, aquí totalmente fuera de lugar; lo hice para entender mejor el presente,—evitando interpretaciones que merecerían el calificativo de retrocesos— y, si cupiera, preparar las soluciones del porvenir. Si fuera lo correcto y lo lícito, hacer lo que se pretende con el proyecto que puse de ejemplo, sería más práctico, más sencillo y más económico, volver al sistema de don Braulio, mayormente ahora que contamos con una magnífica Contraloría General de la República, con sistemas mecanizados de Contabilidad, con Servicio Civil, y tantas y tantas ciencias y oficinas auxiliares de o para una buena administración. ¡Para convertir a las Municipalidades en Gobiernos locales de opereta, no hay que estudiar ni hacer esfuerzo alguno! Para eso basta con no saber lo que esas corporaciones han sido, lo que son y . . . por qué no decirlo, lo que deberían llegar a ser, si de actuar con consecuencia se trata; si de desarrollar los sanos principios del Constituyente de 1949, también se trata; y, por último, si se hace un esfuerzo para desprenderse de la influencia dejada por la precaria y triste situación de las Municipalidades, antes de la promulgación de la actual Ley Suprema.

A esta altura de la presente exposición, es oportuno entrar a desarrollar, en concreto, el primer tema indicado al inicio del presente planteamiento, sea el CODIGO MUNICIPAL Y LA MUNICIPALIDAD AUTONOMA.

Ya mucho más arriba se expuso que la amplitud y variedad de los cometidos municipales, por sí misma, y, además, por implicar un necesario entrecruzamiento con los más amplios quehaceres del Poder Central, impide la concreción de fines y medios de acción.

Esa circunstancia, insoslayable como es, torna difícil de alcanzar una solución ortodoxa o pura, a la hora de legislar, en concreto, sobre los quehaceres municipales. Y es que, para las situaciones de frontera o de claroscuro, que son aquellas en las cuales lo municipal va de la mano, cuando no confundido inescindiblemente, con lo nacional, el deseo de pureza en las soluciones podría comprometer, hasta gravemente, de un lado, el logro de lo nacional y, de otro lado, la autonomía municipal, entendida como atrás se expuso.

Con solo parar mientes en que todo el territorio nacional está dividido en cantones, cada uno con su correspondiente Municipalidad, basta para ver objetivamente lo difícil del asunto. Lo nacional abarca todo el territorio; la suma de los cantones, también. Lo anterior no tendría mayor importancia, si la competencia, municipal sólo lo fuera por materia, pero como su jurisdicción es territorial, la magnitud del problema se pone en evidencia. Verdades estas de perogrullo, pero verdades al fin. No en vano decía don Miguel de Unamuno, que las cosas de puro sabido se olvidan.

Con decir que casi no hay un solo cometido Municipal que, en ámbito nacional, no corresponda al mismo tiempo al Gobierno Central, ya está dicho todo.

Así las cosas, legislar sobre lo municipal, preservando la autonomía de las Corporaciones, es tarea de suyo difícil.

El problema se agrava, si aún cabe, por la circunstancia de que casi toda la legislación promulgada al amparo de la vieja Constitución de 1871 está informada por un cierto oscurecimiento de lo municipal. Al propio tiempo, parece continuar gravitando sobre algunas leyes, dictadas ya bajo la vigencia de la actual Ley Suprema, un espíritu que tiende a restar importancia a lo relacionado con el Régimen Municipal. Se han cambiado leyes con el ánimo de adaptarlas a la nueva Constitución, es cierto; pero también lo es, que la mentalidad ambiente no se cambia con solo variantes constitucionales y legislativas.

El problema que vengo planteando se ha presentado en casi todos los países y en casi todas las épocas.

El Profesor Luis Jordana de Pozas, en su trabajo "Las Tendencias Actuales del Régimen Local en Europa", publicado en la Revista de Estudios Políticos, Volúmenes XXI-XXII, Madrid, Año VIII, Números 39-40 y 41-42, 1948, expresa, entre otras cosas, las siguientes:

### “III.—TENDENCIAS COMUNES EN LA REFORMA DEL REGIMEN LOCAL

Aunque las reformas locales que acabo de sintetizar son independientes unas de otras, coinciden en tendencias semejantes, indicadoras de una corriente profunda más fuerte que las fronteras políticas, y que cabe reducir a las siguientes:

- 1.—Tendencia a ampliar la base territorial de los entes locales, pasando, en los intermedios, de la provincia a la región y, en los municipios, de la entidad primaria al municipio compuesto o comarcal.
- 2.—En lo doctrinal, abandono del dogma del Municipio como entidad natural, sin que por ello se adopte el opuesto y absurdo de la creación caprichosa por el Estado, sino el intermedio de que, requiriendo el Municipio elementos geográficos, económicos y humanos, es el Estado el que determina el QUANTUM de cada uno de ellos a la vista de las finalidades que el Municipio ha de cumplir.
- 3.—Tendencia a la variedad orgánica y, por consiguiente, abandono del uniformismo. Esta variedad produce, por lo común, los siguientes tipos: la capital del Estado, la gran ciudad superior al millón de habitantes, el Municipio urbano, el Municipio rural y las entidades locales menores.
- 4.—Tendencia a la nacionalización de servicios y actividades que antes eran de carácter local o particular y que a veces se erigen en servicios autónomos y personificados, y fijación de un nivel mínimo para los que subsistan dentro de la competencia de las entidades locales, con un control que garantice este nivel. Esta tendencia fácilmente puede confundirse con la de centralización seguida en gran parte del siglo pasado, pero, en realidad, es completamente distinta.
- 5.—Robustecimiento del SELFGOVERNMENT en su doble aspecto de gobierno por los propios interesados o sus representantes y de administración autárquica, incluso desarrollando una acción reflexiva y continuada para despertar el interés de los vecinos y decidirles a una participación activa en los asuntos locales.
- 6.—Tendencia a difuminar los límites entre la administración general, la intermedia y la municipal. En vez de asuntos de la EXCLUSIVA

competencia de cada una, se tiende a una actuación simultánea y coordinada.

Como una consecuencia, crisis de la idea de separar por completo las haciendas de cada uno de estos tipos de entidades.

- 7.—Manifestación de la tendencia a profesionalizar las funciones locales y, por consiguiente, mayor influjo de los funcionarios burocráticos y creciente importancia de las leyes relativas a su preparación, selección y perfeccionamiento”.

Más adelante nos dice el mismo autor:

### “VARIEDAD ORGANICA DE ADMINISTRACIONES LOCALES.

Consecuencia lógica de los anteriores postulados es la tendencia generalizada a la variedad orgánica de las Administraciones locales. A decir verdad, asombra que todavía perdure en algunos países el uniformismo de las leyes napoleónicas paradójicamente seguido por nuestros parlamentarios de Cádiz, si bien hemos demostrado que esos países son cada vez menos.

En cuanto a las circunscripciones intermedias, se acusa esa tendencia en la admisión de una segunda entidad intermedia de tipo comarcal (distrito, círculo) y en la acumulación de las facultades municipales y provinciales en un solo ente cuando ello responde a una realidad y ofrece ventajas prácticas (burgos-condados).

En el orden municipal encontramos muy generalizada la existencia de un régimen especial para las ciudades capitales de Estado. Por motivos históricos, políticos o administrativos, tienen leyes o regulación especial Londres, Dublín, París, Berlín, Roma, Praga, Viena, Estocolmo, Lisboa, Wáshington, La Habana, Buenos Aires y otras varias capitales. Lo previó, sin llevarlo a cabo, para Madrid la ley de 1935, y, en ciertos aspectos, lo ha creado la de ordenación urbana dictada por él en 17 de julio de 1945.

Las grandes ciudades caracterizadas por su población o por su densidad demográficas, tienden a obtener singulares regulaciones orgánicas, funcionales o económicas.

Pocos son ya los Estados en que no se distinguen netamente los Municipios urbanos de los rurales. Hemos visto que ninguno de los países que ya había acertado a establecerla en tiempos anteriores abandonó esa diferenciación, que ha sido admitida o intensificada en otros como Portugal y Rusia, y que tiene a su favor extensos sectores de opinión

en Francia, Italia y España. Veinticinco años llevo defendiéndola en la Cátedra, en la Prensa y en la Administración, y confío en que no ha de tardar mucho en ser incorporada a nuestro Derecho”.

Visto lo del Profesor Jordana de Pozas, voy a ir tratando algunos aspectos del Código Municipal, que encuentran, al menos en parte, explicación en ese autorizado testimonio.

Los artículos 1, 2, 3 y 4, párrafo primero del Código, que reproducen, en lo fundamental y casi literalmente, lo dispuesto al efecto por los artículos 168 y siguientes de la Constitución, se armonizan bien con el concepto de Municipalidad Autónoma.

La enumeración de cometidos municipales que se hace en la segunda parte del citado artículo 4º del Código Municipal, parece implicar que se impone una fuerte armonización y cooperación con el Poder Central. Todos esos quehaceres municipales demandan gran aliento, por ser bastante ambiciosos, en términos de que, sin aquellas armonización y cooperación, su logro es muy difícil, cuando no ilusorio.

Quizá por lo ambicioso de los expuestos cometidos municipales, se arribó a una redacción del artículo 5º *ibídem*, que no parece la más afortunada.

Trataré de explicarme:

El artículo 169 de la Constitución, establece como de competencia municipal, la administración de los intereses y servicios locales en cada cantón.

En ninguna parte, la Constitución delegó, de modo expreso, en el legislador ordinario, la determinación de esos intereses y de esos servicios locales de cada cantón. Consecuentemente, y para no lastimar y ni siquiera comprometer las potestades constitucionales de los Municipios, se debe proceder no sólo con mucho cuidado al determinarlos, sino no hacerlo tan ambiciosamente, que se obligue, de modo indirecto, a las Corporaciones a ir más allá de una mesurada armonización y cooperación con el Poder Central, si no quieren ver frustrarse el logro de aquellos cometidos. El Código puso mucho a cargo de las Municipalidades. No poco de lo que compete a las Corporaciones, está encargado a nivel nacional a otros entes, cuando no a la Administración Central. Así las

cosas, nos encontramos con la redacción del artículo 5º *ibídem*, que, literalmente, expresa:

“La competencia municipal definida en el artículo anterior no afecta las atribuciones conferidas a otras entidades de la Administración Pública”.

Como ya lo expuse mucho más arriba, la competencia de las Municipalidades, en sentido de gran amplitud, es de origen constitucional, a texto expreso. El artículo 169 de la Carta, no sólo no puede ser más claro, sino (lo que ahora es más importante), más categórico. Repárese en que expresa que la “Administración de los intereses y servicios locales en cada cantón ESTARA a cargo del Gobierno Municipal...”. El subrayado no es del texto. Nótese la forma imperativa usada: “ESTARA”. De otro lado, debe tenerse presente que en ninguna parte la Constitución dijo o significó algo como esto: de aquellos intereses y servicios que el legislador ordinario llegue a calificar como locales, estarán a cargo del Gobierno Municipal los que la ley común disponga. Nada de eso se expresó ni se significó siquiera. No es que yo, en presencia de la ausencia de delegación del Constituyente de 1949 en el legislador ordinario, considere que nada tiene éste que hacer en el asunto. No. Yo no lo entiendo así. La que yo tengo como correcta solución del problema, es la siguiente:

a) En primer término el legislador debe, previo el fino y exhaustivo estudio que el asunto demanda, determinar, —con prescindencia de prejuicios—, cuáles intereses y servicios tienen la naturaleza de “locales”. Ante la duda razonable, el legislador debe ser libre de escoger la que juzgue como mejor solución, atendidas todas las circunstancias del caso. Y es que, ante esa duda, no debe ser el criterio localista el que tenga a su favor algo así como un fuero de atracción, sino, por el contrario, el más amplio y desinteresado de la Asamblea Legislativa;

b) Determinado que un interés o servicio es local, la solución de principio debe ser atribuir su administración al Gobierno Municipal, pues es lo que manda la Carta. Digo solución de principio y no rígida, ni para todos los casos, porque las circunstancias son, en general, muy complejas y pueden aconsejar una administración armonizada con la Administración Central o con alguno o algunos entes descentralizados;

c) Si lo aconsejable es la administración armonizada o en colaboración, como se expuso arriba, así debe establecerse, pero en tal forma que, en la esfera local o en aquel tanto en que el interés o servicio entra de lleno en la jurisdicción territorial del Municipio, se preserven bien las potestades de éste que, valga la machacona insistencia, son de origen constitucional.

Así pues, es como yo entiendo el asunto de que ahora me ocupo.

Visto lo anterior, volvamos a la afirmación de que la redacción del artículo 5º del Código Municipal, no parece la más afortunada.

Si mi criterio es correcto, contrariamente a lo que se establece en el dicho texto de ese Código, la competencia Municipal, sí afecta, sí tiene que afectar las atribuciones conferidas a otras entidades de la Administración Pública.

De ningún modo estoy pretendiendo yo que la constitucional competencia del Gobierno Municipal, arrolle o nulifique las atribuciones de otras entidades; sino que esa competencia —(la Municipal)— para no ser nulificada ni arrollada, con franca violación constitucional, debe armonizarse, por lo menos de igual a igual, con las atribuciones de las otras entidades de la Administración Pública.

El artículo 5º de comentario, para estar exento del vicio, muy grave por cierto, que yo le apunto, debió concebirse en estos o parecidos términos: "Artículo 5º.—La competencia municipal definida en el artículo anterior debe armonizarse con las atribuciones conferidas a otras entidades de la Administración Pública. De no lograr las administraciones interesadas, por sí mismas, esa armonía, resolverá el punto, en una ley, la Asamblea Legislativa, sin vulnerar el artículo 169 de la Constitución Política".

El artículo 6º del Código Municipal, literalmente, expresa: "Artículo 6.—Mediante el debido concierto con las demás administraciones estatales, podrán las municipalidades asumir conjunta o exclusivamente, las atribuciones sobre administración de servicios o realizaciones de obras de interés público local, conferidos a esas administraciones".

Este texto enfoca bien lo del "concierto", pero debe completarse con un agregado como el sugerido para el artículo 5º, ya que es de rigor que, como he insistido tanto en ello, se respete la

constitucional competencia municipal, dado que la administración de los intereses y servicios locales en cada cantón es de competencia del Gobierno Municipal, por mandato del artículo 169 de la Carta, si no se logra el "concierto" de que habla el comentado artículo 5º del Código Municipal, la corporación sólo puede ser forzada a la armonía, que nunca a la exclusión total de intervenir en lo que el Constituyente de 1949 le atribuyó, por una ley, en que la Asamblea Legislativa respete plenamente aquel canon de la Ley Suprema.

El artículo 7º del Código Municipal, expresa, de modo literal:

"Artículo 7º.—En el ejercicio de sus atribuciones las Municipalidades gozan de la autonomía que les confiere la Constitución Política, con las potestades de Gobierno y de Administración inherentes a la misma.

Dentro de estas potestades se entenderán comprendidas las siguientes.

- a) Dictar los reglamentos autónomos, de organización y de servicio, y de cualquier otro autorizado por la ley;
- b) Acordar, conforme a la ley, los ingresos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos, y disponer sobre su distribución y empleo;
- c) Concertar pactos, convenios o contratos, con personas o entidades nacionales o extranjeras, que fueren necesarios en la realización de sus funciones; y,
- d) Convocar al pueblo a consultas populares".

Este texto, en general, se armoniza bien con la idea de la MUNICIPALIDAD AUTONOMA.

No obstante lo anterior, parece ser omiso en un extremo de la mayor importancia, cual es el de los llamados reglamentos ejecutivos. No dice, pues, quién es el competente para reglamentar las leyes municipales.

Como esa omisión, de suyo grave, pudiera interpretarse en el sentido de que los Gobiernos Municipales no gozan de esa potestad, considero conveniente decir algo al respecto.

Ya está visto, con base en el inciso a) del artículo 7º del Código Municipal, que las corporaciones están autorizadas para

dictar reglamentos autónomos, de organización y de servicio. Estos reglamentos comprenden la organización interna de la Municipalidad, lo relativo a su patrimonio y a su personal y, sus relaciones con los usuarios de sus servicios. Hago la advertencia de que no he encontrado ningún estudio que, concretamente, trate el asunto **reglamentario en lo relativo con el Régimen Municipal**. He tenido que basarme en trabajos que se ocupan del tema de modo general. Casi todos ellos se refieren a los entes descentralizados, cuando no a los meramente autónomos, y todo ello en bloque.

El Profesor Ortiz O., en su trabajo ya citado "La Autonomía Administrativa Costarricense", pág. 172, op. cit. nos dice, en relación con los reglamentos autónomos:

"En relación con los reglamentos autónomos de servicio del Poder Ejecutivo resulta manifiesta la imposibilidad de conflicto con los propios de los entes descentralizados. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo sólo pueden referirse a sus propios servicios y nunca a los de otros entes. Los reglamentos autónomos se fundan en la titularidad del servicio como competencia propia y responden al máximo al carácter de instrumentos para dirigir su prestación, por quien tiene en igual grado el conocimiento de todos sus problemas y particularidades. En ningún caso puede un reglamento autónomo del Poder Ejecutivo abarcar los detalles y técnicas de un servicio que por pertenecer a un ente extraño es parte de una situación jurídica originaria frente a él y, en consecuencia, intocable para su potestad sin una expresa autorización constitucional, que en el caso no existe".

Ahora bien, entrando ya al tema de los reglamentos ejecutivos, es del caso decir que la solución, si la hay, ya no es pasiva sino profundamente controvertida.

Veamos: el Lic. don Ismael A. Vargas B., en su trabajo "Las Instituciones Autónomas y la Potestad Reglamentaria en la Constitución Política de Costa Rica", Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, Vol. I, marzo de 1956, N° 1, pág. 144, nos dice lo siguiente:

"En el pronunciamiento sobre un recurso de inconstitucionalidad planteado por el señor Carlos Luis Calvo Montoya, demandando la inexecutable del inciso f) del artículo 14 de la Ley N° 17 de 22 de octubre de 1943, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, que

faculta a la Junta Directiva de esta Institución para dictar reglamentos, y como consecuencia de aquélla, también la de algunos acuerdos tomados por la indicada Junta Directiva, ya la Corte Suprema de Justicia resolvió el problema en uno de sus aspectos, esquivando ofrecer la solución en cuanto a lo demás".

En efecto, tal pronunciamiento, ditado en sesión de Corte Plena N° 38 extraordinaria celebrada a las 15 horas del 13 de agosto de 1953, declaró sin lugar la demanda de inconstitucionalidad en cuanto al inciso f) del artículo 14 de la ley objetada, aduciendo que:

"Lo dispuesto como atribución de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, o sea "dictar los reglamentos para el funcionamiento de la Institución", NO IMPLICA QUE SE DELEGARA EN ELLA LA POTESTAD DE REGLAMENTAR LA REFERIDA LEY, QUE CORRESPONDE AL PODER EJECUTIVO, según el inciso 3° del artículo 140 de la Constitución Política, pues aquellos reglamentos son los que se contraen al gobierno y administración de la Caja, QUE SI ESTA AMPLIAMENTE FACULTADA PARA DICTARLOS, AL TENOR DE LO QUE PRESCRIBEN LOS NUMEROS 73 Y 188 DE LA PROPIA CONSTITUCION TAMBIEN. Y declarar QUE NO TIENE FACULTAD ESTA CORTE PARA CONOCER DEL RECURSO, EN CUANTO SE REFIERE A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA CAJA que derogaron los artículos 45 y 49 del "Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte", pues según los términos de los artículos 10 de la Constitución Política y, 71, inciso 1°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL, EN LA MATERIA QUE INTERESA, NO SE EXTIENDE MAS ALLA DE LAS DISPOSICIONES DEL PODER LEGISLATIVO Y DEL PODER EJECUTIVO". (Subrayamos nosotros). Del importante pronunciamiento transcrito queda, con caracteres claros y definidos, que la Corte Suprema considera, que las leyes constitutivas y orgánicas de las Instituciones Autónomas sólo pueden ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo, sea que niega capacidad o competencia constitucional a aquellos organismos para emitir los reglamentos llamados ejecutivos o subordinados. Este punto es muy importante, y ese mismo criterio es el que hemos venido sustentando a través del desarrollo de este estudio: no existe disposición constitucional ninguna, expresa o implícita, que otorgue a las Instituciones Autónomas la potestad reglamentaria ejecutiva".



El Lic. don Eduardo Ortiz O., en su trabajo "La Potestad Reglamentaria en Costa Rica. Régimen actual y perspectivas". Revista de Ciencias Jurídicas", Universidad de Costa Rica, Escuela de Derecho, N° 16, noviembre 1970, pág. 193, trae la siguiente cita jurisprudencial sobre el tema en estudio: Sentencia de Casación de 14:30 horas del 11 de setiembre de 1958, de la que comenta y afirma lo siguiente:

"por virtud de la cual se impuso a un poderoso ente autónomo, como la Caja Costarricense de Seguro Social, la observancia de un reglamento del Poder Ejecutivo sobre tramitación de reglamentos internos de trabajo en materia laboral, pasando por encima del reglamento propio sobre la materia dictado por el ente. Sin embargo, en el caso el problema real fue otro, aun cuando accesorio e innecesariamente se diera pronunciamiento sobre esa potestad exclusiva del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes. Pues, en efecto, el verdadero centro de la cuestión y único que debió resolverse era el de si el reglamento de la entidad autónoma para la tramitación de un reglamento interno de trabajo podía desconocer las pocas formalidades previstas al respecto por el Código de Trabajo, ley de la República (formalidades como la aprobación final del Reglamento, en aquel entonces, por la Inspección de Trabajo). Es evidente que en el caso el reglamento de la Caja, era nulo, por violación de la ley, dado que nadie discute la superioridad de ésta sobre aquél. De eso a sentar la superioridad del reglamento del Poder Ejecutivo sobre el de la Caja en cuanto a la aplicación del Código de Trabajo a esta última hay un salto sin conexión lógica alguna, pues deja sin explicar por qué la Caja, que tiene potestad reglamentaria sobre sus seguros sociales (según lo acepta el mismo fallo) no la tiene para el manejo de sus relaciones de personal, indispensables para el buen funcionamiento de esos mismos seguros".

El propio Lic. Ortiz O., ya en el texto de su trabajo citado, nos dice lo siguiente, para lo que ahora interesa:

"La misma (jurisprudencia) ha sido consistente, a lo largo de los muy pocos casos decididos, en negar a los entes autónomos la potestad reglamentaria para la ejecución de sus leyes y de las leyes, distinguiéndola nominalmente y sin ulterior explicación de la que se funda en su potestad propia de gobierno y administración. Con ello, la jurisprudencia sujeta al ente autónomo a los reglamentos de ejecución de

sus leyes dictados por el Poder Ejecutivo, sin colaboración ni asentimiento alguno de su parte.

La jurisprudencia ha sostenido que la potestad reglamentaria del ente autónomo en materia de gobierno y administración está estrictamente confinada a su especialidad orgánica, entendida como el tipo de especialización por la materia que le ha sido encomendada y que es su razón de ser, "Así por ejemplo, como quiera que la especialidad orgánica de los bancos es moneda y banca, sin violar su autonomía el Poder Legislativo no podría imponerles una determinada tasa de interés en sus operaciones" (Considerando V, Casación 14:30 hrs, del 11 de setiembre de 1958). Y, a la inversa, "dado que la especialidad orgánica de aquella entidad (la Universidad de Costa Rica) refiérese tan sólo a aspectos culturales que específicamente señalan los artículos 86 y 89 de la Constitución Política, y que dentro de éstos no podría comprenderse la materia referente a jubilaciones, forzoso es concluir, entonces, a tenor de la doctrina imperante en la materia y de los textos constitucionales que entre nosotros la prohijan, que en el caso sub-lite no pueden ser aplicadas las disposiciones reglamentarias mediante las cuales la demandada introdujo las modificaciones fundamentales a los términos en que otorgara a sus servidores el beneficio de la jubilación".

Y agrega el Lic. Ortiz O., comentando esa jurisprudencia:

"Se trata de fallos controvertibles, en nuestro concepto. En primer término, parece muy difícil y casi imposible deslindar la materia de organización y funcionamiento propios de la entidad, que normalmente entra en su potestad de gobierno y de administración, de aquella que corresponde a la reglamentación de la ley orgánica respectiva, toda la cual versa justamente sobre lo mismo. Y si —con la mejor y más nueva doctrina— hemos considerado ejecutivo para estos efectos el reglamento que es útil o necesario para el ejercicio de las competencias creadas por ley, a condición de que no la contradiga, es evidente que la potestad de reglamentación fundada en la de gobierno de la entidad es una y la misma con la de reglamentar su ley orgánica y demás conexas.

En segundo término, pareciera imposible e inconveniente en todo caso, reducir la potestad de gobierno al manejo de la especialización orgánica, con exclusión de las otras necesidades de indispensable satisfacción para un eficiente desempeño dentro de ese campo. Es evidente que la facultad de manejar el personal es una, si no la principal,

entre esas necesidades; pero no es la única. Entra, además, en la potestad de gobierno y como parte de la organización del ente, todo lo concerniente al régimen patrimonial de la institución, la creación de oficinas y distribución de cometidos y potestades y todo lo relacionado con procedimientos, técnicas y modos de prestación del servicio. Es clarísimo en doctrina que el ente puede crear por sí un reglamento de jubilaciones, lo mismo que el reglamento interno de trabajo, dentro del marco de la ley (de la Asamblea).

En tercer lugar, pareciera no haber subordinación entre el reglamento de la institución sobre su organización y funcionamiento, y el del poder Ejecutivo sobre igual materia. Pues así como la jurisprudencia citada encuentra que el único posible es el reglamento del Poder Ejecutivo, creemos que, a la inversa, el único posible es el de la entidad con exclusión de aquél. Si, en todo caso, se optara por la coexistencia de reglas, el reglamento de la institución tendría que ser reputado como superior (cita a Sayagués Laso, como opinando en contra). Las razones han sido ampliamente expuestas en otro trabajo del suscrito (Eduardo Ortiz Ortiz, *La Autonomía Administrativa en Costa Rica*, pág. 115) y pueden resumirse en la preferencia de lo especial sobre lo particular dentro del ámbito normativo, relación que es la esencia y fundamento de existencia de toda autonomía normativa. Ello no perjudica la subordinación administrativa —no normativa— del ente al Poder Ejecutivo ni aún en los sistemas que tengan tutela administrativa desarrollada —como no es nuestro caso— pues en los mismos se da siempre la ley expresa que sirve de título a la preferencia inversa de aquél Poder en el campo administrativo de la entidad autónoma. Quede claro, en todo caso, que la tesis sustentada es rechazada por la jurisprudencia.

Pareciera, en síntesis, que la potestad de los entes menores en Costa Rica es la siguiente:

- a) Tienen potestad reglamentaria relativa a su organización y funcionamiento, como poder implícitamente conferido con la autonomía por el artículo 188 de la Constitución y expresamente reconocido por la ley;
- b) Parecen tener potestad reglamentaria exclusiva para la ejecución de su ley orgánica y de las demás aplicables a ella, también como poder implícito en la autonomía constitucional y en la libertad de gobierno que ésta les confiere, salvo ley que disponga lo contrario; pero esta conclusión es rechazada por la jurisprudencia que afirma

ser totalmente distinta la autonomía normativa interna que indudablemente tienen de la potestad de reglamentación ejecutiva de su propia ley o de otras leyes;

- c) Nada dice la Constitución sobre su potestad reglamentaria delegada".

El Lic. Ortiz O., en su trabajo cuyos son los párrafos transcritos, se hace cargo de la reforma introducida al artículo 188 de la Constitución Política, mediante ley constitucional N° 4132 de 30 de mayo de 1968, y nos dice a ese respecto:

"El cambio consiste en eliminar la garantía constitucional de la autonomía en materia de gobierno, propia de los entes autónomos y sujetar esa autonomía a la ley ordinaria. Los entes continúan manteniendo autonomía de administración o, como dice el texto constitucional, gozando de "independencia administrativa".

"El propósito de la reforma fue, como consta de sus actas y antecedentes, abrir la posibilidad a la Asamblea de permitir al Poder Ejecutivo un control y dirección mayores de los entes para asegurar la coordinación de sus programas con la planificación nacional. Se trata de un propósito centralizador, en beneficio de una posición de mayor fuerza del Poder Ejecutivo como órgano rector de la Administración. Es evidente, sin embargo, que toda la innovación fue degradar una reserva constitucional (en cuanto antes de la reforma se tenía por cierta la existencia de una esfera mínima de autonomía constitucional del ente en materia de gobierno, intangible aún para la Asamblea) a una reserva de ley. En el futuro será posible menoscabar sin límites la potestad de gobierno del ente, pero con base en una ley.

Pareciera discutible —por todo lo ya dicho— la constitucionalidad de una ley que delegara en el reglamento la regulación de la materia (potestad de gobierno del ente autónomo), aún si impusiera límites y directivas. Según el enfoque amplio o estricto de la reserva de ley, antes explicado, así sería la conclusión a favor o en contra del reglamento dictado en esas condiciones.

Pero se desprende claro, sea cual sea la solución que se dé al anterior problema, que hay en todo caso una garantía constitucional de la potestad de gobierno del ente autónomo, consistente en esa reserva de ley. Luego, en tanto no se dé una ley (o, en su caso, un reglamento delegado con base en una expresa autorización de la

Asamblea) el Poder Ejecutivo no podrá interferir esa potestad de gobierno por vía reglamentaria. El ente autónomo, en uso de la misma, puede darse por reglamento su administración y gobierno propio, dentro del marco de la ley. El reglamento del Poder Ejecutivo que afectara esa esfera privativa sería inconstitucional, por lesivo de la autonomía del ente y de la reserva de ley consagrada a su favor. Ello no obstante cabe preguntar: ¿es así aún en relación con los reglamentos ejecutivos de las leyes aplicables al ente autónomo, dictados por el Poder Ejecutivo? ¿Es tan plena como parece esa potestad de gobierno?

Con esas interrogantes del Lic. Ortiz O., retomo yo el modesto intento de aportar alguna idea a la "solución" de tan arduo problema.

Muchas páginas más atrás había expuesto yo que el Gobierno Municipal era algo más o, al menos, distinto de las que me permití llamar meras instituciones autónomas. También afirmé que, para lo relativo con la competencia que les atribuye a las Municipalidades el artículo 169 de la Constitución, éstas gozaban de algo así como de una autonomía privilegiada, que tenía que respetar, incluso, la propia Asamblea Legislativa. Además, había formulado una serie de comparaciones con la mera autonomía del artículo 188 de la Carta. También dije que a las Corporaciones se les había dado una competencia, claro está que territorial, más que una especialidad orgánica.

Agregué, incluso, que la Constitución no sólo no había definido ni los intereses ni los servicios locales, sino que contrariamente a lo que había dispuesto sobre otros extremos del asunto, no había delegado en la Asamblea, a texto expreso, hacerlo.

Todas esas consideraciones hacen pensar que todo lo que ya se transcribió, relativo como es a las instituciones autónomas en sentido estricto, no puede, sin más, tenerse como plena y completamente valedero para las Municipalidades. En éstas, aparte de las consideraciones que se acaban de mencionar, hay campo para otras, de mucha importancia, a saber:

- a) Las Municipalidades, aparte de autonomía, gozan de una competencia territorial, con fines dados por el Constituyente, sin concretarlos al estilo de una mera especialidad orgánica;

- b) El propio constituyente las llamó Gobiernos... Municipales. Son un Gobierno, a fines de una amplísima administración —lo que es muy de tomar en cuenta—, pero siempre un Gobierno, no una mera descentralización administrativa;
- c) Son un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de ELECCION POPULAR;
- d) No tienen con la Administración Central —Poder Ejecutivo en función de Consejo de Gobierno— el vínculo del origen del nombramiento de sus jerarcas;
- e) La obstaculización que, en alguna forma, a sus funciones haga el Presidente de la República y el Ministro de Gobierno que participe en la misma, genera responsabilidad, a tenor de lo prescrito en el artículo 149, inciso 5º, in fine, de la Constitución Política;
- f) A las Municipalidades, como lo he sostenido, no se les dio una simple "especialidad orgánica", sino, en condición de Gobiernos locales, la administración de los intereses y servicios de esa índole. Así las cosas, si la sentencia de Casación de las 14:30 horas del 11 de setiembre de 1958, Considerando V, estima, en tratándose de los bancos, que ni la ley (de la Asamblea) les puede imponer la tasa del interés, por ser la "especialidad orgánica" de los mismos, moneda y banca, quizá puede decirse algo parecido (con base en el estilo de razonamiento de ese mismo fallo) en relación con las corporaciones, en lo que dice relación con todo lo que es de su jurisdicción.

Aquí conviene abrir un paréntesis a fin de ver algunas cosas de la POTESTAD REGLAMENTARIA, antes de concretar mi criterio acerca de si las Municipalidades pueden o no reglamentar las leyes referentes a lo municipal, o si tienen que conformarse y someterse a los reglamentos dictados al efecto por el Poder Ejecutivo.

El Profesor Ortiz O., en su trabajo "La Autonomía Administrativa Costarricense", Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, Escuela de Derecho, N° 8, noviembre de 1966, pág. 174 y ss., nos dice lo siguiente:

“Todo lo que es juzgar sobre oportunidad del servicio, es igualmente ejercer potestades discrecionales de decisión. Regular en general el uso de esas potestades, en lugar de hacerlo caso por caso, es precisamente ejercer la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria de leyes se ejerce sobre dos campos fundamentales: la regulación de la discrecionalidad y la complementación de la ley. La primera hipótesis se da cuando la ley requiere de una precisión lógica o terminológica, porque ha utilizado conceptos técnicos o empíricos no detallados, o referencias a criterios culturales como la moral, las buenas costumbres, la necesidad pública, el escándalo, la urgencia, la peligrosidad, etc., cuya exacta comprensión depende del criterio variable y subjetivo, dentro de límites razonables, del jerarca o funcionario llamado a aplicarla. El reglamento interviene, entonces, para precisar, detallar, enumerar, aclarar. Se trata, en síntesis, de interpretar la ley con alcance general y de vincular aquella posibilidad de elección que la imprecisión legal permitió al funcionario.

Por otra parte, la potestad reglamentaria sirve para completar la ley, cuando no ha regulado los medios lógicamente imprescindibles o prácticamente necesarios para aplicar sus disposiciones. Cuando una ley, por ejemplo, regula una potestad de control y no regula la consiguiente potestad de vigilancia, el reglamento puede establecer los medios de vigilancia porque para ello se halla implícitamente facultado por la misma, que alguna forma de intervención habrá de permitir para hacer posible aquel control. Cuando una ley regula las funciones de un ente autónomo y no contempla los poderes necesarios para que éste pueda actuar frente al público, siempre que se trate de exigencias prácticas de aplicación realmente ineludibles en cuanto a su naturaleza, el reglamento puede discrecionalmente indicar esos medios, salvo si son de imperio. Así, la función esencial —algunos sostienen que la única posible— del reglamento es llenar los espacios en blanco dejados por la ley, por omisión o por imprecisión. Es decir, regular lo no regulado, partir de la ley hacia la conveniencia y fijar soluciones de imaginativa eficiencia administrativa. Reglamentar coincide, entonces, con resolver en cuanto a la oportunidad y la conveniencia, en términos generales y con carácter enteramente discrecional.

Pero ya vimos que en este campo, precisamente, la autonomía tiene el peso de la balanza: entre especialización y no especialización administrativas, sólo en ente y no el Estado es el que puede decidir bien.

La descentralización es un cambio en la clásica distribución de los cometidos estatales, que ha dejado intacta la clásica separación de las funciones, como luego se verá. En virtud de la descentralización se estima que la división de poderes no opera bien desde el punto de vista de la distribución de los cometidos, considerada frente al servicio que se descentraliza. Implica afirmar que, para la prestación de ese servicio y la disposición de los medios necesarios, es más capaz el ente autónomo que el Poder Ejecutivo y, por lo tanto, más oportuna y eficiente la regulación de aquél que la de éste sobre los modos y condiciones de prestación. Los supuestos de la descentralización pueden ser varios cualesquiera, pero el único que en todo caso resulta necesario es este juicio comparativo de capacidad para el servicio, favorable enteramente al ente autónomo frente al Poder Ejecutivo. Desde este punto de vista es claro no sólo que el Poder Ejecutivo carece de potestad de reglamentación de las leyes sobre la autonomía, sino, incluso, que el ente autónomo es el único capaz para ejercer aquella discrecionalidad y la potestad reglamentaria que en ella se fundamenta.

En síntesis: la potestad reglamentaria de las leyes referentes a la descentralización administrativa corresponde ahora, en nuestro país, a la propia institución y no al Poder Ejecutivo, por las siguientes definitivas razones: a) porque a la institución le corresponde la responsabilidad por la gestión del servicio, en aplicación de las normas que lo regulan, y el reglamento ejecutivo es el instrumento básico para evitarlas y lograr una buena gestión; b) porque a la institución corresponde, sin discusión alguna, la potestad de reglamentación autónoma de los aspectos internos del servicio —que comprenden las relaciones con los usuarios como tales— y, por mayoría de razón, tiene que corresponderle también la potestad de reglamentación ejecutiva de leyes sobre esos mismos aspectos, que es de ejercicio más simple y subordinado; c) porque la descentralización implica por sí misma, un traspaso al ente autónomo de las potestades de dirección y administración del servicio, para un uso mejor de las potestades discrecionales que supone siempre toda actividad de alta administración. Razón por la cual la potestad reglamentaria de las leyes atinentes tiene que corresponderle al ente autónomo, siendo como es no otra cosa que la regulación del ejercicio de esas potestades en forma general, y creación de derecho también discrecional en cuanto a los medios necesarios para la aplicación de la ley, no específica ni detalladamente regulados por ésta”.

Cerrado ese muy ilustrativo paréntesis, sobra decir que hemos visto razones de mucho peso —fuera de la propia autoridad

del autor Ortiz O.—, en el sentido de afirmar la potestad reglamentaria de las Municipalidades sobre las leyes municipales, con prelación al Poder Ejecutivo.

No obstante lo anterior, creo del caso, antes de emitir mi personal opinión, seguir adelante con ciertos artículos del Código Municipal, que nos podrían colocar en mejor aptitud para opinar.

El artículo 8° de ese cuerpo de leyes, dice, literalmente:

“Artículo 8°.—El Estado velará por la integridad y fortalecimiento de la autonomía municipal”.

Es obvio que no se requiere mayor esfuerzo para entender que no se velaría por la integridad ni por el fortalecimiento de la autonomía municipal, si el Poder Ejecutivo pudiera reglamentar las leyes municipales. Con base en lo que se expuso en el paréntesis de arriba, quien pueda reglamentar aquellas leyes, sería, ni más ni menos, el verdadero jerarca del asunto. Salta a la vista, a todo lo muy largo del presente trabajo, que si de algo se quiso alejar a las Municipalidades fue de la jerarquía o autoridad del Poder Ejecutivo.

De paso conviene tener presente, relacionándolo con lo expuesto algo más arriba, (donde se mencionaba el asunto), que la derogada Constitución Política de 1871, no contenía disposición alguna equivalente a la del artículo 149, inciso 4), in fine, de la actual, donde se responsabiliza al Presidente y al Ministro que lo acompañe, por obstaculizar en alguna forma las funciones que corresponden a las Municipalidades.

No será lícito pensar que, si se responsabiliza al Presidente y al Ministro, por la mera obstaculización en alguna forma de las funciones municipales, al propio tiempo —si no se los quisiera dejar indefensos ante una acusación—, se los está, implícita y lógicamente, liberando de sus potestades reglamentarias ejecutivas, en lo relativo con las leyes municipales? Si a esos funcionarios se los responsabiliza por “obstaculizar”, (y si alguien puede obstaculizar es quien, siendo extraño al ente, reglamenta), no parece razonable que “tengan” que correr tal riesgo, reglamentando lo que, desde muchísimos órdenes, como lo hemos ido poniendo en evidencia, ni técnica ni legal ni constitucionalmente, está a su cuidado.

El inciso a), in fine, del artículo 7° del Código Municipal, declara ser potestad de las municipalidades, dictar, fuera de los “reglamentos autónomos, de organización y de servicio”, CUALQUIER OTRO AUTORIZADO POR LA LEY. Eso está indicando que el legislador entendió que podía, sin violación constitucional alguna a la clásica potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, autorizar a las Corporaciones Municipales, para el dictado de reglamentos francamente emparentados con los llamados ejecutivos, cuando no propiamente ejecutivos en sentido propio. Dentro de esta línea de razonamiento nos encontramos con un caso, por delegación expresa, en el cual el legislador autorizó a los Gobiernos locales para dictar un verdadero REGLAMENTO EJECUTIVO. Me refiero a la situación prevista por el artículo 63, párrafo final, que dice, literalmente, lo que sigue:

“Artículo 63.—... El Consejo Municipal reglamentará lo relativo a nombramiento de los miembros de los Concejos de Distrito y al funcionamiento de éstos”. Lo propio decreta el Transitorio II ibidem. Hasta ahí las cosas, todo parecía indicar que se entraba, a texto expreso, por el camino de una verdadera autonomía normativa. No otra cosa deduzco yo del encargo de reglamentar el propio Código, en parte notoriamente estructural del Régimen Municipal. Sin embargo, a poco andar, se volvió atrás, ya no sólo borrando en cierto modo la aludida autonomía normativa que mencioné, sino atacando, —(sin perjuicio de suponer fundadas razones prácticas o de otro orden, si las hubiere, pues que yo no he podido estudiar el asunto en términos de pronunciarme sobre el mismo)—, la autonomía municipal en bloque, si se me permite la expresión. Me refiero a la Ley N° 4892 de 9 de noviembre de 1971, publicada en “La Gaceta” N° 230 del 18 de ese mismo mes. Con ella se volvió a introducir al Poder Ejecutivo, de cuerpo entero, en los asuntos municipales relativos con los Concejos de Distrito, denominándolos, para el porvenir, CONCEJOS MUNICIPALES DE DISTRITO. Algo de lo más grave en esa Ley es que delega, expresamente, en el Poder Ejecutivo la facultad de reglamentarla, se entiende, mediante reglamento ejecutivo delegado.

Pero, volviendo a lo que yo traía entre manos, debo agregar que si fue mediante una ley (de la Asamblea) que se hizo lo que el Código Municipal encargada a los Gobiernos Municipales: reglamentar los nombramientos y funcionamiento de los Concejos de

Distrito, eso me parece indicativo de que el propio legislador entendió y valoró, en toda su magnitud, el alcance de la potestad que había otorgado con base en los artículos 63, párrafo final y Transitorio II del Código Municipal. Por todo lo anterior es que yo considero que fuera de "reglamentos autónomos, de organización y de servicio", el Código, al menos en el caso de comentario, dentro de la expresión "cualquier otro —reglamento— autorizado por la ley", (artículo 7º inciso a) in fine), se refería, entre otros posibles tipos de reglamentos, a los EJECUTIVOS.

El artículo 47, párrafo segundo ab initio, ordena publicar los proyectos de reglamento, SALVO EL CASO DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS. Pareciera, entonces, que se pensó, entre otros tipos posibles de reglamentos a publicar, en los ejecutivos. Debo declarar, con toda sinceridad, que el estilo del Código no permite caminar por un camino interpretativo lo suficiente recto y firme. El intérprete se ve forzado a armar, si es que lo logra, su construcción con cabos y a veces hasta enteramente sueltos.

No sin fundamento se ha dicho que el Derecho Administrativo, en lo que tiene de legislado, es francamente lagunoso; pero no ocurre lo mismo con su parte doctrinaria en la que, con buena voluntad, sin prejuicio y con acatamiento a sus principios cardinales, se puede el intérprete orientar y llenar aquellas lagunas de soluciones correctas y vivificantes para las instituciones.

La materia de EXPROPIACIONES (Título VI), artículos 157 y siguientes, me parece muy consecuente con la autonomía municipal. Su manera de estructuración, parece implicar, casi sin duda razonable, que nadie que no sea la propia Municipalidad, la podría reglamentar; así de fuertes y claras aparecen sus potestades.

Consecuentemente con todo cuanto dejo expuesto, reconociendo una vez más que el problema planteado no tiene solución pacífica, yo me inclino por reconocerle a los Gobiernos Municipales la potestad de dictar reglamentos ejecutivos de las leyes propia y netamente municipales.

Sin que sea parte del tema que vengo desarrollando, es del caso reconocer que el ejercicio de la anterior potestad, quizá más que nada por ser tantos los municipios, plantea problemas muy graves. Entre otros, la posible multiplicidad de reglamentos ejecutivos de una misma ley, con todas sus consecuencias, como convertir

a la República en una Babel reglamentaria. Sin embargo, las Municipalidades, con la colaboración del I. F. A. M. y de la Contraloría General de la República, podrían ir preparando, ante sentidas y reales necesidades de impostergable satisfacción, REGLAMENTOS TIPO, que, oportunamente, sobre los mismos modelos impresos o "machotes" puedan ir siendo adoptados y aplicados. Lo mismo se podría hacer para los demás tipos de reglamentos. Además, siempre sería de primerísima importancia, para mientras se arriba a las reformas constitucionales y legales que se consideren absolutamente indispensables para la autonomía, y hasta para preparar su advenimiento, tratar de ganar la simpatía del Poder Ejecutivo, en el sentido de que, de hecho, prescinda del ejercicio de su facultad constitucional reglamentaria en lo que hace relación con las municipalidades.

Es ilustrativo observar que el párrafo primero del artículo 7º del Código Municipal, no obstante la reforma introducida al artículo 188 de la Constitución Política, se refiere a "potestades de gobierno" como algo de que gozan las Municipalidades como parte de la "autonomía" que a ellas les confiere la Ley Suprema. Se ve, entonces, que algunas de las opiniones del autor de esta ponencia no habrían de parecer exageradas a los autores del Código.

Con esa observación se cierra, en lo que tiene de exposición concatenada, la primera parte del presente trabajo.

Como se ha visto, aquí no hay nada original. Simplemente el expositor ha tratado de relacionar opiniones de personas realmente autorizadas.

Así las cosas, el autor cree que conviene difundir en nuestro medio lo que sobre la autonomía municipal expone el Profesor J. D. Moscote, en su obra "INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCION", Tipografía y Casa Editorial "La Moderna", Panamá-1929.

Dice así el Profesor Moscote, en la página 307, op. cit.: "LA AUTONOMIA MUNICIPAL". Volviendo ahora a nuestro tema trataremos de consignar, primero, unas cuantas consideraciones referentes a lo que propiamente debe entenderse por autonomía municipal y, segundo, de inquirir si entre nosotros es posible que ella se establezca no como una cosa vaga, sino en la práctica y en

los hechos. Muchos son los que creen que la autonomía de los Distritos Municipales implica la idea de que ellos tienen ciertos derechos inherentes a su existencia, por encima de la del Estado; pero, a la verdad, no es de esto de lo que se trata. El Municipio es una parte integrante del Estado, y, por este concepto, mal podría ser independiente de él, menos aún si ambos tienen la misma finalidad de contribuir al bienestar social: el Estado, dentro del amplio radio de acción de la Nación entera; el Municipio en el reducido de la Ciudad, que es el núcleo principal de población del Estado. El verdadero problema, de la autonomía no es, pues, uno de disociación o separación, sino uno que consiste en que los centros municipales alcancen con iniciativas propias, con medios propios, adecuados a las necesidades locales, pero dentro de las aspiraciones políticas del Estado, ciertos fines especiales a la vida de la comunidad.

Esto es lo que de una manera cabal expresa el municipalista americano Wilcox cuando después de decir que el HOME RULE, aplicado a las ciudades es un término vago que debe cristalizarse en un programa, agrega, que éste consta de tres derechos. Uno, el de la municipalidad a elegir de entre sus propios ciudadanos los funcionarios que hayan de administrar la ley en la localidad. El segundo, en la facultad de ésta, ordinariamente una ciudad, para determinar su propia forma de organización para los fines del gobierno, y el tercero, que entraña la facultad de la entidad para determinar el fin o esfera del gobierno local. (RECUERDESE LO QUE DIJE DEL ARTICULO 169 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA).

Como se ve, no hay en estas aspiraciones nada que sea contrario a la unidad política nacional y ni siquiera al propio carácter del sistema centralizado de gobierno que nos rige.

La dificultad que habría que vencer y que, luego, no es insignificante consistiría solamente en organizar las condiciones constitucionales bajo las cuales la autonomía llegara a ser un hecho efectivo sin chocar con la concepción unitaria del Estado y de su Gobierno, sino antes bien afianzándola en lo que ella tiene de esencial y permanente.

Las bases de una tal organización serían más o menos las que siguen:

- 1.—Reducción del número de Distritos Municipales de la República y conversión de los que así quedarían en otros que tengan una área jurisdiccional más extensa.
- 2.—Definición de los límites y alcance de la autonomía municipal como cosa bien distinta del poder político y administrativo del Estado.
- 3.—Determinación cuidadosa y científica de los objetos a que debe concretarse la acción municipal. (RECUERDESE LO QUE EXPUSE ACERCA DE LOS COMETIDOS MUNICIPALES ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 4° DEL CODIGO MUNICIPAL).
- 4.—Abandono completo de los viejos métodos administrativos consagrados por la ley 1° de 1916 en lo tocante a los regímenes provincial y municipal y, de modo particular, del principio de que los alcaldes deben ser agentes de los Gobernadores, y consiguiente nombramiento de aquéllos por el método de elección popular directa.

Estas bases serían desarrolladas en una Ley orgánica municipal que comprendiera todos los aspectos de un régimen nuevo, armónico y coherente, en lo tocante a su carácter, al modo de designación de los funcionarios, al sistema económico, a todo cuanto, en suma, tendiese a hacer de él un verdadero régimen de responsabilidad y de eficacia”.

El Profesor Moscote inserta la siguiente extensa e ilustrativa cita al pie (pág. 309):

“Nosotros tenemos en particular estima el sistema de gobierno municipal por comisión, que tanto se ha extendido en los últimos años en los Estados Unidos, y nos gustaría ver implantado en Panamá algo semejante a dicho sistema; por esto, ya desde hace algún tiempo hemos venido propagando su conocimiento por la prensa.

En un editorial del Diario de Panamá, del que fuimos directores en 1920, decíamos: Con el fin de que las personas que no se hallen familiarizadas con los principios del gobierno municipal por comisión tengan una breve idea de él, vamos a tratar de condensar aquí en unas cuantas líneas sus más salientes características. La información, para tal efecto,

la hemos tomado de las interesantísimas obras de Clinton Rogers Woodruff, de Adolfo Posada y de Leo S. Rowe, en donde la materia se halla completa y expuesta con una competencia insuperable.

El sistema, como una realización práctica, data de 1900 y tuvo su origen en Galveston, Texas, en donde por consecuencia de un terrible huracán que destruyó las defensas de la ciudad contra las aguas del Golfo, se planteó para sus habitantes la necesidad inevitable de resolver por medios rápidos y eficaces una crisis fiscal y económica, resultado de anteriores administraciones municipales, al estilo de la nuestra. Los hombres de negocios y no los políticos, fueron los que dieron la batalla y el año siguiente el antiguo régimen había dejado de existir... "la nueva carta de 1901, dice Posada, dispuso que la administración de la ciudad pasara a manos de cinco comisionados, tres de ellos nombrados por el Gobernador, y dos elegidos por los ciudadanos de Galveston. Puesta en cuestión la constitucionalidad de la carta, el Tribunal Supremo de Texas decidió que algunas de las funciones encomendadas a los comisionados, no podían desempeñarse sino por funcionarios electivos. Es decir, el tribunal recordaba la necesidad "constitucional" de no olvidar la "democracia" por la "eficacia". Y en efecto, la legislatura emendó su carta en 1903 haciendo que los comisionados fueran todos electivos. La carta reformada dispone que cada dos años se designen, por elección popular, cinco comisionados, de los cuales uno se titula alcalde-presidente que, en efecto, preside la comisión, pero sin tener otras funciones especiales; no tiene, ni veto, ni voto decisivo: toda la vida municipal se ordena y conduce por las decisiones de la comisión. Los miembros de ésta se distribuyen entre sí por mayoría de votos las direcciones de las cuatro secciones o departamentos especiales de la administración de la ciudad: hacienda y rentas, aguas y alcantarillados o desagües; policía e incendios, y calles y propiedad pública. El alcalde-presidente no tiene departamento especial: ejerce una acción directiva de conjunto. Cada comisionado tiene la responsabilidad de su departamento. La comisión confecciona y aprueba el presupuesto anual, celebra contratos y hace los principales nombramientos, los de menor importancia los hace cada comisionado. "Hay aquí, dice Munro (otro municipalista eminente), pues, una completa centralización de poderes legislativos y administrativos y una muy definida determinación de la responsabilidad. Y, añade, que nadie que examine imparcialmente la experiencia de Galveston durante los seis primeros años que son los que él puede apreciar, se atreverá a negar su innegable éxito. La condición financiera de la ciudad ha mejorado decididamente: todos los servicios municipales han

alcanzado un más alto grado de eficacia, los ciudadanos de una condición mejor, buscan y aceptan el servicio público y el tono general de la administración municipal se ha levantado visiblemente".

La noción fundamental que inspira el sistema es la de que "una ciudad, como una asociación privada, debe ser administrada por unos cuantos hombres competentes, los cuales forman los departamentos legislativo, ejecutivo y administrativo de la ciudad".

Posteriormente a la reforma de Galveston, y como una consecuencia de las críticas y resistencias que naturalmente debieron hacerse al Gobierno municipal por comisión, la ciudad de Des Moines, Iowa, le introdujo algunas modificaciones en virtud de las cuales su imperio en los Estados Unidos se ha afirmado de tal manera, que, desde entonces hasta la fecha (tenemos en las manos la edición de CITY GOVERNMENT BY COMMISSION de Woodruff de este año) son ya 210 ciudades las que han adoptado el sistema definitivamente y 312 las que en la actualidad están considerándolo seriamente. Una particularidad del nuevo sistema de gobierno municipal, es que donde con mayor éxito se aplica es precisamente en las poblaciones de reducida cantidad de habitantes. Y no hay que perder de vista, además, de que tal como se ha organizado en Norte América representa el mayor esfuerzo que se ha hecho hasta ahora para armonizar la democracia con la necesidad de una perfecta eficacia de los servicios públicos municipales".

### Subvenciones y la Autonomía Municipal

Este problema es realmente grave y su solución, si es que la tiene, no le parece al autor de esta ponencia que se encuentre en la rígida aplicación de principios puros. La permeabilidad de las esferas de competencia, como se expresa Jordana de Pozas, entre lo nacional y lo local, siempre gravitará, peligrosamente, sobre la autonomía municipal. Ese mismo autor, op. cit. pág. nos dice:

"También se encuentra en progresiva decadencia el empeño de dotar a cada una de las categorías de entidades territoriales de Haciendas separadas; es decir, de ingresos provenientes de fuentes distintas. Si todavía hallamos proclamado ese propósito, como en la nueva Constitución francesa o en el discurso de presentación a las Cortes del pro-



yecto de ley de régimen local español, la realidad se encarga de frustrarlo. Subvenciones, recargos sobre impuestos y contribuciones del Estado y participación en fondos nacionales administrados por el Tesoro son la fuente de donde provienen la mayor parte de los recursos locales.

Otra manifestación de esa misma tendencia es la de reducir todas las Haciendas locales a una sola en cuanto a las clases de exacciones y a su cobranza, encargando a la de rango superior local de distribuir entre todas el producto de la recaudación.

La tendencia es tan fuerte, que si no se contrarresta y regula, amenaza reducir a pura apariencia la autonomía de provincias y Municipios".

Tratando el Profesor Jordana de Pozas de la "Transformación del Régimen Local en Algunos Países", en lo relativo con Inglaterra, op. cit. págs. 25 y ss. expone:

"Teóricamente, las leyes administrativas se ejecutan en Inglaterra por las Administraciones locales, sin intervención directa o indirecta del Gobierno central, que carece de órganos equivalentes a nuestros Gobernadores civiles, Delegados de los Ministerios y demás funcionarios locales de la Administración central. La realidad correspondió a esa doctrina hasta la Ley de Pobres de 1834, que creó un Cuerpo de Comisarios para la Administración de la asistencia a los pobres, sustituido más tarde por una Junta de Beneficencia (Poor Law Board), de los cuales dependía todo el sistema creado por la referida ley y las que posteriormente la reformaron. Fue éste el primer servicio transferido a la Administración central. Siguiendo ese modelo, la ley de Sanidad pública de 1848 estableció una Junta central, que ante la oposición del país hubo de ser suprimida en 1858. Precisamente a esta época corresponde el nacimiento de la doctrina del SELFGOVERNMENT anteriormente aludida.

Desde entonces, la tendencia centralizadora adoptó, en frase de sir William Hart, "un método más sutil e indirecto", y la nacionalización de servicios de carácter local ha sido poco frecuente. Se registra, sin embargo, en los últimos años la de los servicios de paro forzoso (1934), asistencia a viudas y ancianos (1940), Servicio Nacional Veterinario, Servicio Nacional de Asesoramiento Agrícola, Carreteras (1936), Aeropuertos (1945), Servicio Nacional de Asistencia Sanitaria (1946) y Servicio de Incendios (1940). En cuanto a los servicios industriales municipalizados, es de temer que sean absorbidos por la tendencia nacionalizadora actual. Así lo dice Robson en su reciente prólogo titulado LOCAL GOVERNMENT IN CRISIS.

El régimen de las Haciendas locales ha sido el conducto por el cual, de una manera indirecta e interna, el Gobierno central ha aumentado su influjo sobre las Corporaciones locales en medida creciente y prácticamente irresistible.

La primera subvención se otorgó en 1835 para ciertos gastos judiciales y carcelarios; desde entonces, la práctica se fue generalizando. Las subvenciones se cifraban en un tanto por ciento del servicio concreto para el cual se concedían, y llevaban consigo el control de la autoridad central sobre el servicio subvencionado y, en ocasiones, sobre los nombramientos de los funcionarios que hubieran de prestarlo. En 1929, muchas de estas subvenciones fueron consolidadas en una subvención global (BLOCK GRANT) que forma un fondo nacional, distribuido con arreglo a una fórmula en que entran en cuenta factores muy diversos. La cuantía de este fondo se cifra actualmente en el 22,5 por 100 del importe total de los gastos de todas las administraciones locales del país. Independientemente subsisten o han sido recientemente establecidas otras subvenciones porcentuales, que son ordinariamente del 50 por 100 del costo total del servicio concreto correspondiente, que no se deduce para la determinación de la subvención global antes mencionada. Entre otros, reciben estas subvenciones especiales los de educación y sanidad. La elevación del nivel de los servicios públicos existentes y la incesante creación de otros nuevos aumentan los gastos locales en proporción considerable. Por otra parte, las leyes han adoptado el sistema de desgravar o eximir ciertas riquezas y actividades por motivos sociales o económicos, reduciendo así la base de la imposición local. El resultado de todos estos factores es que las Haciendas locales se nutren cada vez más de aportaciones del Presupuesto nacional, y sus servicios quedan sometidos a las instrucciones y fiscalización de los respectivos Ministerios".

Y hasta aquí la extensa cita que ilustra muy bien el problema planteado para la autonomía municipal con las subvenciones.

El problema existe en todos los países que tienen establecido el régimen municipal, como tal, es decir, al menos, como separado en alguna forma del Gobierno central; con mayor o menor autonomía.

Y es que, con sólo decir que el Estado no se dispone a subvencionar (en cualquiera de sus múltiples formas o sistemas), a los Municipios así sin más, sino que, por lo común, lo hace para

ciertos fines, que él se reserva juzgar, y hasta estableciendo formas o maneras de inversión, cuando no estrictos controles, ya está dicho todo. Como la capacidad contributiva general de los súbditos fiscales, es limitada, y como los cometidos nacionales, las más de las veces, se entrecruzan con los locales, el Estado no se dispone fácilmente, en estas situaciones de entrecruzamiento de cometidos, a agotarla con sacrificio del cumplimiento de los que estima sus propios quehaceres. Así las cosas, el asunto que nos ocupa se vuelve algo así como un círculo vicioso. Lamentablemente, o más bien, inevitablemente, en este choque de fuerzas desiguales, la autonomía municipal se ve francamente comprometida.

Tal y como están las cosas, hoy por hoy, me parece que los afanes de los municipalistas deberían dirigirse, fundamentalmente, al estudio cuidadoso de lo que, en comprensiva expresión, se puede llamar Hacienda local. Sobra decir que no me refiero a un mero estudio exegético, sino a algo mucho más hondo. Ese estudio debe ir de la mano de la determinación del grado de cumplimiento actual de los cometidos municipales y causas tributarias, financieras, etc. del resultado. Y por qué no decirlo de una vez, hay que tratar de relacionar los programas municipales a realizar a corto, mediano y largo plazo, con lo que deba ser la planificación nacional, en lo que sea razonable e ineludible (sin arrollar la autonomía municipal) aplicarla a lo municipal. Todo eso en plan de estudio, por ahora. Agotada esta etapa, que es todo un gran plan de trabajo, se podrá entrar a determinar cómo sale librada la autonomía municipal. Antes de todo eso, no creo yo que se esté en capacidad de ofrecer no ya "soluciones" a problema tan grave con el aquí comentado, sino ni siquiera un diagnóstico medianamente certero.

Consecuentemente con todo lo anterior, termino yo aquí mi exposición, dejando para los verdaderamente autorizados la búsqueda de soluciones. Si, al menos, hubiera despertado inquietudes, me tendría por suficientemente retribuido.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

## NORMAS TRIBUTARIAS DEL CÓDIGO MUNICIPAL Y SUS RELACIONES CON EL NUEVO CÓDIGO TRIBUTARIO

LIC. MANUEL ANGEL CASTRO L.

1) Dispone el artículo 21 inciso b) del Código Municipal como atribución del Concejo "acordar los presupuestos, fijar las contribuciones y tasas y proponer los impuestos".

Son tipos de contribuciones que autoriza el Código Municipal a favor de las Municipalidades: la distribución del valor de las obras nuevas, de pavimentación de calles, de construcción de nuevas vías, aceras, cordones de caño, cunetas, alcantarillado pluvial y sanitario, acueductos y distribución de iluminación eléctrica que realicen, que vienen así a ser contribuciones urbanas; el costo de las obras de construcción de caminos vecinales y la cuota anual para el mantenimiento de los caminos vecinales llamada detalle. Son tasas las fijaciones por servicios urbanos y los costos de los servicios por limpieza. Las actividades sujetas a licencia municipal están gravadas por medio del impuesto municipal, dentro de los límites máximos reglamentados por la Contraloría General de la República.

Nadie podrá abrir establecimientos dedicados a actividades lucrativas o realizar el comercio en forma ambulante sin contar con la respectiva licencia municipal. La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece el trámite que han de seguir las proposiciones de impuestos que hagan los organismos municipales, con la modificación sustancial de que no requieren directamente la autorización de la Asamblea Legislativa, como se explicará más adelante.

2) Establece el Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario), Ley N° 4755 de 3 de mayo de 1971 su aplicabilidad para todos los tributos y a las relaciones jurídicas emergentes de ellos, "excepto los regulados por el Código Aduanero Uniforme Centro Americano (CAUCA) y su Reglamento (RECAUCA)

o por la legislación especial relativa a entes autónomos o descentralizados. No obstante lo que se indica en el párrafo primero, las disposiciones del presente Código son de aplicación supletoria, en defecto de normas expresas del CAUCA o del RECAUCA, o de la legislación privativa de los entes autónomos o descentralizados" (artículo 1°).

Lo que significa que las disposiciones de naturaleza tributaria que contiene el Código Municipal, aún siendo de existencia anterior al Código Tributario, son de condición privativa de las municipalidades, no rigiendo en este supuesto el principio de que la norma posterior deroga o modifica la anterior en lo que se le oponga, de modo que perfectamente pueden convivir en un ámbito y otras normas distintas.

En este sentido encontramos que los tributos en la definición que da el Código Tributario como "las prestaciones en dinero (Impuestos, tasas y contribuciones especiales) que el Estado exige para obtener recursos para el cumplimiento de sus fines "sólo admiten como forma de pago el pago en moneda de curso legal (ver art. 13 de la Ley N° 52 de 1 de enero de 1932) y en cambio, las Municipalidades pueden aceptar el pago de las contribuciones por arreglo y mantenimiento de caminos vecinales, mediante la prestación de servicios personales (artículo 95 de la Ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970).

3) Determina el artículo 5° del Código Tributario que "En cuestiones tributarias sólo la ley puede: a) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación tributaria; establecer las tarifas de los tributos y sus bases de cálculo; indicar el sujeto pasivo". Sin embargo en el Código Municipal la aprobación de las tasas municipales; la aprobación del valor total de la obra y cada contribución, o su modificación, tratándose de obras nuevas de pavimentación de calles, construcción de nuevas vías y otras corresponden a la Contraloría General de la República, y asimismo la determinación del monto del gravamen del impuesto de patente, dependerá de la reglamentación "de los límites máximos dentro de los cuales deben fijarse las tarifas "que expida la Contraloría General de la República, debiéndose entender todo ello como una delegación restringida, permitida por la doctrina, de la potestad constitucional respecto de los impuestos, y contribuciones, los cuales si son municipales, a tenor del artículo 121 inciso 13) de la Carta Política vigente, deben ser autorizados por la Asamblea Legislativa,

autorización que respecto de los tributos que define el Código Municipal parece ser que delegó condiciones el Poder Legislativo en su institución auxiliar: La Contraloría General de la República.

4) Como norma independiente de la Legislación Tributaria, el Código Municipal estatuye que "el atraso en el pago de cualquier tasa, contribución o impuesto municipal tendrán un recargo en carácter de multa del 2% por cada mes o fracción, el que no podrá exceder en ningún caso del 24% del monto adeudado", cuando en cambio el Código Municipal sanciona el pago efectuado fuera de término con un interés equivalente al corriente en plaza para el descuento bancario de los documentos comerciales, el que debe liquidarse hasta la extinción de la obligación, que no puede ser superior al uno por ciento mensual, —(artículos 82 y 57 respectivamente de cada Código).

5) Asimismo, señala el Código de Normas y Procedimientos Tributarios en su artículo 35 como medios de extinción de la obligación tributaria, el pago, la compensación, la confusión, la condonación o remisión y la prescripción. El Código Municipal regula el pago. Respecto de la condonación o remisión remite a lo que la ley autorice; estipula que la prescripción del cobro de las tasas municipales, salvo leyes especiales prescribirá en tres años y el de las contribuciones e impuestos en cinco. Pero guarda silencio en relación con la compensación y la confusión. A pesar de que el artículo 1° del Código Tributario especifica, que no obstante que sus disposiciones son aplicables a todos los tributos y a las relaciones emergentes de ellos, excepto el CAUCA y el RECAUCA, o los regulados por la legislación especial relativa a entes autónomos o descentralizados, ellas son de aplicación supletoria en defecto de normas expresas de aquellos textos o de la legislativa privativas de tales entes, estimo, por su trascendencia económica-financiera, que no habiendo sido contempladas por el Código Municipal como medios de extinción de las obligaciones en que es acreedora la municipalidad, la confusión y la compensación no tienen aplicación en materia tributaria municipal.

6) Sin embargo, respecto de la confusión, la cual surge "cuando el sujeto activo de la obligación tributaria, como consecuencia de la transmisión de los bienes o derechos afectos al tributo, quede colocado en la situación del deudor", estimo que la extinción surge

como consecuencia jurídica inevitable cuando la obligación tributaria recayere exclusivamente sobre el derecho o bien, sin trascendencia personal. Conforme el artículo 11 del Código Tributario, la obligación tributaria "constituye un vínculo de carácter personal, aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales". A tenor del artículo 83 del mismo Código "Las deudas por concepto de impuestos, contribuciones o tasas municipales constituirán hipoteca legal preferente sobre los respectivos inmuebles". Ahora bien, de la vinculación de esas normas, se concluye de modo definitivo que en ausencia de disposición expresa en el Código Municipal, por representar la confusión una renuncia a un crédito, en el fondo, no es admisible en la materia tributaria que regula.

7) La compensación históricamente ha sido negada por nuestro ordenamiento jurídico en el ramo tributario. Así la ley N° 12 de 26 de setiembre de 1918 disponía que "Las deudas provenientes de los impuestos y demás rentas constituidas como entradas del Tesoro Público, según el artículo 1° del Código Fiscal, así como las que provengan de impuestos municipales y escolares, no son susceptibles del pago por compensación previsto en el artículo 806 del Código Civil" (Artículo 2°). Por Ley N° 4272 de 17 de diciembre de 1968 se suspendieron los efectos de dicho artículo 2°, a fin de que la Administración Pública pudiera "compensar de mutuo acuerdo y conforme el artículo 806 del Código Civil, las deudas provenientes de impuestos, tasas, contribuciones, alquileres o cualquier otro concepto, que tuvieren las personas físicas o jurídicas a favor del Estado, con las que éste tuviere con esas mismas personas, por cualquier razón, excepto sueldos o dietas". La Ley N° 4445 de 14 de octubre de 1969, en vista de que la Ley N° 4272 de 17 de diciembre de 1968 no fijó plazo de suspensión, señaló término para solicitar la compensación, dado que la indefinición implicaba una seria lesión fiscal (Derecho Ejecutivo N° 57 de 14 de octubre de ese mismo año). En todas esas leyes el legislador se cuidó de dejar claramente determinado que "lo dispuesto en esta ley no se aplicará a favor de las instituciones autónomas, semiautónomas o municipalidades" (artículo 6°). La interpretación histórica nos lleva a afirmar que con todo y la supletoriedad de las disposiciones del Código Tributario, garantizando éste a la vez la autonomía de las legislaciones especiales de entes autónomos o descentralizados, significando la

compensación una lesión fiscal a esas instituciones y las municipalidades, cuya estructura autónoma reconoce explícitamente la Constitución Política en su artículo, no sólo el Código Municipal puede autorizarla o reconocerla por norma taxativa.

8) Al regular el instituto de la prescripción, el Código Tributario fue claro en disponer en el artículo 51 que "El derecho de la Administración Tributaria de determinar la obligación prescribe a los tres años. Igual término rige a los efectos de exigir el pago del tributo y sus intereses". El término precedente se extiende a cinco años para los contribuyentes o responsables no registrados ante la Administración Tributaria, o que estándolo, no hubieren presentado las declaraciones juradas a que estuvieren obligados", de igual manera que en el Transitorio VII dice que "El término de prescripción que establece el párrafo segundo del artículo 51 para los contribuyentes o responsables no registrados ante la Administración Tributaria, o que estándolo, no hubieren presentado las declaraciones juradas a que estuvieren obligados, se debe aplicar con relación a las obligaciones tributarias cuya prescripción no se hubiere operado a la fecha de entrada en vigencia de este Código. En los demás casos, el término de tres años de la prescripción que esté en curso, se empieza a contar desde la vigencia del presente Código". El artículo 86 de la legislación municipal escuetamente precisa que "salvo leyes especiales el cobro de las tasas municipales prescribirá en tres años y el de las contribuciones e impuestos en cinco "En un párrafo último agrega" lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior se aplicará únicamente a los derechos municipales originados a partir de la vigencia de este Código". No tiene norma transitoria al respecto. Resulta que el párrafo primero del artículo anterior, sea, del artículo 85 lo que dice es que "los impuestos, contribuciones y las tasas municipales entrarán en vigencia una vez que hayan sido aprobados conforme a la Ley y publicados en el Diario Oficial". Una de dos: o el legislador en ese párrafo final del artículo 85 quiso referirse a su párrafo inicial, o bien, dejó la norma a secas a la interpretación, sin enlace de transitoriedad. En este sentido, habría que entender que, la prescripción que crea tal artículo, afecta, además de las tasas e impuestos generados posteriormente a su vigencia, lo que es normal o propio de las leyes: regir para el futuro, los surgidos con anticipación. A falta de disposición expresa, y en aplicación subsidiaria del Código Civil, la prescripción

de esos gravámenes, se regía por la prescripción decenal que establece el artículo 868 de dicho Código. Al sobrevivir el texto municipal, corrían su curso prescriptorio más de una obligación por tasas e impuestos corporativos, con más de tres años de originados. E intempestivamente se promulga el Código Municipal con aquella norma escueta, omiso en contemplar la situación transitoria. Siendo la prescripción instituto de derecho público, la solución jurídica aunque en perjuicio del régimen financiero de las municipalidades, tendrá que ser la de admitir que las obligaciones tributarias a favor de las Municipalidades del país, que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970, que entró a regir a partir del primero de enero de 1971 según Ley N° 4894 de 11 de noviembre de 1971 hubieren tenido un curso de prescripción mayor de tres años, quedaron extinguidas. El artículo 65 del Código Tributario, además, es definitivo en disponer, como salvedad al principio de que las normas tributarias punitivas sólo rigen para el futuro, que "No obstante, tienen efecto retractivo las que supriman infracciones, establezcan sanciones más benignas o términos de prescripción más breves" (el subrayado es mío).

9) Norma curiosa es el artículo 13 del Código Municipal la que concede a las municipalidades exención de "toda clase de impuestos y de cualquier otro beneficio propio de las entidades estatales, con excepción de los impuestos que pague también la Administración Central", con lo que quiso el legislador equiparar ese goce entre esta Administración y la administración local del municipio.

El régimen de exoneración o condonación de créditos tributarios, intereses, recargos o multas, es similar, ya que ambos se atienen al principio de que sólo la ley puede condonar o remitir las obligaciones respectivas, pudiendo las municipalidades seguir el procedimiento que señala el artículo 50 del Código Tributario, sea, que las obligaciones respectivas, sólo pueden ser condonadas por resolución administrativa dictada en la forma y condiciones que la ley establezca o autorice.

En general, podemos decir, que a falta de normas expresas del Código Municipal, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios es aplicable al régimen tributario municipal supletoriamente, en lo que sea prudente y razonable.

## LAS FUNCIONES MUNICIPALES (ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO MUNICIPAL) Y LA REALIDAD MUNICIPAL COSTARRICENSE

EDUARDO SANCHO GONZALEZ(\*)

### I.—ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL MUNICIPIO

- A) Histórico-Social.
- B) Concepto Jurídico.
- C) Concepto Político.

### II.—ANTECEDENTES HISTORICOS DEL REGIMEN MUNICIPAL COSTARRICENSE

- A) Municipium romano.
- B) El Municipio Visigótico.
- C) El Ayuntamiento en España.
- D) Introducción del Municipio en América.

### III.—DESARROLLO DEL MUNICIPIO EN COSTA RICA

- A) Período de 1824 a 1850.
- B) Ordenanzas Municipales de 1862 a 1867.
- C) Crisis del Municipio.

### IV.—CODIGO MUNICIPAL, LEY 4574 DE 30 DE ABRIL DE 1970

- A) Redefinición del Régimen.
- B) Creación del IFAM.
- C) Objetivos del Municipio.

(\*) El autor es el actual Jefe del Departamento Legal de la Municipalidad de San José. Asistió al Curso Interamericano de Administración Municipal en Montevideo, Uruguay en mayo de 1971 el cual fue auspiciado por el Centro Interamericano de Capacitación en Administración Pública de la Organización de los Estados Americanos. El Lic. Sancho se graduó de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en el año 1968.

## V.—DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL MUNICIPIO

- A) Deberes exclusivos.
- B) Deberes compartidos.
- C) Antinomia Municipio y Poder Ejecutivo.

## VI.—CONCLUSIONES

### I.—Elementos Constitutivos del Municipio

Las funciones que corresponden al régimen municipal y su realidad, deben ser examinadas desde los orígenes del municipio, hasta su concepción moderna, para poder determinar si los principios filosóficos-históricos de la institución, han evolucionado con el mismo ritmo con que el desarrollo de nuestro país lo ha solicitado. La constitución del municipio y la forma en que fue introducido a Costa Rica, desde el punto de vista histórico, el papel y los fines que se le asignaron, determinan fenómenos que se deben analizar para establecer actualmente los equivalentes a esos procesos. Por eso, este comentario sobre las funciones y la realidad municipal costarricense, fundamentará su desarrollo y conclusiones, partiendo de conceptos históricos, que sirvan de pautas de análisis y comparaciones.

La etimología de la palabra municipio, no aclara en sí misma el sentido de la institución. Municipium, proviene de Múnia, deberes y cÁPere, tomar, asumir.

Los elementos tradicionales que componen el municipio (humano, jurídico y servicios), nos obliga a analizar su formación desde tres puntos de vista diferentes.

#### a) Histórico-Social:

El origen histórico lo encontramos en el desarrollo mismo de la sociedad. Desde su concepción simple, de hordas, grupos nómadas, hasta la sedentarización y la formación de aldeas y pueblos. Corresponde al municipio una etapa evolucionada en la historia del hombre. Se hace necesario que exista una agrupación de organización informal, sedentaria, de fácil comunicación directa, para que aparezcan las ideas de comunidad y de solución conjunta de los problemas generales.

De la agrupación eminentemente rural, el paso a la ciudad es corto y el desarrollo demográfico zonifica a los grupos informales, según sus costumbres y necesidades. La vinculación espontánea se transforma entonces, en busca de intereses complementarios y de satisfacción de aspiraciones y fines compartidos.

Encontramos como consecuencia al municipio, cuando la agrupación de familias es intencionada, provocada por la similitud de necesidades y de afinidad de conceptos sociales, lengua, costumbres, defensa, etc.

Para que exista municipio, es condición sine qua non, que exista la ciudad o vecindario como categoría sociológica.

#### b) Concepto Jurídico:

El Municipio, si bien es cierto que necesita de la comunidad, del vecindario, del pueblo, de la ciudad, para existir, no es sinónimo de esas categorías.

La comunidad doméstica es un fenómeno social, mientras el Municipio es una institución por que en sí mismo es una idea formada por el interés común, con estructura propia.

La idea del interés común, entendiéndose en el caso, como la satisfacción de necesidades y actividades generales a través de servicios públicos, encierra en sí el concepto teórico de municipio; ello implica la idea; la estructura la concede la ley al crear la institución, o la costumbre cuando la solución es espontánea.

En el caso de que la institución sea decretada, se conforma un régimen, concepto más amplio que da una idea multi-institucional, a base de una misma estructura.

En consecuencia, municipio es una institución de régimen, sujeta a preceptos legales, que al ser competente para crear normas, constituye un orden jurídico.

#### c) Concepto Político:

Al Municipio se le reconoce la categoría de Gobierno Local, por ser un centro de poder discrecional de origen político.

Su nacimiento físico obedece más que a la categoría administrativa, a fundamentos políticos. Ambos conceptos configuran la autonomía —político-administrativa— de que goza el régimen.

La elección popular de los componentes del Concejo Deliberativo, la potestad de organizar y administrar sus servicios, consolidan el criterio de autonomía que para Bielsa es correlativo de lo político.<sup>(1)</sup>

Su concepción, será entonces la de una esfera de gobierno, de elección popular, para la administración de los servicios públicos.

Los tres elementos antes analizados, inciden en forma directa, en la definición de Municipio que se puede obtener de la interposición de los tres primeros artículos del Código Municipal. Un intento de configuración nos daría el siguiente resultado:

*elementos del municipio* → "Conjunto de vecinos (elemento socio-histórico) que promueven y administran sus propios intereses, a través de personas jurídicas estatales, (concepto jurídico) con jurisdicción territorial determinada, llamada cantón (elemento político de división)".

Este resumen de elementos define municipio, pero envuelve el concepto de Municipalidad, referido exclusivamente a la persona jurídica administradora.

## II.—Antecedentes Históricos del Régimen Municipal Costarricense

Por la forma en que fue introducida la institución municipal en América, para conocer sus antecedentes, debemos analizar el municipium romano, el municipio visigótico y el Ayuntamiento en España. Estos tres antecedentes, son los necesarios para formalizar la idea de municipio, desde el punto de vista social e histórico.

### a) Municipium Romano:

En Roma, físicamente, se asimilaba Municipio con Ciudad. Es decir, se le daba la categoría de Ciudad a las circunscripciones territoriales que se organizaran conforme lo establecía la Ley Julia Municipalis. Notamos entonces cómo el municipium, obedecía a un criterio de división territorial, de Gobierno Local. Políticamente, los cargos eran de elección popular y temporales.

(1) Bielsa Rafael: Derecho Administrativo Sexta Edición. Tomo I Pág. 236. La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora. Buenos Aires 1964.

Sus principales funciones estaban perfectamente delimitadas: al órgano ejecutivo, formado por los diunviros, correspondía la formación de leyes; luego existía la categoría de ejercicio de funciones de policía que tradicionalmente se ha mantenido en manos de la institución, verbigracia, control de higiene pública, fiscalización de espectáculos y juegos públicos, seguridad pública, etc.

El sistema de recaudación de tributos y su inversión, obedecía a principios bien ordenados que garantizaban a través de la figura del Defensor Civitatis, su correcta aplicación. Encontramos aquí un control financiero.

Como hemos visto en Roma el Municipium nació de imperativos legales; dotaban a la institución de idea propia, y le permitía forjarse su propia estructura. Le confería además, patrimonio propio, los tributos de los ciudadanos, elementos todos que le adjudicaban en su conjunto, una concepción clásica de universitas con propios recursos. En resumen, el municipium romano estaba configurado como una institución pública, con todas las características de persona jurídica de derecho privado, cuyos fines se resumían en uno solo: la prestación de servicios públicos, en beneficio de los ciudadanos.

### b) El Municipio Visigótico:

Con la invasión germánica que destruyó físicamente el Imperio Romano, la institución municipal sufrió una transformación radical en cuanto a jurisdicción. El carácter urbano exclusivista del régimen imperial, cedió ante la predilección germana por la vida rural.

Recordemos que la organización social que impuso la invasión germana, luego del derrumbamiento de Roma, formó la clásica sociedad de la Edad Media. Alrededor del castillo del "señor" se reunían grupos de hombres libres, independientes, propietarios, pero sobre todo tributarios del primero.

En estos grupos de siervos, con carácter eminentemente germánico, brotó el "conventus publicus vicinorum" o sea, la asamblea de siervos para la búsqueda y satisfacción de los problemas comunales.

Esta organización es la que recibirá de los "señores", por delegación, la potestad de auto administrarse. Este municipio de sabor germano y regulado por la norma consuetudinaria, mantuvo

elementos esenciales que luego fueron absorbidos por el estado moderno: una asamblea popular, generadora de la ley; una administración pública (Policía Edilicia) y un órgano judicial, para mantener el equilibrio.

No queda claramente expuesta en la Historia, la administración de recursos de este régimen, lo que nos hace suponer que sus decisiones económicas, quedaban ad referendum del "señor".

### c) El Ayuntamiento en España:

En la época del Imperio Romano, España estuvo sometida a su régimen con la categoría de provincia imperial.

En la Península, la Edad Media fija el momento de consolidación del régimen municipal romano, junto con las modificaciones introducidas por los germanos.

Se obtuvo así una institución ambivalente, que con la evolución de la nacionalidad española, desembocó en un concepto completamente distinto en cuanto a la idea y la estructura tradicionales.

El empeño de la Reconquista, encuentra al municipio con base de derecho germánico, con jurisdicción en circunscripciones políticas y administrativas, jefeadas por un "Conde". Estas instituciones se denominaban "comitati" y sus funciones principalmente, eran judiciales; y es desde esta institución, desde donde por segregación voluntaria nace el municipio medioeval.

La principal diferencia entre la "comitati" y el Concejo, radicaba en el origen de sus facultades. En la primera, provenían del Rey por delegación y el segundo por atribución popular en la elección de la Asamblea.

Jurídicamente, los fueros municipales motivaron la firmeza de la institución y su autonomía. Los siglos XII y XIII, son revelantes por la producción de estas leyes, hasta que se logra recopilarlos en el llamado Derecho Foral.

Como antecedente histórico importante de nuestro régimen actual, debemos analizar el Municipio de Castilla de hondo sabor democrático.

Su estructura fundamental, era la Asamblea General, que resolvía los problemas comunes. Con el crecer de la población nace el Ayuntamiento, como representación de Gobierno Local.

Es importante ver cómo históricamente, en la segunda mitad del Siglo XII, los ayuntamientos logran que se les dé representación en las asambleas generales del Estado.

En términos generales, el patrimonio del ayuntamiento español lo componían los tributos de los vecinos, y los bienes inmuebles propios de la institución, ya fueran cedidos por la corona, o ganados en la guerra.

Los "jurados", funcionarios integrantes del Concejo, eran elegidos anualmente y reunidos formaban cabildos, cuyas principales funciones eran las de un contralor administrativo en representación del Poder Central.

### d) Introducción del Municipio en América:

Con el descubrimiento de América, el Ayuntamiento se transplantó, siguiendo los alineamientos del Reino de Castilla, pero casi en forma inmediata adquirió fisonomía propia.

En los albores de la Colonia, el Ayuntamiento fue el órgano autosuficiente para la satisfacción de los intereses generales, pero rápidamente cae en decadencia al establecerse que los cargos podían ser adquiridos en subasta pública. Lógica consecuencia, el elemento de representación democrática cedió paso a la instauración de oligarquías.

Los movimientos idealistas que sacuden al mundo entero en los últimos cinco lustros del Siglo XVIII y primeros veinte años del Siglo XIX, encontraron en los municipios americanos, órganos receptores de esas inquietudes y propulsores de la emancipación política.

De esta forma, los municipios americanos colaboran en forma decidida a la gesta de independencia.

El elemento político, constitutivo de la idea "Municipio", asume el carácter de fin primordial y consolida el régimen en la época inmediata anterior a la Independencia.

Históricamente, pues, es el municipio un elemento de gran importancia para el movimiento libertador.

Los beneficios que el sistema castellano aporta al desarrollo de América, radica entonces, en la importancia de los "cabildos" y "ayuntamientos" en ese proceso de libertad y autonomía.



### III.—Desarrollo del Municipio en Costa Rica.

#### a) Período de 1824 a 1850:

El régimen municipal costarricense no sufre con la Independencia, transformación inmediata.

Las normas existentes durante la Colonia, emanadas directamente de la Corona se mantienen por algunos años más, con diversificación de conceptos generales, de fines y objetivos.

La forma rápida y consciente en que el costarricense de los primeros años de vida independiente, nota que debe organizar al país, promueve la primera ley de carácter municipal. El decreto XXIX del 28 de diciembre de 1824, "deseando que todos los Pueblos tengan en su seno los mayores recursos posibles para su mejor administración..." estableció: "1° —En todos los Pueblos del Estado cualquiera que sea su población, habrá municipalidad". (sic).<sup>(1)</sup>

Tiende la anterior medida, a descentralizar la función administradora del Estado y se intuye que cada pueblo, debe promover a través de su propio Gobierno Local, su desarrollo.

Se inicia de esta forma, la historia de la democracia de nuestro pueblo. Ha sido forjado el primer eslabón de la cadena interminable de regulaciones y leyes que hicieron posible reafirmar el carácter popular y democrático de los gobiernos del país.

Este simple antecedente, decreto jurídicamente mal elaborado porque era omiso en cuanto a la forma de elegir a los representantes, a su duración en los cargos, etc., sirve para que a menos de un mes después, sea el 25 de enero de 1825, cuando el Congreso Constituyente decreta la ley Fundamental del Estado, incluya un capítulo específico, el número 12, "Del Gobierno interior de los Pueblos", dándole categoría constitucional al régimen municipal.

Si bien el capítulo constitucional adolece también de elaboración, como su antecedente el Decreto XXIX, deja de manifiesto el interés de los legisladores de regular por medio de la Ley Fundamental, esa esfera de gobierno local, base del estado costarricense.

(1) Colección de los Decretos y Ordenes que ha expedido la Legislatura del Estado, desde el día 6 del mes de setiembre de 1824 hasta el 29 de diciembre de 1826. 11 Edición Oficial. Imprenta Nacional 1886. Página 54.

La omisión de la Ley Fundamental de 1825 tardó poco tiempo para ser subsanada y ese mismo año, se dan, el 21 de junio una "orden" para que los Municipios demarquen las tierras que les concede la ley y el 29 de noviembre, el Decreto LXXIII, "... para que las contribuciones que sufren los pueblos con el carácter de municipales produzcan exáctamente los efectos que se han prometido a los contribuyentes, y hacer sentir á estos la justicia con que se les exigen, ha tenido á bien decretar y decreta el siguiente Reglamento de la colectación, administración e inversión de los fondos de propios y arbitrarios de los Pueblos" (sic).<sup>(2)</sup>

El Artículo 8 de ese Reglamento decía textualmente: "La inversión de los fondos debe hacerse por la ley o por acuerdo meditado de la Municipalidad y aprobado por el Intendente General en objetos de **educación, policía, salubridad, comodidad y ornato** de los pueblos..." (sic).<sup>(3)</sup>

Vemos acá, ligeramente resumidos, los fines del Municipio de 1825. Notemos cuán importantes eran los Municipios para conceder a los habitantes de los pueblos la satisfacción de sus necesidades comunes.

La educación primaria, estaba regulada por la Municipalidad según su criterio (art. 10 Reglamento citado) y establecía una responsabilidad muy especial por los descuidos que se notaren en otros objetos afines precisos de que carecieren los pueblos. (art. 11, ibídem).

Entonces, el Municipio de 1825, era la fuente proveedora y responsable del desarrollo y avance de los pueblos. Esta, será su característica más importante y hemos visto cuáles eran sus funciones y cómo se daba especial énfasis al aspecto educativo.

Pese a todo lo anterior y a las buenas intenciones y metas que establecía la ley, en cuanto a organización el régimen continuaba siendo omiso. Por ello, el Decreto 147 de 23 de octubre de 1827, viene a constituir la primera Ley de organización municipal y se da precisamente: "... considerando: que la actual planta de municipalidades es embarazosa e inoficiosa en parte: que sus elecciones son tanto menos populares cuando menos cómodas y demasiado redu-

(2) Colección de los Decretos y Ordenes: pág. 181.

(3) Colección de los Decretos y Ordenes: pág. 182.

cidas, y en que entre sus oficios la mayor parte son casi inútiles por inacción . . .”<sup>(4)</sup>

El número de “Municipes”, de “Síndicos”, “Alcaldes”, sistema de elección, requisitos para ser “municipe”, quórum de las sesiones, en fin, este decreto como se dijo, organizó internamente el régimen.

Se nota claramente la preocupación por dotar a los pueblos de gobiernos adecuados, que promuevan y mejoren sus condiciones.

Al año siguiente, el Decreto 161 de 13 de junio de 1828, por primera vez define los fines y objetivos de los gobiernos locales. A través de este decreto, se emite un Reglamento de atribuciones de las Municipalidades.

Dice textualmente el artículo 1º. “Es a cargo de las Municipalidades de los pueblos, la policía de salubridad y comodidad, debiendo cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas, y de la de los hospitales, cárceles y casas de caridad o de beneficencia: velar por la calidad de los alimentos de toda clase: cuidar de que en cada pueblo haya Secretario, situado fuera de la población: cuidar asimismo de la desecación, ó bien de dar curso a las aguas estancadas, o insalubres; y por último, de remover todo lo que en el pueblo, o en su término pueda alterar la salud pública, o la de los ganados . . .” (sic).

Y este reglamento, no para de anunciar funciones en este artículo. De su lectura notamos como una cadena interminable de obligaciones correspondía a los Municipios:

Art. 2º Informes de nacimientos, defunciones y matrimonios llevando un registro municipal.

Art. 3º Control de enfermedades o epidemias.

Art. 4º Control de permanencia suficiente de comestibles. Conservación de fuentes públicas. Rectificación, empedrado, de las calles públicas.

Art. 5º Cuido de caminos comunes, obras públicas de utilidad, beneficencia u ornato.

(4) Colección de Leyes, Tomo 1827, pág. 51.

Art. 6º Contralor de la ejecución de ordenanzas de hospital y lazareto.

Art. 7º Conservación y repoblación de montes y plantíos comunes.

Art. 8º Medidas de seguridad y protección a personas y bienes de los habitantes.

Art. 9º Administración e inversión de los caudales.

Art. 10 Cuido del desempeño de escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación.

Art. 11 Promoción y fomento de la agricultura, las artes, la industria y el comercio.

Esta larga enumeración de deberes y obligaciones de las Municipalidades, nos dejan muy en claro su papel en los primeros años de independencia.

Delega el Estado en manos de gobiernos locales, todas las actividades que comprenden en sí como un todo, los deberes y obligaciones de la administración pública para con el individuo. Queda claro, que el proceso de consolidación de las instituciones estatales independientes de influencias monárquicas, absorbía la atención de nuestros próceres y la atención de las inquietudes internas, se delegaban en el Municipio.

Se nota claramente un desdoblamiento de actividades administrativas. El estado internacional, su consolidación en el concurso de países independientes, ocupa la inteligencia y dedicación del Gobierno Central. La organización y satisfacción de los fines comunes, queda a nivel local. Pero ya en esta época encontramos a los municipios abocados a una empresa titánica. El número exorbitado de fines y deberes no tenían compensación económica para poder enfrentarlos. El mal permanente que se repetirá a través de toda la historia municipal, de ser instituciones desfinanciadas para cumplir con sus obligaciones, ya había sido diagnosticado por la Asamblea de 1830 que al emitir el Decreto 226 de 21 de junio, en la motivación consideró: “que las Municipalidades tienen bajo su inspección muchos objetos importantes, y que para el desempeño de sus encargos necesitan aumentar sus fondos y arbitrios . . .” (sic).<sup>(5)</sup>

(5) Colección de Decretos y Ordenes. Tomo 1824 a 1830. Pág. 260.

Aparece entonces una cierta estabilidad en el régimen que se va a mantener bajo esos principios y cometidos hasta 1832, año en que encontramos nuevamente innovaciones en las metas que debe alcanzar el municipio costarricense; fundamentalmente en cuanto a organizar y hacer cumplir los esfuerzos del Estado por dar la educación primaria.

Los municipios continúan tratando de desarrollar al Estado internamente, pese a sus escasos recursos y el panorama analizado se mantiene más o menos igual hasta el año 1835 en que se da el Decreto CII para procurar fortalecer las finanzas.

Es un nuevo síntoma de que los municipios habían sido encomendados a cumplir con una gran cantidad de fines, sin estar preparados económicamente para ello. Esta realidad, se mantendrá aún hasta nuestros días. El Decreto en referencia dispone "que es absoluta necesidad investir a la Municipalidad de la facultad de imponer y exigir multas en sus respectivas comarcas para que de este modo puedan llenar cumplidamente los deberes que les son encomendados por las leyes...".

La institución municipal es la responsable del desarrollo interno del Estado desde 1821 hasta 1840, porque en sus manos estuvo delegada toda la función administrativa. Posiblemente la descentralización total de las funciones gubernativas, sin logros de gran trascendencia por falta de recursos económicos, es lo que mueve a don Braulio Carrillo a abolir el régimen municipal, absorbiendo el Estado toda la función pública.

A través de la nueva organización territorial que se dicta con el Decreto de Bases y Garantías, se dividió el Estado en cinco Departamentos y éstos se subdividieron en pueblos, barrios y cuarteles. De esta forma, los Departamentos asumieron todas las funciones y finanzas de los municipios.

Posteriormente, el 15 de diciembre de 1841, el Decreto XXXV, llamado "Reglamento para la Administración Local de los Departamentos", da una idea clara del proceso centralizador que se promovía.

Su artículo primero establece que los Jefes Políticos dependen inmediatamente del Jefe Supremo del Estado y son en los Departamentos la Autoridad Superior.

Así, el municipio aunque abolido como régimen de gobierno local, se va a mantener informalmente pero dependiendo en línea directa del Jefe Supremo del Estado a través de sus delegados personales.

La caída del régimen de Carrillo, marca el retorno a la Ley Fundamental de 1825 y se restaura el municipio, asignándoseles las atribuciones de la Ley de 13 de junio de 1828 y el Reglamento de 6 de mayo de 1832.

Hemos dicho anteriormente que los municipios se habían constituido en los órganos receptores de las ideas liberales y gestores del movimiento emancipador; posteriormente, se convirtieron en los reductos de formación democrática y al notar los pueblos que la actitud de Francisco Morazán era la de convertir al pueblo de Costa Rica en solución de sus propios ideales, los mismos municipios, especialmente Alajuela y San José, se encargaron de deponerlo y restaurar el orden y la paz acostumbrada.

La constitución de 1844 vuelve a establecer que cada pueblo tenga su Municipalidad electa popularmente, los destinos cargas concejiles, de la que nadie podrá excusarse sin causa legal y autonomía jerárquica del régimen del Gobierno Central.

1848 es un año importante para el régimen municipal costarricense. El Decreto CLIX reforma la Constitución de 1847 y nace a la vida jurídica "La Constitución de 22 de noviembre de 1848".

Por primera vez en nuestra historia constitucional, aparece la división territorial que se mantiene aún hoy día. El territorio de la República se divide en Provincias; cada provincia en uno o más Cantones y cada cantón en Distritos parroquiales (art. 8). También nace la figura del Gobernador de la Provincia dependiendo del Ejecutivo y para cada cabecera de Provincia y Cantón se asigna un cuerpo municipal (art. 101).

El Decreto CLXXXIII de 4 de enero de 1849 dicta la "Ley del Régimen Político de las Provincias". Esta ley va a ser con mucho, el soporte de las Ordenanzas Municipales. Gobernadores, Jefes Políticos, Jueces de Paz, Comisarios de Policía, son funcionarios que se organizan y delimitan en este cuerpo legal. Y después de varios años, una ley vuelve a dar los fines y atribuciones del Régimen Municipal.

El artículo 88 dice textualmente:

"Son atribuciones y deberes de las Municipalidades del Cantón:

- 1.—Darse los reglamentos necesarios para su régimen interior y dirección de sus trabajos: corregir a sus miembros que los infrinjan con las penas que establezca, las cuales consistirán en multas que no excedan de veinticinco pesos, o de arrestos que no pasen de ocho días;
- 2.—Entender en el repartimiento la designación de hombres destinados al ejército, según las disposiciones del Poder Ejecutivo que ejecutaren los Gobernadores y Jefes Políticos;
- 3.—Cuidar de la exacta recaudación, administración e inversión del tesoro municipal y cualesquiera fondos propios, examinar, glozar y aprobar la cuenta de las entradas y gastos, nombrando a este efecto una comisión que le presente el resultado de su trabajo; y remitir la misma cuenta, después de aprobada al intendente de hacienda para que éste la pase al tribunal de cuentas.
- 4.—Fijar el presupuesto de los gastos que demande el servicio especial del Cantón. Cuando estos gastos sean nuevamente establecidos, o extraordinarios, no se llevan a efecto sin previa aprobación del Gobernador de la Provincia;
- 5.—Contraer empréstitos sobre las rentas municipales para la ejecución de las obras públicas del mismo Cantón, previa aprobación del Gobernador;
- 6.—Decretar lo conveniente sobre la adquisición, enajenación, cambio, arrendamiento, demolición de los edificios, tierras y cualesquiera otros bienes que sean propiedad particular del Cantón, previa aprobación del Poder Ejecutivo;
- 7.—Promover el adelantamiento y prosperidad del Cantón por medio de obras públicas y establecimientos de beneficencia y comodidad, costeados y sostenidos de sus propias rentas;
- 8.—Promover en el Cantón la educación primaria, la agricultura, la industria y el comercio;
- 9.—Glozar y aprobar las cuentas de los fondos y rentas de los Distritos del Cantón; y
- 10.—Arreglar sus asistencias a las festividades de Iglesia y a las demás que asista.<sup>(6)</sup>

(6) Pág. 482. Colección de Leyes y Decretos, tomo 1845-1848.

## b) Ordenanzas Municipales de 1862 y 1867

El régimen municipal antes descrito, se mantuvo fundamentalmente hasta 1862 en que por Decreto XXXVIII de 4 de noviembre, se sanciona la Ley llamada "Ordenanzas Municipales".

Si se quiere, en esta Ley es en donde mayor número de atribuciones específicas se asigna a los municipios.

Un breve resumen da la idea general:

- 1.—Darse los reglamentos interiores necesarios;
- 2.—Cuidar la seguridad y el orden;
- 3.—Promover la educación pública e instrucción moral;
- 4.—Ordenar la conservación de la higiene;
- 5.—Vigilar por la conservación, propagación y mejora del fluido vacuno;
- 6.—Crear su propia administración interna;
- 7.—Censar y designar al pie de fuerza del ejército;
- 8.—Repartición de contribuciones;
- 9.—Controlar la venta de medicamentos;
- 10.—Vigilar los pesos y medidas;
- 11.—Dictar las providencias necesarias para evitar incendios, inundaciones y cualesquiera calamidades;
- 12.—Promover la agricultura, industria y comercio;
- 13.—Cuidar la apertura, composición, reparación y ampliación de las calles y caminos vecinales y formación de puentes y calzadas en los mismos.
- 14.—Promover el adelanto por medio de obras públicas y establecimiento de bosques y montes;
- 15.—Acordar lo conveniente sobre plantío, cuidado y aprovechamiento de bosques y montes;
- 16.—Establecer, suprimir o trasladar ferias y mercados;
- 17.—Aceptar donaciones o legados en su favor;
- 18.—Establecer o sostener las litis o pleitos que interesen a la comunidad;
- 19.—Cuidar de la administración, recaudación e inversión de las rentas;

- 20.—Glosar y aprobar las cuentas de los fondos y rentas;
- 21.—Arreglar la asistencia a funciones públicas;
- 22.—Establecer los cementerios;
- 23.—Adquirir y arrendar con sentido de utilidad pública sus inmuebles; y
- 24.—Dictar las providencias que conduzcan a la conservación y mejora del patrimonio común.

Como se puede notar, se confiere a las municipalidades la libre y autónoma administración de todos aquellos asuntos en que existiera interés comunal. La gran mayoría de estas atribuciones provenían de otras leyes ya en ejecución. La idea general de lo que pretendían ser los municipios en esa época, es clara del contexto de las atribuciones.

Podemos afirmar que es un regreso a la descentralización del poder público en manos del municipio, como Gobierno Local encargado de promover el desarrollo de sus respectivas localidades.

Esta misma idea central, no sufre modificaciones esenciales al dictarse las "Ordenanzas Municipales" de 1867. Promover la educación e instrucción públicas y morales, conservar la higiene, impulsar la agricultura, industria y comercio, desarrollar a través de obras públicas, establecer cementerios, proteger bosques y montes, son varias atribuciones que se mantienen.

Estos conceptos van a ser la piedra fundamental sobre la que se va a asentar el régimen municipal.

Una vez afianzado el régimen en el país, los principios se tornan obsoletos y no es sino hasta en 1970 en que son transformados con la promulgación del Código Municipal.

Este querer ser del Municipio: querer cumplir: querer realizar: querer desarrollar, limitado por el mal endeble y permanente de falta de recursos financieros, "mete" al régimen municipal en un siglo de pasividad y de realizaciones intrascendentes que lo hacen desembocar en una tremenda crisis que conlleva el desprestigio y el desinterés de la comunidad por la institución.

Imposible pretender que con normas jurídicas de 1862 y 1867, pudiera llenarse a satisfacción las necesidades de un pueblo

que encierra en sí mismo el germen del desarrollo. Se desvirtúa entonces la razón de ser de la Municipalidad y crea su propia antítesis.

El ciudadano ya no va a confiar y creer en ella como el órgano que le va a entregar los insumos necesarios para llevar la prosperidad física y espiritual. La va a mirar como un ente burocrático imperfecto que no cumple con los fines que se propone.

### c) "Crisis del Municipio"

Es muy probable que la legislación de los años 1862 y 1867 satisficiera la ansiedad de mejorar de la época que comprende su nacimiento y 1920. Es probable porque es sintomático que en este término, únicamente en 1909, se dicte una Ley "De Organización Municipal", que en nada modifica los principios básicos del sistema. Va a mantenerse la interrogante de si la falta de legislación adecuada, obedeció al poco interés del legislador por el régimen o la escasa demanda de normas de parte de la comunidad.

Lo cierto es que los atributos se mantienen y el país es sorprendido cuando inicia sus movimientos sociales, con su sistema híbrido de Gobierno Local, que en nada o casi nada, podrá colaborar con su proyección.

Legislación insuficiente, recursos económicos raquíticos, desinterés de la comunidad, son los elementos que arrastran al sistema a la crisis en que se ve avocado en los últimos decenios. La poca espectacularidad en las obras públicas, la coparticipación de sus deberes con entes ministeriales y órganos descentralizados, van quitando paulatinamente, la importancia ya menoscabada de los municipios.

Por ello es que se llega a sentir la necesidad impostergable de dar a la Municipalidad una nueva configuración que solidifique el papel que debe jugar en el desarrollo integral del país.

El advenimiento del Código Municipal en 1970, marca el reencuentro del régimen municipal con su propia razón de ser.

Pero vamos a analizar cómo se vuelve a caer en el vicio de sobrestimar el poder económico, como necesario para cumplir con las tareas encomendadas.

No obstante eso, el movimiento definidor de una posición clara del municipio en la sociedad costarricense, permanece en ebullición y los estudios y preocupación de los especialistas en la materia, hace que tienda a perfeccionarse cada vez más.

#### IV.—CODIGO MUNICIPAL, LEY 4574 DE 30 DE ABRIL DE 1970

##### a) Redefinición del Régimen

Para la Colonia, 1824 y 1825, Municipalidad será la fuente proveedora y responsable del desarrollo y avance de los pueblos. Sobre todo, con un énfasis muy especial en cuanto a educación.

1828, marca una época definida. El Gobierno Local se transforma en administrador general de los servicios públicos sin excepción.

“La actividad desplegada por las Municipalidades de la época a través de las múltiples e importantes atribuciones y deberes que les fueron encomendados, fue sencillamente admirable haciendo de ellas los organismos administrativos más importantes durante la República.”<sup>(1)</sup>

En 1832, la instrucción primaria vuelve a ocupar la idea principal de las Municipalidades.

La época 1836 a 1867, confiere a los Municipios las tareas agobiantes de atender prácticamente todas las obligaciones del Gobierno Central por la vía de la descentralización. Municipalidad serán entonces los organismos encargados de velar por el progreso y el desarrollo de los pueblos, como esferas de Gobierno Local, cuyos fines inmediatos y concretos, van a ser la promoción de la agricultura, el comercio y la industria.

El planeamiento urbano de las ciudades no es dotado de instrumentos adecuados y se deja de la mano del leal entender de los municipios, sin planificación nacional.

(1) Aspectos Histórico-Jurídicos del Régimen Municipal Costarricense. La Colonia a 1870. Lic. Carlos Roberto Brenes Villar. Tesis de Grado para optar al Título de Licenciado en Derecho. Pág. 39. 1970.

De 1867 a 1970 el Municipio solamente vive. Pasa de soslayo, haciendo obra material en poca escala y espiritual en ninguna. No ha promovido desarrollo, no ha concedido facilidades para el progreso. Pero la realidad, es que no tiene los recursos con que promover.

“Corresponde a las Municipalidades la administración de los servicios e intereses locales, con el fin de promover el desarrollo integral de los Cantones en armonía con el desarrollo nacional”.

Este enunciado del párrafo primero del artículo 4º del Código Municipal, nos da a entender claramente qué pretende ser el Municipio moderno.

La Municipalidad goza de autonomía política-administrativa. Es una persona jurídica estatal con jurisdicción territorial determinada. Por ello, goza de facultades generales y como esfera de gobierno, de poderes gubernamentales.

Empresa de desarrollo público, es la denominación que se pretende dar.

Su importancia radica en el hecho de que el Gobierno Central, en su concepción también moderna de organización jurídica de la Nación, o mejor aún, como sociedad jurídicamente organizada, es una idea compleja, que necesita de la descentralización para cumplir con sus obligaciones; y el régimen municipal, es una de las formas por la cual el Estado, delega poderes y facultades hacia intereses eminentemente locales y/o comunales.

Como Gobierno Local, el Municipio contiene elementos formales, la Ley y materiales de concepción, población y territorio. Por eso, la denominación de esfera de gobierno es acertada.

De la lectura del artículo 4º del Código Municipal, se infiere que es función principal, el procurar el bienestar de todos los vecinos del Cantón.

La organización que el Código Municipal le da al régimen, nos hace pensar en términos empresariales, en un considerar al municipio, como empresa pública de desarrollo, haciendo valederas para él las teorías de la administración de negocios privados.

Indudablemente que el Régimen Municipal se fortalece; y se solidifica el concepto permanente de Gobierno Local, a través

del cual se promueve la participación de los ciudadanos en la solución de problemas comunes y locales. Se pretende entonces, que los municipios vayan encontrando su propia razón de ser, dentro de su administración local; que mida las proporciones en que se está capacitado para ofrecer soluciones y los recursos con que cuenta para realizar sus fines.

Podemos resumir el papel principal en el desarrollo del país, citando un párrafo de la exposición de motivos de la presentación ante la Asamblea Legislativa del Proyecto de Ley que creó el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal:

"El Gobierno de la República considera que en el tanto en que las Municipalidades vayan adquiriendo capacidad y eficiencia para el Gobierno de los asuntos locales, en ese tanto se les debe ir transfiriendo funciones y tareas que actualmente pesan sobre los organismos o dependencias del Poder Central".<sup>(2)</sup>

Sabemos entonces, cómo se considera que actualmente la Municipalidad costarricense tiene una capacidad determinada. El proceso implica, que dotadas de normas jurídicas modernas y a base de conceptos diferentes de administraciones, se absorba en qué medida el Municipio evoluciona hasta plasmar su propia realidad. Nuestro sub-título "Redefinición del Régimen" es valedero.

Se trata de que el Municipio patrio dentro del ambiente en que desembocó a partir de sus crisis, pueda reencontrarse vitalizado, para que sea una forma de lograr el desarrollo regional o local en un plan integral de mejoramiento de las instituciones del país.

#### b) Creación del I.F.A.M.

Hemos visto que el principal defecto que ha tenido el Régimen Municipal costarricense, ha sido la falta de financiamiento adecuado, para emprender las obligaciones y los fines encomendados.

El Código Municipal en su artículo 19, crea el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, para prestarle a las Municipa-

(2) Filosofía, Objetivos y Programas de Trabajo. IFAM, 1º de junio 1971, pág. 6.

lidades servicios de asistencia financiera, asesoría técnica y colaborar con ellas en la realización de sus compromisos sociales.

Como históricamente se ha comprobado, el Régimen se desprestigió y perdió en su totalidad, la confianza de los ciudadanos. La falta de recursos económicos, es el por qué inmediato.

La razón de ser del I.F.A.M. es promover y hacer realizables todos esos proyectos que en teoría no son viables, por tradición.

Las Municipalidades serán entonces más eficientes y tratarán de ganar nuevamente la confianza perdida.

Basta leer el artículo 5º de la Ley de Organización y Funcionamiento del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, para formar idea clara de la importancia para el régimen. Sus propósitos son los de fortalecerlo, promoviendo colateralmente un mejoramiento de la administración.

Queda claro, que por primera vez en la historia las cosas en cuanto al Municipio, se han trazado con una visión cabal. Se ha comprendido la importancia de dotar al régimen de facilidades para adquirir recursos financieros y cumplir sus cometidos; pero como veremos adelante, la tarea encomendada es agobiadora y falta de realidad.

El I.F.A.M. como coadyuvante en la formación y estructuración municipal cumple su cometido; el municipio, aún con el soporte financiero, no puede cumplir con todas sus obligaciones.

El principio general que mantiene el Código Municipal de fortalecer el Municipio, es correlativo de la filosofía creadora del I.F.A.M. Ambas leyes encierran ese propósito, pero no es difícil derivar que ese proceso se dará a largo plazo.

Es necesario primero que se determine la verdadera realidad de la Municipalidad, el papel que juega en el desarrollo integral y cómo y en qué medida, puede abocarse a emprender tareas de satisfacción de servicios y que a la vez promuevan el mejoramiento social.

El I.F.A.M. con sus atributos firmes, es una etapa más en el encontrarse del Régimen Municipal costarricense. Encontrarse, que ha iniciado con acierto y que promete mucho, en la consolidación de la democratización del Gobierno del país.

### c) Objetivos del Municipio

Por definición constitucional "la administración de los intereses y servicios locales en cada Cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, a través de corporaciones autónomas" (artículos 169 y 170 Constitución Política).

Esa autonomía política y administrativa, se resume en que los miembros de las Corporaciones son elegidos popularmente y que goza la Institución de libertad para organizar los servicios que presta. En términos generales, el Gobierno local, no queda subordinado a otras autoridades estatales, para realizar cometidos que le fije la ley.

Dentro de este esquema y con base en la idea moderna de considerar al Municipio como empresa de desarrollo, podemos determinar cuáles son los objetivos del Municipio en este proceso de redefinición.

#### A.—Objetivos a corto plazo

- 1.—Eleva el prestigio del Gobierno local, a través de realizaciones concretas y de beneficio social;
- 2.—Promover efectivamente el progreso local, materializando aquellas necesidades que a priori, hayan sido calificadas como importantes por el censo general;
- 3.—Estimular la organización y participación de la comunidad en el logro del bien común, usando principalmente como órganos de enlace, los Concejos de Distrito; y
- 4.—Organizar en forma sana y eficiente sus finanzas, mediante la estructuración de órganos recaudadores eficientes.

#### B.—Objetivos a mediano plazo

- 1.—Promoción de reformas tributarias municipales, en miras de obtener contribuciones racionales y adecuadas a sus obligaciones;

- 2.—Planeamiento adecuado de sus labores anuales, para obtener una inversión más adaptada al sentir y necesidades comunales;
- 3.—Motivar la creación de "comités" de trabajo en las respectivas comunidades, para causar la demanda de soluciones pragmáticas a través de participación activa del conglomerado; y
- 4.—Coordinar y planificar racionalmente, el desarrollo urbano de las ciudades.

#### C.—Objetivos a largo plazo

- 1.—Planificar el desarrollo integral del Cantón, en aquellas actividades que reporten mayor cúmulo de beneficios sociales;
- 2.—Introducir el sentimiento y la importancia del Gobierno local en los programas políticos nacionales, como elemento de solución al desarrollo de las ideas políticas modernas. Esto es, democratizar la participación del hombre en las soluciones generales;
- 3.—Buscar la idea y la estructura que sean necesarias a su propia realidad; es decir, hacer práctica y realizable su propia teoría; y
- 4.—Asumir por la vía de la descentralización administrativa, aquellas funciones para las que esté realmente capacitada para cumplir.

Estos objetivos o metas que se deben proponer las Municipalidades de nuestro país, constituyen un concepto puramente subjetivo y no limitan, ni pretenden ser una doctrina esencial.

Los consideramos importantes porque en sí eliminan la improvisación y el azar de la administración municipal. Obtenerlos, implicaría un acercamiento hacia la idea de "municipio".

Además de estos objetivos sugeridos, nos enfrentamos con la realidad municipal costarricense, que analizaremos en el capítulo siguiente.



## V.—Deberes y atribuciones del municipio

No obstante que los propósitos de los reformadores de la Legislación Municipal, se resumieron en dotar al Municipio de una legislación acorde a las necesidades y a las exigencias modernas, consideramos que se pecó de "ultrapetita" al asignar las funciones, que corresponden a la Municipalidad. No implica este concepto una crítica negativa y sí tan sólo una consecuencia de la observación y de identificación de los productos obtenidos en lo que se lleva de "vida moderna municipal".

En la Municipalidad de San José, la mayor del país, y que como consecuencia de ello, más demandas tiene en todos los campos de acción, hemos tenido la oportunidad de comparar tanto el sistema anterior como el vigente.

Sacamos en conclusión, que se han concedido atributos que no son compatibles con la estructuración actual del país. No decimos que los municipios estén incapacitados para llevar a cabo esas tareas; al contrario, sentimos que pueden realizar grandes esfuerzos. El problema nace cuando dos o más instituciones del Estado, tienen los mismos fines encomendados. Por tal motivo, hemos seccionado el análisis del artículo 4º del Código Municipal, según que esas atribuciones correspondan en forma exclusiva, se compartan o sean imposibles de cumplir y partiendo de la descomposición del artículo en cada uno de sus incisos.

### A.—Deberes exclusivos

Una de las principales atribuciones que competen al Municipio y cuya responsabilidad debe asumir es la que concreta al inciso 4), sea "Establecer una política integral de planeamiento urbano, que persigue el desarrollo eficiente y armónico de los centros urbanos".

La Ley de Planificación Urbana, N° 4240 de 15 de noviembre de 1968, en el Capítulo Primero de la Sección Segunda, artículos 15 y siguientes, había introducido esa responsabilidad en el Régimen Municipal.

"Artículo 15.—Conforme al precepto del artículo 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad de los Gobiernos Municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional...".

El artículo 21 de la misma Ley de Planificación Urbana, señala cuáles han de ser los principales instrumentos para obtener ese armónico desarrollo. Serán pues, los Reglamentos de Zonificación, para el uso de la tierra; de Fraccionamiento y Urbanización, sobre división y habitación urbana de los terrenos; el de Mapa Oficial, que tratará de la provisión y conservación de los espacios para vías públicas y áreas comunales; el de Renovación Urbana, relativo al mejoramiento o rehabilitación de áreas en proceso o en estado de deterioro y el de Construcciones, en lo que concierne a las obras de edificación.

Vamos a recordar que en el proceso de desarrollo integral de nuestro país, la urbanización se presenta como categoría sociológica, es decir, es un fenómeno social que resulta principalmente del empuje de los campos hacia la Ciudad y la normal atracción de las ciudades. Es lógico entender que este fenómeno trae como consecuencia efectos positivos y negativos. Modernización del aspecto físico, solución de problemas generales, mejores condiciones humanas, mayor productividad y la industrialización, son algunos efectos positivos; deterioro del ambiente humano, la desocupación, la falta de recursos para adquirir equipo urbano, la baja en la producción rural, la limitación de oportunidades de educación, son algunos de los aspectos negativos.

En consecuencia, es necesario que el desarrollo urbano local sea parte de los planes nacionales, con el objeto de poder anticipar y limitar los efectos negativos.

Se evitaría de esta forma, la población marginada de las ciudades, carente de capacidad contributiva y demandante de mayores obligaciones y el resultado sería un crecimiento racional y coordinado de los centros más importantes de desarrollo urbano.

Por lógica imperativa, deducimos la importancia de esta atribución del régimen.

En el inciso 5) encontramos un fin muy interesante que es consecuencia lógica del anterior: "Formular una política de desarrollo rural integral...".

Hemos visto cómo entre las causas de la urbanización, el empuje de los campos ocupa un lugar preferencial.

Esta disposición es eminentemente preventiva. En la medida en que se produzca un desarrollo rural con prestación de eficientes servicios públicos y con estímulos para mejorar las condiciones de vida, en esa misma medida se evitaría la emigración hacia los centros urbanos y mejoraría la productividad rural.

El inciso 10) contiene una disposición muy importante para la promoción de la responsabilidad de los munícipes del Cantón en la solución de sus problemas. Se trata en realidad de conceder a todos los ciudadanos la oportunidad de que ellos mismos analicen y apliquen una escala de prioridades en la búsqueda de su mejoramiento.

Del artículo cuarto del Código Municipal, a nuestro criterio, estas son las atribuciones que el Municipio ejerce en forma exclusiva. Son suficientes para que la Municipalidad cumpla con su responsabilidad de coadyuvar al desarrollo del país.

El ordenamiento urbano y rural es la parte más importante de su cometido.

Si se logra obtener que los ciudadanos participen en la actividad local, resultaría fácil para el Municipio dividirse en unidades vecinales organizadas, que traten de actuar en los planes de observación de sus propias realidades.

Las Ciudades tienen su estructura física, en las cuales la población debe acomodar las funciones de modo de vida. Si la estructura es sana, planificada, armónica, la forma de vida también lo será.

Desde luego que cuando el planeamiento urbano se lleva a cabo de una manera adecuada, garantizándose las condiciones naturales de higiene, ornato, comodidad y salud pública, el desplazamiento hacia las zonas suburbanas se producirá inmediatamente, formado grupos marginados e inadaptados a la vida en ciudad; grupos de ingresos bajos que no podrán costear el encarecimiento de la tierra y la vivienda; por los desplazamientos del comercio, la industria y los grandes negocios; por la realización de obras pú-

blicas periféricas y en definitiva, por el mejor control de vida que tiende a expandirse.

Conocemos por experiencia la tendencia a edificar clínicas periféricas, mercados periféricos, unidades vecinales periféricas, es decir, ya notamos ese desplazamiento hacia el suburbio, que es la zona que necesita acondicionamiento rápido y eficiente.

Dentro del planeamiento urbano, encontramos la prestación de servicios públicos, que constituyen una esfera de acción bastante importante del Municipio. Mercados, bibliotecas, obras públicas de ornato, construcciones públicas, aseo y limpieza de la ciudad, recolección, transporte y disposición de residuos, servicios de alumbrado público, mantenimiento de cementerios, son algunos de esos servicios que se deben conceder eficientemente, pues de ellos depende la satisfacción pública.

El mantenimiento y la mejora de las condiciones físicas de las vías públicas, implica otra actividad importante si se le subordina al número desmedido de vehículos que circulan en nuestro país.

En resumen, los atributos que competen al régimen municipal en forma exclusiva, son su propia realidad porque le conceden el lugar que debe ocupar en el progreso de la Nación.

Organizar los centros urbanos en su crecimiento, prestar eficientemente los servicios públicos urbanos y ordenar adecuadamente las comunidades rurales, son facultades suficientes para que la Municipalidad pueda dar a los ciudadanos las satisfacciones que de ella esperan.

Claro está que no podemos ignorar la realidad de que se debe diferenciar entre municipios urbanos y rurales, para determinar cuáles son sus fines inmediatos y preferenciales. Pero siempre el planeamiento del desarrollo, ya sea urbano o rural, será el principal objetivo que persigan los municipios.

El hecho de que la escala de prioridades, según se intente uno u otro de los sistemas de planeamiento, dependa de la principal actividad que desarrolle la región, no quita importancia al enfoque general de fin esencial; siempre tendremos como principal función la programación de la zona dentro del contexto genérico de desarrollo integral del país.

## B.—Deberes compartidos

Todos los demás incisos del artículo 4º del Código Municipal, establecen atribuciones que los municipios deben compartir con el Gobierno Central a través de sus instituciones.

Haremos un análisis numérico de esas disposiciones:

Inciso 1) "Promover el progreso de la cultura, las ciencias y las artes...".

Como función municipal, no podemos omitir que se trata de uno de sus fines. Dentro de la realidad costarricense, debemos concluir que éste es un atributo que ocupa un segundo plano en el Régimen. La creación del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, confiere a esta Cartera la obligación de promover y lograr esos beneficios generales.

Desde luego que a nivel local o regional, los Municipios pueden y deben motivar los adelantos culturales, científicos y artísticos.

Cabría preguntarse si una Municipalidad tiene facultad para emprender actividades de este tipo, sin tomar en consideración al organismo estatal antes referido. Si la respuesta es afirmativa, el progreso será desordenado, no integral y podríamos afirmar que existe desarticulación en la promoción del desarrollo. Si la contestación es negativa, la conclusión lógica es que el Municipio depende directamente del Poder Central para lograr estas realizaciones.

No concebimos a una Municipalidad determinada iniciando programas de desarrollo cultural, sin consultar sus actividades con el Ministerio respectivo. Los principios generales de promoción del desarrollo nacional, se verán violentados y los resultados serían necesariamente negativos. Se comprende que este atributo debe ser compartido y asociado en su concepción y realización.

Inciso 2) "Impulsar la educación general y vocacional de los habitantes del Cantón...".

Del análisis de contenido de los artículos 77 y siguientes de la Constitución Política, queda claramente determinado que la función educacional en todos sus ciclos, sea ésta pública o privada, corresponde al Estado organizarla a través del Ministerio de Educación Pública.

Vamos a recordar el contenido del artículo 1º de la Ley Fundamental de Educación: "Todo habitante de la República tiene derecho a la educación y el Estado la obligación de procurar ofrecerla en la forma más amplia y adecuada".

También debemos tener presente que corresponde al Consejo Superior de Educación autorizar los planes de estudio y programas de enseñanza en los diversos niveles y tipos de educación (artículo 9, ibídem).

En consecuencia, pese a la importancia que la educación tiene en el proceso de desarrollo integral, el Régimen Municipal únicamente podrá colaborar con ella beneficiando directamente a estudiantes de escasos recursos, a través de becas o auxilios y eventualmente, según las posibilidades económicas, destinar partidas para edificar, reestructurar, ampliar plantas físicas o subvencionar programas especiales que devengan en beneficios inmediatos a sus intereses.

Tampoco podemos cuestionar el hecho de que las facultades educativas de los Municipios sean compartidas y dependientes de los planes y programas del Ministerio de Educación Pública.

Inciso 3) "Velar por la salud física y mental de los habitantes del Cantón...".

La universalización de los seguros sociales y los planes de protección de la salud pública del Ministerio de la rama, garantizan suficientemente el derecho a la salud del costarricense.

Pero si una institución económicamente consolidada y fuerte como la Caja Costarricense de Seguro Social y un Ministerio especializado en el problema, no pueden cumplir a toda exactitud con sus fines de mejorar la salud pública, resulta paradójico querer pretender que los Municipios pudieran por sí solos asumir tan importante función.

Programas de prevención de enfermedades, subvencionar instituciones de asistencia médico social, hospitales, unidades sanitarias, centros de nutrición y en general todos aquellos establecimientos que concurren al mismo fin, sí puede ser una realidad municipal; pero siempre quedarán subordinados sus esfuerzos a los planes generales que sean emanados del respectivo Ministerio.

No encontramos que exista un divorcio absoluto entre Municipio y Ministerio para lograr una salud pública completa de la población. Si notamos que como atributo del Régimen, es comparado y no guarda en sí una finalidad preferencial, aunque indirectamente algunos de sus servicios incidan en esos propósitos.

En cuanto a la salud mental, nos encontramos con las mismas limitaciones.

Si bien es cierto que centros de recreación pueden ser edificados por los Municipios como actividad propia, el impulso y desarrollo de los deportes, el mismo Estado lo ha puesto en custodia y administración en el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, a través del organismo denominado Dirección General de Educación Física y Deportes, con funciones específicas y encargado de la atención y vigilancia de la educación física en todos sus aspectos y de los deportes como consecuencia de aquella.

Es conocido que la realización de obras materiales en cualquier nivel de gobierno, es capitalizada siempre desde el punto de vista político electoral. Ninguna institución estatal invierte sus recursos sin logros políticos. Por ello, se ha limitado el desarrollo de los deportes y la educación física.

No se entiende cómo los Municipios, podrían invertir sus recursos en la compra de inmuebles, construir campos de deportes adecuados, si la Ley Orgánica de la Dirección General de Educación Física y Deportes en su artículo 5, automáticamente transfiere su administración y beneficios a ese organismo, que por otro lado, al no contar con adecuada financiación, tiene vedado el camino de la realización productiva de sus fines.

Puesto que los destinos municipales dependen de un Consejo Deliberante de elección popular, es lógico entender y no egoísta, que el político trate de devolver a la comunidad obras auto capitalizables y no aquellas que de antemano saben que van a perder el dominio y la disposición.

En consecuencia, la salud física y mental como función municipal, queda también supeditada a los planes y proyectos de los Ministerios de Salubridad Pública y de Cultura, Juventud y Deportes.

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Inciso 6) "Estimular y proteger el desarrollo agropecuario, industrial y comercial...".

El mismo fenómeno analizado en los incisos precedentes, se dan en esta actividad.

Los Ministerios de Agricultura y Ganadería, Economía, Industria y Comercio, y el mismo Sistema Bancario Nacional tienen como fines principales e inmediatos, lograr esos objetivos.

La actividad municipal será coadyudante, pero no atributo principal. No quedan claros los estímulos y las facilidades de promoción de que habla el Código Municipal. Exenciones en impuestos y tasas como incentivos, no está autorizado el Régimen para conceder; quizás quiera decirse que puedan los Municipios participar en empresas mixtas de desarrollo; pero la realidad es que aún no se cuenta con capacidad de endeudamiento como para ingresar en inversiones cuantiosas de promoción regional.

Esta función la consideramos como un resabio de los fines y atribuciones tradicionales que se concedieron a las Municipalidades, pero fuera de realidad si se la quiere enfocar como fundamental para la consolidación de la Municipalidad.

Inciso 7) "Proteger los recursos naturales...".

La administración y protección de los recursos hidrográficos de conformidad con la Ley de Aguas, corresponde al Servicio Nacional de Electricidad, quien debe ejercer el dominio y el control de las aguas públicas y su aprovechamiento.

Igualmente, la Ley Forestal establece como función esencial del Estado velar por la protección, aprovechamiento, conservación y fomento de los recursos forestales del país, de acuerdo con el principio de uso múltiple de los recursos naturales renovables y el cumplimiento de esta función está a cargo del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

El artículo 6º de esta última Ley define claramente lo que debe entenderse por Régimen Forestal y que tiende a regular la conservación, protección y racional aprovechamiento de los bosques y terrenos forestales que se indican: a) zonas protectoras; b) parques nacionales y reservas forestales; y c) bosques y terrenos forestales de propiedad privada. En consecuencia, más parece que el

Código Municipal deja abierta la posibilidad de que los Municipios colaboren con las instituciones especializadas en la realización de estas actividades, ya que resulta imposible que estas funciones quedaran exclusivamente en manos de ellos.

La razón es de lógica. Es una tarea sumamente difícil y complicada con repercusiones a nivel nacional, que hacen que el Estado mantenga su control directo. Por el interés local que se pueda tener en la concreción de planes y proyectos de ésta índole, debe quedar expeditada la participación de los Gobiernos locales.

Inciso 8) "Fomentar el turismo interno y externo...".

La Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Turismo, N° 1917 de 30 de julio de 1955 dentro de las finalidades que establece, principalmente está la de incrementar el turismo en el país; y en sus funciones de que trata el artículo 5° claramente queda establecido que el Instituto contará con la colaboración de todas las dependencias gubernamentales y que debe acogerse en un todo a las disposiciones pertinentes que dicten las Municipalidades del país, o el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, en tanto no se le exceptúe expresamente en su Ley Orgánica o en otras posteriores.

Más clara no puede quedar la idea de que se trata de una atribución compartida, cuya promoción deberá estar a cargo fundamentalmente del Instituto como órgano especializado.

Inciso 9) "Velar por la seguridad de las personas y el orden público...".

El artículo 12 de la Constitución Política, establece que para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias.

El Estado a través del Ministerio de Seguridad Pública, ha creado los cuerpos especializados de policía, precisamente para velar por la seguridad de todos los habitantes del país.

Claró está, que los Municipios tienen mucho interés en que sus jurisdicciones sean pacíficas y tranquilas, que garanticen el convivir armónico, en busca de la integración, de las unidades vecinales para fortalecer los Gobiernos locales.

Pero la realidad nacional, es que los Municipios no están capacitados para mantener cuerpos de vigilancia del orden público en general; ni el Estado por medio de la cartera específica, va a permitir que las localidades desplacen esa facultad hacia niveles de gobierno sin estructuración adecuada al respecto.

El orden público y la seguridad de las personas, seguirá dependiendo necesariamente, del Ministerio respectivo.

### C.—Antinomia Municipio y Poder Ejecutivo

A través del análisis de contenido del artículo 4° del Código Municipal, notamos contradicciones aparentes y reales entre sus enunciados y los de otras leyes de instituciones estatales.

Desde luego que las funciones exclusivas del Municipio que se reflejan en los servicios públicos prestados a la comunidad, no eliminan de su campo de acción, aquellas otras atribuciones que podemos llamar "concurrentes" con el Gobierno Central.

La salud pública, la educación, la asistencia social, el fomento socio-económico, el turismo, son actividades que no obligan al Régimen Municipal. Es decir, el incumplimiento de estos fines, no acarrea sanción jurídica o moral de la ciudadanía, puesto que la responsabilidad está atribuida al Poder Central.

Se transforman al final, en facultades optativas cuyo cumplimiento depende de la solvencia económica de las Corporaciones. Recursos disponibles y capacidad de dirección del Concejo Municipal, son los elementos principales que pueden introducir al Municipio en la empresa de estos servicios. Por la forma en que se acostumbra en nuestro país encarar a los problemas de interés general, por la influencia política que como factor determinante se debe tomar en consideración, las antinomias que resultan de conceder facultades y atribuciones a más de una empresa pública, produce efectos negativos.

Reiteradamente observamos que este tipo de funciones de responsabilidad compartida, se estacionan y no producen los beneficios que las comunidades esperan de ellas. Cada institución y desde luego que se forma un clima de inseguridad en la ciudadanía.

Por ejemplo la Ley Constitutiva del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado en el inciso b) del artículo 2º de una de sus funciones establece la facultad de mantener y operar todos los servicios de agua potable, de aguas negras y pluviales de su propiedad, establecidos o que en un futuro establezcan, en todo el territorio nacional.

El Transitorio 2º de esa misma Ley, textualmente establece: "Hasta tanto el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado no asuma plenamente sus funciones, se mantendrá el status de las Municipalidades en cuanto a la prestación de los servicios de que habla esta Ley".

Notemos que por un lado se establece una obligación a cargo de una Institución del Estado y por otro lado, se faculta a esa institución a cumplir sus cometidos cuando se considere en plenitud de aptitudes para lograrlo. Consecuencia: los Municipios del país, hacen muy poco por mejorar sus sistemas de provisión de aguas potables, evacuación de aguas negras y pluviales. La razón sencilla de deducir: la capitalización del aspecto político electoral. Se pierde la escala de prioridades y se deja en manos de otras instituciones faltas de recursos económicos, la solución de problemas de prestación de servicios públicos de gran necesidad.

Los Municipios no invierten en programas para mejorar estas necesidades, porque son conscientes de que una vez cumplidas, las instituciones orgánicamente legitimadas, de inmediato asumirán su administración perdiéndose el origen de la realización.

La pugna interinstitucional por dejar de hacer obras y proyectos de mejoras físicas y mentales para los pueblos del país, únicamente atraso y desorden promueven.

Creemos que la forma más efectiva de eliminar estos "tapones" al desarrollo, es revisando desde un punto de vista pragmático y realista, qué funciones en forma exclusiva pueden y deben realizar unas y otras instituciones.

De todas formas la antinomia Municipio, Poder Ejecutivo, sirve de elemento de canalización en esta época de redefinición del Régimen Municipal. La experiencia dirá cuáles son las funciones que en definitiva corresponderán al Municipio costarricense para colaborar en el desarrollo del país. Solamente la experiencia de algunos años al amparo de la nueva legislación y con el aporte de

recursos del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, servirán para sacar una conclusión acertada del lugar que ocupa el Régimen Municipal Costarricense.

Por la forma en que se ha desenvuelto el Municipio de los dos últimos años, vemos con singular optimismo su futuro.

## Conclusiones

Hemos visto la importancia histórica que para el país ha tenido el Régimen Municipal y las causas de su crisis. Desde la asunción de todas las obligaciones que implican servicios públicos, hasta la eliminación de sus funciones por el Estado.

El Municipio costarricense en las épocas de la colonia y la independencia, pretendió ser un agente fuerte del desarrollo institucional. Sus pecados graves: la falta de recursos financieros adecuados y el empirismo propio de las etapas históricas.

No obstante las limitaciones, el Régimen logró participar activamente en la consolidación de los principios democráticos tradicionales; en proveer a la ciudadanía de los servicios emergentes de desarrollo rural y urbano; en mejorar los servicios públicos de higiene y salud; en la promoción de la educación integral del pueblo.

Podemos afirmar en resumen, que en los primeros años de vida institucional, el Municipio costarricense prestó una gran ayuda y logró grandes realizaciones, en la estructuración de la Nación.

Su idea como institución pública, no se definió adecuadamente; su estructura administrativa, fue débil y desorganizada; pero contó con el aporte desinteresado de los ciudadanos de la época, para ofrecer algunos elementos esenciales en nuestra historia: educación general, participación libre en la resolución de los problemas comunes, motivar un acelerado desarrollo urbano y garantizar la paz del vivir.

Partiendo desde esta concepción clásica y romántica, fue necesario que el Municipio perdiera vitalidad, crédito y prestigio, para que despertara la preocupación de dotar al Régimen de una nueva fisonomía.

También hemos analizado que la estructura legal otorgada a través del Código Municipal, resulta un tanto apartada de la realidad costarricense.

El contenido del artículo 4º del Código, en estos momentos, en que se pretende iniciar una nueva era municipal, es quizás exagerado.

No obstante lo anterior, el proceso es promovido y no improvisado.

Hemos salido del anacronismo normativo, dejando superadas las leyes obsoletas y faltas de sistematización.

La crisis que ha tenido que atravesar el Régimen, es de orden institucional y así lo reconocieron los redactores del Código Municipal cuando introdujeron el siguiente párrafo en la exposición de motivos de la presentación del proyecto de Código Municipal ante la Asamblea Legislativa:

"Nadie desconoce la crisis que atraviesan las Municipalidades, y es muy poco lo que se ha hecho por sacarlas del estado en que se encuentran. Esta crisis es de orden institucional: su autonomía, su competencia, garantizadas constitucionalmente, se han visto siempre afectadas por la acción de los Poderes Públicos. El Poder Ejecutivo mantiene una influencia inconveniente en las corporaciones municipales, sobre todo a través de la figura del Gobernador o Jefe Político-Ejecutivo Municipal, y del veto de acuerdos municipales en poder del primero. El Poder Legislativo constantemente emite leyes que han ido cercenando la competencia municipal, creando institutos descentralizados en los que se resumen servicios locales, y autorizando la constitución de organizaciones no estatales que están asumiendo uno de los más importantes cometidos del régimen municipal; la realización de obras de interés público local.

La crisis es también de orden económico: los Poderes Públicos han hecho depender la actividad económica municipal de subvenciones contenidas en las leyes de presupuestos, en vez de dotar a las corporaciones locales de suficientes rentas propias, y es sabido que esas subvenciones normalmente no son presupuestas en las sumas que deben serlo y lo asignado no se gira oportunamente".

La nueva legislación pretende ser uno de los elementos que participan en la superación de la crisis.

Definiendo exactamente la idea de "municipio", facilitando la organización de estructuras administrativas eficientes, sistematizando la legislación aplicable, se confiere al Régimen la salud y tranquilidad internas.

Externamente, las relaciones institución usuarios, podrán mejorarse en la medida que cada Municipalidad racionalice su propio ente, preste servicios eficientes y ofrezca soluciones adecuadas a las demandas públicas.

La capacitación de su organización administrativa, es otra tarea importante; vamos a recordar que debe alejarse por completo de su razón de ser, la improvisación y las soluciones desarticuladas. Únicamente con personal técnico consciente y capaz se puede identificar al Municipio con el devolver a los ciudadanos a través de servicios, sus participaciones en los tributos.

La recuperación del prestigio de la institución, la marcará su eficiencia para resolver.

El Municipio moderno, está dotado ahora del marco jurídico necesario y esencial que le confiere la categoría de empresa de desarrollo. Que puedan existir fallas en el sistema, lo aceptamos como lógico. En ninguna época, Ley alguna ha sido perfecta. La experiencia ha de marcar los cambios. La realidad que no podemos dejar de comentar, es que lo complejo de la vida social, la modernización de los medios de información y el fácil acceso a los conocimientos técnicos, crean en el individuo de nuestros tiempos mayores demandas de servicios estatales. Como esta urgencia se da en todos los niveles de la estratificación social, el Poder Central no podrá cumplir con las exigencias a cabalidad. Se impone en consecuencia, la delegación de funciones de los Gobiernos locales. Descentralización que no puede ser atropellada para no sobrecargar los cometidos. Reiteramos que en la medida en que los Municipios vayan adquiriendo capacidad y eficiencia, en esa misma medida se les debe ir transfiriendo funciones y tareas. (Exposición de motivos de la Ley que crea el I.F.A.M.).

Vamos ahora a analizar las conclusiones de fondo:

De la autonomía política-administrativa que le confiere la Constitución, el Municipio tiene las siguientes atribuciones:

- a.—Libertad de escoger por voto directo, los Regidores que componen el Gobierno local;
- b.—Liberalidad para disponer de sus recursos financieros, partiendo de los principios generales de control que establece el mismo Código Municipal;
- c.—Organizar y administrar los servicios públicos locales, de conformidad con la competencia que le otorga la Ley.

Generalizando y partiendo de la realidad costarricense actual las siguientes son las actividades y funciones que competen al Municipio:

- 1.—Administrar su propio patrimonio, observando las disposiciones de los artículos 66 y siguientes del Código Municipal y programando la inversión anualmente a través de su presupuesto;
- 2.—Ejercer el poder de administración de la urbanística a través de la concesión y fiscalización de permisos para la realización de obras particulares; zonificación de las áreas urbanas e industriales;
- 3.—Ejercer el control del ejercicio de las actividades comerciales y lucrativas por medio de licencias denominadas patentes;
- 4.—Ejecución de obras públicas de interés general, como la construcción, apertura y mantenimiento de las vías públicas, parques, centros de recreaciones, parques de juegos infantiles;
- 5.—Prestación y manutención de servicios públicos urbanos, como la limpieza de las ciudades, recolección, transporte y disposición de residuos domésticos e industriales, mercados, servicio de alumbrado público;
- 6.—En forma concurrente con el Estado, coadyuvar en el impulso y mejoramiento de la educación, salud física y mental, asistencia social, cultura, y el desarrollo de la agricultura, la industria y el comercio.

Las funciones concurrentes, o compartidas, dependen de la disponibilidad de recursos financieros y las necesidades individuales de la localidad o región.

Conforme a la clasificación que da el Instituto Brasileño de Administración Municipal en su obra Manual do Prefeito, en lo referente al Poder de Policía Municipal, considerando la institución entidad gubernamental, por lo tanto detector de poder de policía, que lo define como "la actividad de administración pública que, limitando o disciplinando derechos, intereses o libertades, regula la práctica de actos o la abstención de hechos, en razón de intereses públicos, concernientes a la seguridad, higiene, orden, costumbres, disciplina de producción y mercadeo, el ejercicio de actividades económicas dependientes de concesión o autorización del poder público, la tranquilidad pública y el respeto a la propiedad y los derechos individuales o colectivos".

"Siendo una facultad propia de toda entidad estatal, la utilización del poder de policía queda condicionado a la competencia de cada una y su característica es ser eminentemente administrativa.<sup>(1)</sup>

Partiendo de esta concepción, las manifestaciones de ese poder en Costa Rica son:

#### I.—Policía Urbanística:

- a) Control de las edificaciones, especialmente en cuanto a seguridad, higiene y estética. Incluye la construcción urbana, así como la urbanización y el fraccionamiento y la reparación y remodelados;
- b) Normas de zonificación, dividiendo la circunscripción territorial en zonas de uso, para efectos del desarrollo nacional.

#### II.—Policía de Higiene Pública:

- a) De vías públicas, incluyendo calles, parques, playas.
- b) Higiene de la vivienda; aseo de los predios, patios y terrenos; recolección y transporte de desechos y su tratamiento. En cuanto a la construcción de viviendas higiénicas, la Municipalidad usa el control de revisión de planos en el Ministerio de Salubridad Pública.

(1) Manual Do Prefeito. Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 2ª Edição. Rio de Janeiro, 1970. Pgs. 34 y 59.



### III.—Policía de Costumbres, Seguridad y Orden Público:

- a) Obstrucción de vías públicas. Debe evitarse el uso indebido de las vías, aún en forma transitoria, como para depositar materiales de construcción, residuos de demolición.
- b) Fiscalización de anuncios y carteles. El uso de los medios de publicidad en las vías y sitios públicos debe estar sujeto al control municipal, atribución que se encuentra en la Ley de Construcciones.

Los instrumentos más importantes con que cuenta el Municipio para el ejercicio de su poder de policía son:

- 1.—Las leyes, códigos, reglamentos y acuerdos específicos.
- 2.—Las licencias municipales y permisos de uso sujetos a las limitaciones que se establezcan.
- 3.—Imposición de sanciones, multas, embargos, demoliciones, rescisión de contratos y licencias.

La capacidad de aplicar sanciones como elemento coercitivo para exigir el cumplimiento de las obligaciones impuestas, es lo que da sentido y valor al poder de policía municipal.<sup>(2)</sup> En términos generales, los fines que cumple el Municipio costarricense actualmente y en la forma que lo hace, con las ayudas extrajurisdiccionales que recibe, nos hace pensar que será corto el tiempo que hace falta transcurra, para que en términos de desarrollo planificado, se confiera al Régimen el sitio exacto y las funciones precisas que deben realizar.

La realidad municipal costarricense, podemos resumirla como "etapa de consolidación del régimen" por lo cual, está sujeta a los cambios y movimientos propios de las transiciones.

El marco jurídico, la revisión de tributos, la creación del I.F.A.M., la capacitación de funcionarios, son elementos que nos hacen pensar en que la "empresa pública de desarrollo" al fin echará a andar su maquinaria en beneficio del pueblo costarricense.

(2) (Op. cit., pág. 41).

### BIBLIOGRAFIA

- 1.—Bielsa Rafael: Derecho Administrativo. Sexta Edición. La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora. Buenos Aires 1964.
- 2.—Colección de Leyes, Decretos, Acuerdos y Resoluciones;
  - a) Tomo de 6 de setiembre de 1824 a 20 de diciembre de 1830.
  - b) Tomo de 1845 a 1848.Imprenta Nacional 1886 e Imprenta de la Paz 1862.
- 3.—Brenes Villar, Carlos Roberto: Aspectos Histórico-Jurídicos del Régimen Municipal Costarricense. La Colonia a 1870. Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho 1970.
- 4.—Filosofía, Objetivos y Programas de Trabajo, Publicaciones del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, 1971.
- 5.—Código Municipal. Edición de la Municipalidad de San José. Departamento de Relaciones Públicas y Divulgación, enero de 1971.
- 6.—Código de Educación, Leyes anexas y Ley Fundamental de Educación. Edición preparada por Oscar Chacón Jinesta. Imprenta Trejos Hermanos. San José, Costa Rica 1965.
- 7.—Ley Forestal. Publicación del Ministerio de Agricultura y Ganadería. Dirección General Forestal. Imprenta Borrásé.
- 8.—Ley de Aguas. Legislación al Día. Preparado por Oscar Chacón Jinesta 1972.
- 9.—Ley de Planificación Urbana. Legislación al Día. Preparado por Oscar Chacón Jinesta 1972.
- 10.—MANUAL DO PREFEITO. Publicaciones del Instituto Brasileiro de Administración Municipal, Segunda Edición. Río de Janeiro 1970.

## PARTICIPACIÓN DE LOS MUNÍCIPES EN EL GOBIERNO LOCAL

MAURO MURILLO(\*)

### Sumario:

- 1.—Introducción.
- 2.—Los diferentes institutos y su clasificación.
- 3.—Cabildos.
- 4.—Plebiscitos.
- 5.—Referendos.
- 6.—Audiencias públicas.
- 7.—Notas para una reforma.
- 8.—Participación del munícipe.

1.—INTRODUCCION. Contrariamente a cuanto sucede en el ámbito nacional, a nivel local el ciudadano tiene mayores oportunidades de participar en la gestión de sus propios intereses.

La Ley no sólo regula la participación indirecta (a través de la elección de los regidores y síndicos), sino que también contempla una serie de institutos de participación directa de los vecinos en los asuntos municipales.

El sistema que contiene al respecto el Código Municipal no ha recibido la consideración que se merece. Políticos y juristas han ignorado su importancia, y las administraciones locales no han hecho un suficiente uso de dichos institutos.

(\*) El autor es especialista en Derecho Público. Se graduó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en 1968, y obtuvo posteriormente su doctorado en Ciencias Administrativas en Bolonia, Italia. Durante varios años trabajó como asesor jurídico en la Contraloría General de la República. Participó activamente en la redacción del Código Municipal, y en la actualidad desempeña los cargos de Asesor Parlamentario en la Asamblea Legislativa, y profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho.

Entendemos que un estudio cuidadoso de las disposiciones que sobre la materia contiene el Código Municipal ayudará a su mejor comprensión, paso preliminar para lograr una efectiva aplicación del sistema.

Y una efectiva y oportuna utilización de los institutos en referencia no hay duda de que contribuiría sensiblemente al fortalecimiento de nuestros valores democráticos, meta última del articulado que nos disponemos a analizar.

Por ello los procedimientos de participación debieran ser utilizados con más frecuencia, con lo cual de paso se daría debido cumplimiento a una feliz norma del Código Municipal: "Las municipalidades fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del Gobierno Local" (artículo 9º), reiterada en el inciso 10) del artículo 4º: "... las municipalidades deberán: ... Promover la conciencia cívica de la población a fin de que los ciudadanos en ejercicio de los principios de autodeterminación democrática, participen oportuna y conscientemente en la actividad del gobierno municipal".

2.—LOS DIFERENTES INSTITUTOS Y SU CLASIFICACION. La participación que aquí interesa, cabe advertirlo, es aquella que se produzca en la gestión de los asuntos locales. Las municipalidades son entes públicos estatales a través de los cuales los vecinos de un cantón administran sus propios intereses, y es sobre la participación en esta administración que nos cuestionamos.

La participación puede ser contemplada como del municipio en cuanto tal, o bien de los munícipes, individualmente considerados. En efecto, el Código unas veces se refiere al conjunto de vecinos, visto en su unidad, en tanto que en otras oportunidades se refiere más bien a los munícipes en particular.

La intervención, por otra parte, es directa o indirecta. Es directa cuando el vecino interviene en el procedimiento de decisión de los negocios municipales; es indirecta cuando la intervención se refiere más bien a la escogencia de quienes administrarán los asuntos locales.

La intervención indirecta del municipio se da en las elecciones para regidores y síndicos, que es la máxima manifestación democrática local. Es la única con rango constitucional, mas de

ella no nos ocupamos en este escrito, por ser precisamente la única bien conocida.

La intervención directa del municipio se manifiesta en los referendos, plebiscitos, cabildos y otras consultas populares.

La participación a título personal del munícipe no puede sino ser directa, y se da con la integración de los concejos distritales y de determinados comités y comisiones, y con la intervención en las sesiones del Concejo Municipal.

3.—CABILDOS. El artículo 7º del Código contiene la atribución municipal de "convocar al pueblo a consultas populares", y el artículo 21 señala como competencia del Concejo Municipal la de "acordar la celebración de plebiscitos, referendos y cabildos, todo de acuerdo, en su caso, con la legislación electoral vigente".

El cabildo a que se refiere el Código corresponde al llamado "cabildo abierto" ya regulado en el artículo 70 de las Ordenanzas Municipales de 1867. Se trata de un acto de audiencia al pueblo, de una consulta. El Concejo, a fin de contar con mejores elementos de juicio para decidir, convoca a los vecinos y oye sus opiniones. De ahí que lógicamente deban asistir al mismo sus miembros.

La naturaleza del instituto es pues consultiva, y de ello derivan dos importantes principios: debe celebrarse necesariamente previo a la decisión que el Concejo proyecta tomar; y, el resultado del mismo no es vinculante, por lo que el Concejo bien podría separarse del criterio de los vecinos.

El resultado del cabildo debe hacerse constar en una acta, aunque sucintamente.

Los cabildos son acordados por el Concejo Municipal, por simple mayoría de votos de los miembros presentes (según la regla del artículo 46 del Código). En ejecución de dichos acuerdos, son convocados por el Ejecutivo Municipal, quien los preside, salvo norma en contrario del reglamento municipal.

Participan en el cabildo los munícipes. Pero el problema que se plantea es si todos los vecinos pueden intervenir.

Concretamente, no parece admisible que los vecinos de toda edad deban ser oídos. Podría seguirse la regla de exigir una edad mínima de 18 años, aplicando analógicamente la norma de nuestro

ordenamiento jurídico relativa a la adquisición de los derechos políticos.

Además, ¿podrían también intervenir personas extranjeras? Los extranjeros no podrían participar en cabildos sólo si se tratase de un derecho político.

Derecho político lo es la elección de regidores y síndicos, por constituir ésta un sufragio. De acuerdo con nuestra Constitución Política, los derechos políticos son los relativos al sufragio (elegir, ser elegido, formar partidos políticos), y son privativos de los ciudadanos (ver artículos 90 y siguientes). El cabildo en cambio no tiene relación con el sufragio y la participación en él, en consecuencia, no es un derecho político.

Lo que interesa, pues, es que se trata de un vecino. En tanto no se trate del sufragio, el concepto de ciudadano viene a ser sustituido en el ámbito local por el de vecino, sea, el residente en el cantón.

El cabildo es una audiencia verbal. Los vecinos son convocados a exponer, de viva voz, su parecer sobre un determinado asunto.

Tal y como lo establecía la precedente legislación, al cabildo pueden ser convocados todos los vecinos del cantón, o bien sólo los de un determinado distrito, caserío o barrio, cuando el acuerdo a tomarse no fuere de interés general del cantón sino que estuviere reducido a un determinado sector de éste.

El cabildo no puede ser "cerrado", es decir limitado a determinados vecinos con exclusión de otros, por cuanto cualquier criterio que se siguiere para limitar la participación sería arbitrario. De hecho, claro está, no todos podrán participar, y deberá en consecuencia reglamentarse la participación.

El cabildo se entiende válidamente celebrado cualquiera que fuere el número de munícipes en asistir.

Acordar el cabildo es un acto discrecional del Concejo Municipal. Convocarlo es un acto obligado del Ejecutivo. Participar en él es un acto voluntario del vecino.

Toda suerte de asunto es susceptible de ser sometido a cabildo.

Por supuesto que la convocatoria del cabildo deberá ser pública, y hecha con suficiente antelación.

La ley no contempla algún mecanismo para obtener una convocatoria obligada, cuando el Concejo Municipal no acuerde el cabildo, como podría ser el que una petición en tal sentido fuere suscrita por determinado número de vecinos.

El supra transcrito inciso i) del artículo 21 del Código Municipal señala que los cabildos, plebiscitos y referendos, "en su caso", se celebrarán de acuerdo "con la legislación electoral vigente". La frase es ininteligible, porque la legislación electoral fue emitida para regular elecciones, cual no es el caso. Además, la disposición es inconstitucional, pues no aparece aprobada por el plenario de la Asamblea Legislativa. Más que la aplicación de la legislación electoral, lo que interesaba era posibilitar la colaboración del Tribunal Supremo de Elecciones, lógicamente en cuanto a plebiscitos y referendos.

4.—PLEBISCITOS. El plebiscito es, ya no una simple consulta, como el cabildo, sino la decisión misma, tomada por el municipio.

En tanto decisión, lógicamente obliga al Concejo Municipal. A diferencia del cabildo, el plebiscito tiene efectos vinculantes.

En el plebiscito los vecinos escogen entre dos alternativas ("sí" o "no"), y la decisión se entiende tomada por mayoría de votos.

A diferencia del cabildo, y al igual que en el referendo, el voto del munícipe se recoge por escrito.

Son acordados por el Concejo, y convocados por el Ejecutivo.

También como en el cabildo, pueden participar en él todos los vecinos de 18 años o más, aunque fueren extranjeros.

Puede ser convocado a plebiscito todo el cantón o sólo parte de éste.

La convocatoria a plebiscitos por parte de las Municipalidades es en todo caso discrecional.

No toda materia es susceptible de ser decidida en un plebiscito, según nuestro modo de ver. Ciertos acuerdos, como el de

aprobación del presupuesto, el de conocimiento de un recurso, o el de nombramiento del Ejecutivo Municipal, no parece lógicamente posible que puedan ser dejados a la decisión popular.

Se plantea el problema de si se requiere un número mínimo de votantes para que el plebiscito sea válido, cuestión que por los efectos vinculantes del plebiscito en éste tiene mayor importancia. Por no prescribirlo la ley, estimamos que la respuesta es negativa, en aplicación analógica de la legislación electoral.

Por no tratarse de una elección, es nuestro criterio que la decisión tomada podría ser sometida a revisión en un nuevo plebiscito.

En el plebiscito el municipio se sustituye al Concejo, y la decisión que resulte tiene carácter de acuerdo municipal. Sin embargo, dicho acuerdo no sería revisable en vía administrativa, a nuestro juicio, aunque sí impugnabile directamente en vía jurisdiccional.

5.—REFERENDOS. El cabildo se da en la fase preparatoria del acto; el plebiscito en la fase constitutiva; y el referendo en la fase integrativa.

En el plebiscito el acuerdo municipal es el resultado mismo del plebiscito; en el referendo el acuerdo municipal es tomado por el Concejo, pero sometido a ratificación de los vecinos.

Mientras el acuerdo no haya sido ratificado no puede surtir efectos, y si fuere improbadado en el referéndum quedaría eliminado.

Como en el plebiscito, votan todos los vecinos de 18 años o más. Estos escogen entre aprobar ("sí") o improbar ("no") el acuerdo municipal. El voto es por escrito.

El referéndum es igualmente acordado por el Concejo y convocado por el Ejecutivo, y puede ser convocado todo el cantón o sólo parte de éste.

En ningún caso la ley obliga a llamar a referéndum.

Al igual que en las otras dos figuras vistas, no se plantean problemas de número mínimo de participantes.

Los mismos acuerdos que lógicamente no pueden ser dejados a la decisión en plebiscito, tampoco podrían ser sometidos a referendo.

El referendo es también revisable, con la celebración de otro referendo. La duda existe en cuanto a si podría ser dejado sin efecto por la Municipalidad el acuerdo que salió con éxito positivo del referéndum. Dada la naturaleza aprobatoria de éste, es nuestro criterio que el acuerdo municipal es susceptible de ser revocado o anulado por el mismo Concejo.

6.—AUDIENCIAS PUBLICAS. Agrupamos aquí una serie de consultas obligatorias a las que determinados actos deben ser sometidos. Se trata de consultas formuladas a los vecinos sobre un acto de interés para ellos y previamente a emitirlo.

Se dan diversos casos. Desde el supuesto de un acto en el cual todos los vecinos están genéricamente interesados, hasta el caso en el que los interesados sean sólo determinados vecinos, individualizables de antemano. La audiencia, por otra parte, puede ser dada por la Municipalidad o por otro organismo, según los casos. Igualmente, los diferentes casos se encuentran regulados en diversas leyes.

Nos interesa en particular el supuesto de los acuerdos reglamentarios. Conforme al artículo 47 del Código Municipal, y "salvo el caso de reglamentos internos, el Concejo mandará a publicar el proyecto en el Diario Oficial, sometiéndolo a consulta pública por un plazo no menor de diez días hábiles". El artículo comprende básicamente los reglamentos de servicios y urbanísticos.

La consulta dicha va dirigida a todos los vecinos, pero a diferencia del cabildo, que constituye una reunión de vecinos, éstos sólo pueden presentar "observaciones" por escrito.

Las "observaciones" pueden ser de todo tipo: de legalidad, de oportunidad, o sobre aspectos meramente técnicos.

El procedimiento se da en el interés de la Municipalidad, actuando el municipio como colaborador de ésta. Pero también se da en el interés de los vecinos, a quienes se les da participación a fin de que defiendan sus intereses personales. Por esta última circunstancia, la Municipalidad está obligada, no a acoger las observaciones que reciba, pero sí a considerarlas.

7.—NOTAS PARA UNA REFORMA. Hemos tratado sólo los problemas fundamentales que se plantean en relación con las formas de participación pública antes vistas.

No escapa a ninguno que la regulación que sobre el particular contiene el Código Municipal es susceptible de ser ampliada. El Código debería contener una reglamentación mínima de dichos institutos, en la que se dé solución a los más importantes problemas cuya aplicación originaría, dejando así a los reglamentos municipales cuestiones más de detalle.

Siempre dentro del campo de la intervención de los vecinos en los asuntos municipales, aunque saliéndonos de la participación en la administración propiamente tal, debemos observar que falta en el Código regulación de un sistema de control popular de las actuaciones municipales. Porque no es suficiente garantizar la participación popular en la etapa preparatoria, constitutiva o integrativa de los actos municipales: es necesario además posibilitar ciertas acciones que vendrían a ser el complemento necesario de todo el sistema de participación pública local.

La derogada Ley de Adición a la de Organización Municipal disponía en su artículo 7º que "cualquier vecino... podrá pedir a la municipalidad la revocatoria o modificación de un acuerdo". Consideramos bien eliminada la norma. La participación en la que pensamos es en aquella que no tenga el efecto de entorpecer gravemente los negocios municipales.

Creemos que bien podrían ser facultados los vecinos para ejercitar ciertas acciones, como la acusación penal de delitos en los que el perjudicado sea la Municipalidad, o bien la demanda de responsabilidades civiles en favor de la Municipalidad.<sup>(1)</sup>

8.—PARTICIPACION DEL MUNICIPE. La participación del munícipe, a título personal, en la gestión de los asuntos municipales, es en todo caso directa.

El Código Municipal señala, en su artículo 53, que "podrán integrar" las Comisiones de Trabajo del Concejo "personas ajenas" a la Municipalidad.

(1) Según el artículo 11 de la Constitución Política, "los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad", y "la acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública". De manera que en cuanto a esta responsabilidad lo que faltan son normas de actuación.

Se trata de una intervención en la fase preparatoria de los acuerdos municipales.

El nombramiento de particulares en dichas Comisiones es discrecional.

"Personas ajenas" a la Municipalidad significa que no deben ser funcionarios o empleados municipales. Pero no quiere decir que pueden ser ajenas al municipio. Deberán ser necesariamente vecinos, aunque mayores de 18 años.

Otra participación de munícipes está prevista en el artículo 63 del Código: "Los Concejos de Distrito estarán integrados por cinco miembros vecinos del distrito, de los cuales uno será necesariamente el síndico de la circunscripción...". El nombramiento es de competencia del Concejo (artículo ídem).

La tercera participación está regulada por el artículo 68, que autoriza a las Municipalidades a regalar juguetes, prescribiendo que el reparto de los mismos se hará por un "Comité de Vecinos", de nombramiento del Ejecutivo.

Por último, se debe mencionar la intervención prevista en el artículo 45 del Código: "La participación de los particulares en las sesiones deberá ser reglamentada por el mismo Concejo".

Se trata de una participación en la fase deliberativa de los acuerdos municipales. Participante posible es cualquier "particular" y entendemos que en esta norma el Código se separa del principio general de que la participación corresponde al vecino. La intención del artículo es permitir a toda persona participar en una sesión, en defensa de su interés genérico como vecino o incluso en defensa de su interés personal, y es evidente que un interesado personalmente en un determinado acuerdo puede o no ser vecino del cantón. La norma, sin embargo, nos interesa sólo en cuanto se refiere a los vecinos.

Constituye lógicamente una intervención verbal, que debe tender a ilustrar al Concejo en la decisión de un negocio.

La participación "deberá ser reglamentada" no significa que en tanto no lo fuere no puede darse. En este último caso, sería materia de competencia del Presidente del Concejo.

Aunque el Código no lo diga, y salvo que el reglamento municipal lo impida, dichos particulares pueden también ser oídos en las sesiones de las Comisiones de Trabajo del Concejo.

# EN BUSCA DE UNA TEORÍA DE REFORMA TRIBUTARIA MUNICIPAL EN AMÉRICA LATINA

JOAO LUIZ DE MORAES BARRETO\*

## SUMARIO

- 1.—Panorama Actual
- 2.—Modelo de Evolución
- 3.—Análisis de Alternativas
- 4.—Reforma del Sistema Financiero

### 1.—PANORAMA ACTUAL

Un examen superficial del sistema financiero de las municipalidades de América Latina demuestra que, en la mayoría de los países, las finanzas municipales se asientan en bases predominantemente patrimoniales, es decir, derivan, en gran parte, del producto de la explotación, aunque deficiente, de sus recursos naturales.

Como prueba incontestable de eso, se podría apuntar la existencia de "derechos" o "gravámenes" sobre la explotación de bosques, el ejercicio de la pesca marítima, la extracción de arena y otras actividades que tienen correlación directa con bienes pa-

\* El autor es actualmente asesor técnico del Instituto Brasileño de Administración Municipal (IBAM) y profesor de la Escuela Nacional de Servicios Urbanos del IBAM en Río de Janeiro. Ahora está destacado en el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM) de Costa Rica como experto en Tributación y Administración Financiera. El autor se graduó en Administración en la Universidad del Distrito Federal (Brasilia, Brasil), con cursos de especialización en Gran Bretaña, Suecia, y Francia; ejerció cargos de jefatura en la Oficina de Hacienda del Gobierno de Brasilia; representó a Brasilia en la Comisión de Reforma Tributaria Nacional y fue miembro de la Comisión de Reforma del Código Tributario de Brasilia. Ha escrito varios libros conjuntamente con otras personas y más de treinta artículos y trabajos diversos sobre Finanzas y Administración Financiera. También ha elaborado dos estudios sobre Finanzas Municipales para el Gobierno de la República de Panamá.

trimoniales que pertenecen o que deberían pertenecer a las municipalidades respectivas.

En Panamá, por ejemplo, los municipios reclaman del gobierno nacional el pronto establecimiento de sus "áreas y ejidos", no tanto para la definición o ejecución de políticas de desarrollo urbano (que es una atribución del gobierno central), sino para que les posibilite la facultad de obtención de rentas adicionales por concepto de venta o arrendamiento de bienes municipales.

También la preocupación general en cuanto a la financiación y ejecución de mercados y mataderos municipales no se debe tanto a la necesidad de fomentar las actividades agropecuarias, sino a la posibilidad de obtención de más ingresos por concepto de precios, alquileres, arrendamientos, etc.

Es evidente que las municipalidades pueden y deben hacer uso de sus recursos de naturaleza patrimonial y asimismo de naturaleza industrial u obtenidos en consecuencia del ofrecimiento de servicios de naturaleza contractual. No queda la menor duda de que ese grupo de ingresos de naturaleza no tributaria constituye una fuente de recursos municipales. Su utilización, sin embargo, debe ser precedida de gran cautela por parte de los gobiernos que, en ninguna circunstancia, deben competir con las empresas privadas en el ejercicio de las actividades económicas.

Es hoy reconocido que, sólo con carácter supletorio o complementario, o aún en consecuencia de fuertes razones de interés económico nacional, como en el caso de los monopolios estatales, deben los gobiernos intervenir o competir con las empresas privadas.

Así, para propiciar la comercialización de géneros alimenticios, las municipalidades pueden construir mercados públicos; para facilitar e inspeccionar el sacrificio de ganado, deben administrar mataderos municipales; para facilitar el tránsito, les es permitido instituir empresas de transportes urbanos. Algunas pueden llegar, incluso, a construir y a administrar hoteles, pero siempre tomando en consideración el incentivo a una actividad económica (el turismo, en ese ejemplo), cuando la iniciativa privada no es capaz de hacerlo o iniciarlo por su propia cuenta.

Esto, como se puede ver, es muy diferente del hecho de una municipalidad actuar como si fuera un simple propietario que, sin la menor capacidad o deseo de prestar servicios remunerados, se

conforme con los ingresos obtenidos por concepto de explotación de sus recursos naturales.

Como una prueba más de ese enfoque patrimonialista, es fácil percibir la existencia, en algunos países de América Latina, de figuras extremadamente confusas, tales como "patentes", "arbitrios", "contribuciones", "derechos", etc., y que funcionan exclusivamente como medios de obtención de ingresos, sin ninguna observación en cuanto a los más elementales principios de tributación y de administración tributaria. En la mayoría de los casos, no hay relación directa con una base justificada de tributación y el único argumento importante a favor de que se mantengan, es que producen ingresos (aunque en montos insuficientes).

Al actuar en esa forma, más parece que las municipalidades hacen uso del "derecho de regalía", característico de la Edad Media, que del poder de imperio (*jus imperii*) que poseen en la calidad de sujeto activo de las obligaciones tributarias.

Las críticas respecto a eso son intensas y contundentes.

En Panamá, los técnicos de la OEA y del BID dicen que el impuesto municipal sobre establecimientos comerciales e industriales (cobrado, como en Costa Rica, a través de tarifas fijas para cada rama de actividad) "es tan injusto y arbitrario, tanto en teoría como en la práctica, que representa un regreso a la Edad Media". ("Sistema Fiscal de Panamá" —OEA/BID— México, 1967, pág. 256).

La misma crítica se puede aplicar a las patentes y a los demás impuestos sobre las actividades lucrativas, los cuales gravan a los negocios sobre la base de caracteres externos más o menos fáciles de determinar, tales como el número de obreros, el espacio que ocupan, el número de asientos (en cines y peluquerías), el capital (Perú, Venezuela, etc.), la cantidad instalada de caballos de fuerza (Colombia) y otros más.

Para Ramiro Cabezas, el sistema de gravar a los negocios según los caracteres "tiene un origen, en tiempo y razonamiento, parecido al impuesto sobre puertas y ventanas, que hoy día sólo se recuerda con carácter anecdótico". ("Elementos de Administración y Política Tributaria" —Fondo Editorial Común— Caracas, 1970, pág. 115).



¡Ecuador aún mantiene un impuesto municipal con el *nomen juris* de "Alcabala"! (Reformas Tributarias en América Latina" —OEA/BID— Washington, 1967, pág. 76).

Las consecuencias de esas situaciones son palpables.

La economía a nivel local es estática, los servicios municipales son deficientes y se observa una creciente tendencia a la centralización.

Siempre que las actividades lucrativas son gravadas *ad speciem* (y no *ad valorem*, como lo recomendaría la más primaria técnica de tributación), resulta que las actividades económicas no son debidamente explotadas desde el punto de vista fiscal, no propiciando por consiguiente, los recursos financieros necesarios a la ejecución, operación y mantenimiento de los servicios públicos de naturaleza local.

Los pocos ingresos obtenidos por las municipalidades son aplicados a gastos de gobierno (sueldos) y, como no se conoce la respectiva contrapartida en servicios públicos, eso contribuye para que el gobierno local, en general, sea una forma extremadamente ineficiente de gobierno, lo que produce un constante cambio de políticas, sistemas y personas, en perjuicio de la democracia representativa y de una continuidad gubernamental, cuando una de las razones principales de esa incontestable ineficiencia de las municipalidades reside en el hecho de que su sistema financiero se ha estancado en el tiempo.

Reciente estudio conducido por la Unión Internacional de Gobiernos Locales (IULA) reconoce que "las finanzas son el nervio del gobierno local. Sin ingresos adecuados, las instituciones locales pueden degenerar en cuerpos ineficaces y moribundos". (IULA: "Decentralization in a Developing Nation". La Haya, 1965).

Y, en ese caso, la tendencia a la centralización es la solución más inmediata, aunque no sea la más recomendable. Una a una, las funciones municipales básicas pasan a ser ejercidas por órganos o entidades del gobierno nacional. El suministro de agua, la recolección de basuras, el alumbrado público, la construcción y el mantenimiento de calles y de caminos vecinales, entre otros, hoy día están en manos del gobierno nacional en muchos países de América Latina, no tanto por el hecho de que el gobierno nacional disponga de mayor capacidad técnica y humana para sumi-

nistrarlos, sino porque concentra en sus manos los recursos financieros para la ejecución y mantenimiento de dichos servicios.

Así, las municipalidades no prestan servicios adecuados porque no disponen de recursos financieros para hacerlo, y no disponen de recursos financieros porque no prestan servicios recuperables. Y ese círculo vicioso contribuye para disminuir cada vez más el pequeño prestigio de las municipalidades, reconocidamente ineficientes e inefectivas como unidades gubernamentales a nivel local.

Lo inminente es, por consiguiente, fortalecer financieramente a las municipalidades y, en especial, desencadenar un proceso que permita "romper la inercia" en que se encuentran los municipios, mediante una vigorosa inyección inicial de recursos financieros.

## 2.—MODELO DE EVOLUCION

Es hoy reconocido que "debe definirse claramente la facultad de las autoridades locales para imponer contribuciones. Estas deben ser coherentes con los impuestos nacionales y la política de desarrollo; no deben poner en peligro la renta del gobierno central y han de adaptarse con flexibilidad a la riqueza de cada zona". (Alderfer, Harold F.: "La Administración Pública en las Naciones Nuevas". Ed. Paidón. Buenos Aires, 1970, pág. 187).

Sin embargo, esa es una situación ideal, aún no obtenida por la mayoría de los países en proceso de desarrollo y la tentativa de su adopción, de inmediato, resultaría en fracaso, por la deficiencia de las infraestructuras encargadas de manejarla.

Se impone, por lo tanto, la adopción de un sistema intermedio o de transición, que propicie abundantes recursos financieros, antes que se pueda lograr la estructuración de un sistema que actúe favorable e incisivamente sobre la economía a nivel local.

Se puede distinguir, por consiguiente, tres tipos de sistemas tributarios para las municipalidades:

- a) El sistema actual, de base patrimonial
- b) Un sistema de transición, de base financiera
- c) Un sistema futuro, de base económica.

El sistema actual (de base patrimonial) se caracteriza por la utilización, en gran escala, de recursos de naturaleza patrimonial, ya sea por la explotación o deseo de explotación de los bienes patrimoniales del municipio, en su forma más rudimentaria, o sea a través de la existencia de ingresos dichos "tributarios" por concepto de "patentes", "arbitrios", "derechos", "contribuciones", etc.

Otra característica marcada del actual sistema es la imposición **ad speciem**, es decir, la existencia de gravámenes sobre cosas y personas (perros, langostas, bananos, serenatas, escaparates, etc.) sin ninguna base económica o financiera para el cálculo y cobro de los tributos municipales.

Las consecuencias de ese sistema "patrimonialista", como ya se ha demostrado anteriormente, son palpables, aunque no sean lisonjeras: una economía estática, servicios públicos deficientes y una fuerte tendencia a la descentralización.

La adopción de un sistema tributario con una base esencialmente financiera (como sistema de transición) actuaría como si fuera una cámara de descompresión entre el actual sistema (base patrimonial) y un sistema futuro (base económica).

El sistema de transición se basaría esencialmente en tres figuras jurídico-tributarias: los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales, eliminándose las demás formas de exacciones actualmente en vigencia.

Los impuestos y las tasas serían de aplicación permanente, mientras que las contribuciones especiales serían de aplicación temporal e intermitente, según su mecanismo propio de cobro y recaudación.

Ese sistema podría traer algunos inconvenientes, como la constatación de casos de **doble imposición** o de **bis in idem**. Se considera **doble imposición** la existencia simultánea, por dos o más esferas de gobierno (nacionales o extranjeras) de un mismo impuesto sobre el mismo hecho imponible, tanto que algunos países firman, entre sí, convenios o acuerdos con miras a atenuar o a extinguir la doble imposición, notadamente en el campo del impuesto sobre la renta.

Internamente, eso pasa cuando el gobierno nacional y el gobierno local exigen, del mismo contribuyente, impuestos idénticos en consecuencia del mismo hecho imponible.

Se considera **bis in idem** (de la voz latina "dos veces sobre la misma cosa") la exigencia, por parte del mismo gobierno, de dos tributos distintos que gravan el mismo hecho imponible.

Otro tipo de **bis in idem** es la creación de adicionales a los tributos existentes.

Se podría decir, **ad argumentandum**, que una solución más sencilla que la creación de los adicionales (notadamente sobre la forma de tasas) sería el aumento de los tributos.

Si existe un tributo a nivel  $x$  y si se crea un adicional a nivel  $y$ , ¿quizás no sería más sencilla y económica la elevación del tributo a un nivel  $x + y$ ?

La idea de los adicionales, sin embargo, está ligada a la **destinación especial** (vinculación) del producto de su recaudación.

Así, es financieramente recomendable (aunque no sea técnica, económica o presupuestariamente recomendable) la creación de adicionales a los tributos municipales para el fomento de actividades específicas de las municipalidades, como sean la educación, la asistencia social, la salud pública, el fomento económico, etc.

En ese sistema, la imposición sería **ad valorem** y proporcional a la capacidad de pago de los contribuyentes.

La consecuencia más inmediata de la adopción de ese sistema es, indudablemente, el aumento de la capacidad financiera de las municipalidades.

Contando con mayores recursos financieros, las municipalidades serían conducidas, por una exigencia misma de la comunidad que contribuye directamente para ese aumento, a proporcionar una mejora en la calidad y en la cantidad de los servicios públicos municipales.

Y ese incremento en la "capacidad de prestar servicios" resultaría en una **tendencia a la descentralización**, por el hecho de que las municipalidades empezarán a buscar las soluciones para sus propios problemas, ya que pueden financiarlas integralmente.

Para qué enviar una petición al Gobierno Nacional —pre-guntarían las autoridades municipales— cuando podemos nosotros arreglar esa calle, abrir ese camino, instalar ese acueducto, producir

la energía eléctrica y asimismo solucionar otros problemas urgentes de nuestra comunidad, ya que tenemos los recursos financieros para hacerlo?

Más tarde, finalmente, se estructuraría un **sistema tributario de base esencialmente económica** o sea, un sistema estrechamente relacionado con las actividades económicas ejercidas a nivel local, de fácil administración y que posibilite la producción de una renta relativamente estable.

Ese sistema futuro se caracterizaría básicamente por la utilización de los **aspectos extrafiscales** de los tributos, es decir al aspecto de la tributación proporcional a la **capacidad de pago** se sobrepondría el de la **tasación selectiva**, mediante la concesión de estímulos o sobrecargas fiscales al ejercicio de determinadas actividades económicas, con miras al desarrollo físico, social y económico de la comunidad.

En ese sistema futuro, muchos de los servicios públicos esenciales serán prestados por empresas municipales o serán objeto de concesión a empresas privadas que actúan en el área de las municipalidades, lo que conducirá a una perfecta distinción entre **tasas y precios** por concepto de retribución de los servicios públicos.

Ese sistema acarreará una economía bastante dinámica en consecuencia del establecimiento de políticas fiscales de desarrollo a nivel local.

El fomento de la economía a nivel local y la programación de políticas fiscales de desarrollo conducirán a una imperiosa necesidad de **cooperación**, ya sea entre los dos niveles de gobierno (el nacional y el local) o entre distintas municipalidades ubicadas en una misma región socio-económica.

En ese primer caso, el municipio pasará a jugar, de hecho el papel de **agente de desarrollo a nivel local**, como efectivo y eficiente colaborador del gobierno nacional en la tarea del desarrollo integral. En el segundo caso, se notará la formación de verdaderos **consorcios inter-municipales** en que un grupo de municipalidades coordine sus esfuerzos comunes para la solución de algunos problemas comunes, con miras a la optimización de los recursos disponibles.

A continuación, se presenta un cuadro —resumen del modelo de evolución diseñado.

MODELO DE EVOLUCION DEL SISTEMA TRIBUTARIO MUNICIPAL

SISTEMA	BASE	CARACTERISTICAS	CONSECUENCIAS
ACTUAL	PATRIMONIAL	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Utilización de recursos de naturaleza patrimonial</li> <li>— Impuestos y contribuciones sobre cosas y personas</li> <li>— Imposición <i>ad speciem</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Economía estática</li> <li>— Servicios deficientes</li> <li>— Tendencia a la centralización</li> </ul>
DE TRANSICION	FINANCIERA	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Prevalencia de impuestos y tasas</li> <li>— Ingresos por concepto de adicionales</li> <li>— Algunos casos de doble imposición o <i>bis in idem</i></li> <li>— Tasación en función de la capacidad contributiva</li> <li>— Imposición <i>ad valorem</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Aumento de la capacidad financiera</li> <li>— Mejora en el suministro de servicios</li> <li>— Tendencia a la descentralización</li> </ul>
FUTURO	ECONOMICA	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Impuestos adecuados a las bases económicas existentes</li> <li>— Perfecta distinción entre tasas y precios</li> <li>— Utilización de los aspectos extrafiscales de los tributos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Economía dinámica</li> <li>— Establecimiento de políticas fiscales de desarrollo</li> <li>— Tendencia a la cooperación</li> </ul>

### 3.—SELECCION DE ALTERNATIVAS

Por supuesto que el diseño de una estructura tributaria a nivel municipal tiene que tomar en cuenta los aspectos socio-económicos y político-institucionales del país respectivo.

Además de eso, como recomienda Somers, “es necesario establecer con claridad el objetivo del programa impositivo antes que la política impositiva y las reformas a los impuestos se puedan estudiar adecuadamente”. (Somers, Harold M.: “Finanzas Públicas e Ingreso Nacional —Fondo de Cultura Económica— México 1970, pág. 343).

Así se impone un análisis detallado de la actividad financiera de las municipalidades (no solamente en cuanto a los ingresos, sino respecto también a los gastos municipales) con miras a la formulación de un diagnóstico que permita establecer la estrategia y asimismo los marcos de referencia adecuados al diseño del sistema tributario municipal.

Sin embargo, se puede considerar, en una forma amplia y general, las distintas alternativas que se presentan, con miras a lograr el fortalecimiento de las finanzas municipales.

La más inmediata sería la **creación de nuevos tributos** lo que, por supuesto, acarrearía un aumento en la carga tributaria.

Además de eso, el aumento de los ingresos municipales en consecuencia de la creación de nuevos tributos dependería del esfuerzo propio de cada municipalidad en el sentido de proceder, en una forma efectiva, a las actividades de cálculo, cobro y recaudación de los nuevos tributos.

Otra alternativa sería la **transferencia de la capacidad tributaria**, o sea el traspaso para las municipalidades, de algunos impuestos que son recaudados por el Gobierno Nacional, lo que no implicaría aumento de la carga tributaria. Con eso ganarían financieramente las municipalidades; pero el Gobierno Nacional perdería algunos impuestos. Esa alternativa, por consiguiente, debe tomar en cuenta el límite de las pérdidas, en términos de ausencia de ingresos, que podrían ser soportadas por el Gobierno Nacional.

Sin embargo, el aumento de los ingresos municipales dependería del esfuerzo propio de las municipalidades que se quedarían con todas las actividades de cálculo, cobro y recaudación de los impuestos nacionales cuya competencia les fuese atribuida.

Otra alternativa sería la institución de **adicionales**, ya sean a los impuestos municipales o a los nacionales.

En ambos casos, se produciría un aumento en la carga tributaria.

Los adicionales a los impuestos municipales dependen del esfuerzo propio de las municipalidades, respecto a su cálculo, cobro y recaudación, lo que no pasa con los adicionales a los tributos nacionales, que serían calculados, cobrados, recaudados por el Gobierno Nacional, transfiriéndose el resultado de la recaudación a las municipalidades.

Otro tipo de alternativa es el constituido por las **transferencias** de la recaudación total o parcial de tributos nacionales.

En el caso de la transferencia del total recaudado, las municipalidades “ganan” y el Gobierno Nacional “pierde”, desde un punto de vista financiero. En el caso de transferencia de parte de la recaudación, los ingresos municipales “aumentan” y los nacionales “disminuyen”. Pero en ningún caso, la carga tributaria aumenta.

El sistema de **transferencias** ya sean totales o parciales, no exige un esfuerzo propio de las municipalidades con miras a obtener un aumento en sus ingresos, por el hecho de que las actividades de cálculo, cobro y recaudación continuarían siendo ejecutadas por el Gobierno Nacional.

Sin embargo, todas las alternativas presentadas hasta ahora se refieren a rentas generadas en el territorio de las municipalidades respectivas, lo que podría hacer que las ricas se vuelvan cada vez más ricas y las pobres cada vez más pobres.

La última alternativa, por consiguiente, representa un sistema de subsidios a las municipalidades, según criterios de distribución previamente establecidos.

Hay que señalar, en este punto, la diferencia entre los **subsidios** y los **aportes especiales**.

Los aportes casi siempre tienen características políticas (ayuda financiera a una o a otra municipalidad) ya sea en consecuencia de situaciones de emergencia (sequías, inundaciones, epidemias etc.) o con miras a la ejecución o mantenimiento de determinadas obras públicas (puentes, caminos vecinales, alumbrado público, etc.) o aún pura y simplemente para que la municipalidad

pueda cubrir sus gastos corrientes, cuando sus ingresos propios no son recaudados en cantidad suficiente para pagarlos.

Ya los subsidios pertenecen al campo de las finanzas intergubernamentales y permiten que los gobiernos locales continúen prestando los servicios necesarios en sus respectivas jurisdicciones territoriales sin amenazas a su autonomía política, financiera y administrativa.

La diferencia principal entre los subsidios (técnicamente hablando) y los aportes consiste en que los subsidios, en general están subordinados a procesos automáticos de distribución con base en diversos factores como población, gastos, capacidad fiscal, etc. En Brasil existe un **Fondo Estatal** y un **Fondo Municipal**, a través de los cuales el gobierno federal concede subsidio a los demás niveles de gobierno con base en factores tales como superficie, población y el inverso del ingreso **per capita**, con miras a disminuir las diferencias de naturaleza socio-económica entre las distintas regiones.

En algunos casos, puede que eso conduzca a una fórmula muy complicada. Sin embargo, los subsidios existen incluso en los países más desarrollados del mundo y los americanos, por ejemplo, reconocen que la necesidad de los subsidios surge del hecho de que su sistema de gobierno "confiere a las unidades estatales y locales la administración de más funciones de las que pueden financiar". (Shere, Louis, "Some General Comments on Federal Grants". Bulletin of the National Tax Association, vol. 32, # 3).

En cuanto a los reflejos producidos por los subsidios en las finanzas municipales, eso dependerá de los criterios de distribución adoptados. En algunos casos, el gobierno nacional puede exigir la elaboración de planes de aplicación y de informes de comprobación de gastos, con miras a establecer una coordinación entre los planes locales y los planes nacionales y asimismo ejercer un control **a posteriori** en cuanto a la aplicación de los subsidios por parte de las municipalidades.

Desde el punto de vista económico, el sistema de subsidios establecido con base en criterios adecuadamente diseñados puede considerarse como un sistema automático de redistribución de rentas, con miras a lograr un equilibrio financiero entre las municipalidades que presentan distintas condiciones socio-económicas.

A continuación, se presenta un cuadro —resumen de las alternativas existentes.

ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS

ALTERNATIVA	EFECTOS FINANCIEROS		CARGA TRIBUTARIA	AUMENTO DE LOS INGRESOS	EXIGENCIAS ADICIONALES	ENFOQUE ECONOMICO
	Municipio	G. Nacional				
Creación de nuevos tributos	gana	—	aumenta	Depende del esfuerzo propio de la municipalidad	Aumento de las actividades del cálculo, cobro y recaudación	Rentas generadas en el territorio de la municipalidad
Transferencia de la capacidad tributaria	gana	pierde	—			
Adicionales a tributos municipales	gana	—	aumenta			
Adicionales a tributos nacionales	gana	—	aumenta	No depende del esfuerzo propio de la Municipalidad		
Transferencia de la recaudación total de tributos nacionales	gana	pierde	—			
Transferencia de la recaudación parcial de tributos nacionales	aumenta	disminuye	—			
Subsidios Especiales	aumenta	disminuye	—	Depende de los criterios de distribución	Elaboración de planes de aplicación y de comprobación de gastos	Redistribución de rentas

#### 4.—REFORMA DEL SISTEMA FINANCIERO

El campo de las finanzas públicas es mucho más amplio que el campo de la tributación.

En un consenso general, la doctrina establece que las finanzas públicas comprenden cuatro grandes ramas: ingresos, gastos, presupuesto y crédito público. Algunos autores incluyen la contabilidad como una quinta rama, mientras que otros no aceptan esa inclusión.

Una reforma global del sistema financiero municipal, tendría que incluir proposiciones en cuanto a los gastos públicos, a la técnica presupuestaria y a la deuda pública. Sin embargo, este sería un objetivo muy ambicioso y poco realista.

Parece recomendable concentrar los esfuerzos con miras a lograr el fortalecimiento de los ingresos municipales, a través de un sistema adecuado de tributos y subsidios técnicamente diseñados.

El aumento de los recursos financieros permitirá atender a un volumen mayor de gastos y, así, el presupuesto pasará a jugar un papel muy importante en la administración municipal. Se requerirán nuevas técnicas presupuestarias y una mayor agilización en los trámites de elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto, con miras a hacer de ello un instrumento de programación de la acción del gobierno municipal.

Por su turno, el desarrollo de las técnicas presupuestarias conducirá al desarrollo de las técnicas contables, con miras a hacer, de la contabilidad, un instrumento de información y control en cuanto a la situación económica, financiera y patrimonial de las municipalidades.

Así, la reforma de los tributos municipales y el consecuente fortalecimiento financiero de las municipalidades conducirá a una "reacción en cadena" que provocará, a mediano plazo, la necesidad de una revisión completa en cuanto a los procedimientos contables y presupuestarios.

Ese fenómeno es una variación del proceso conocido bajo la denominación de **reforma desequilibrada**: la "presión" generada por el sector "reformado" actúa sobre los demás sectores y acarrea condiciones político-institucionales extremadamente favorables para que se dé continuidad al proceso de reforma en toda su extensión.

## ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE LA TITULACIÓN DE TIERRAS EN COSTA RICA

Por: CARLOS SAENZ P. y FOSTER KNIGHT

### Parte I

#### INTRODUCCION

Prefacio por: OSCAR A. SALAS

Director del Proyecto de Derecho Agrario

#### A. El problema

##### 1. General

Los terrenos baldíos en Costa Rica han servido durante largo tiempo como solución a muchos de sus problemas económicos y sociales. Durante el tiempo en que la población de Costa Rica fue pequeña y, por lo general, confinada a la Meseta o Valle Central, los terrenos baldíos situados más allá de la Meseta fueron usados indistintamente como una fuente para aumentar las recaudaciones del Fisco, para compensar a los ciudadanos por servicios especiales y particularmente, como un medio para resolver los problemas de desempleo y de inquietud social durante los tiempos de tensión en la economía. A los agricultores marginales o sin empleo de la Meseta o Valle Central que se quejaron de no estar recibiendo ninguno de los beneficios de la economía de esa área se les aconsejó solucionar por sí mismos su problema en los terrenos baldíos, denunciando tierras y construyendo sus propias fincas. El crecimiento de la población y una economía estable pero cerrada en el Valle Central empujó a miles de personas a buscar oportunidades en los terrenos baldíos más allá de la Meseta. El resultado ha sido la colonización sin control, sin planear, de casi todo el potencial agrícola en tierras de Costa Rica.

Si bien es verdad que hay un número de fincas comercialmente exitosas en esas áreas circundantes, la mayoría de los agri-

cultores que ocupan esas tierras están en la etapa de la producción marginal o de subsistencia. A diferencia de otros países donde la economía dualista entre los sectores modernos y los de subsistencia y la consecuente distribución desigual de las riquezas consiste en la explotación del trabajador por el sector moderno, la distribución desigual de los recursos entre los agricultores costarricenses surgió primeramente de una falta de acceso a los factores de producción. Un problema central para el desarrollo del sector agrícola en Costa Rica es por tanto la integración de los agricultores de subsistencia y marginados dentro de la economía agrícola proveyéndolos de acceso a los factores de producción.

La economía dualista que existe entre los productores marginados y las modernas empresas de negocios agrícolas implican también "dualismo institucional". Las instituciones que están destinadas a velar por las relaciones humanas y asegurar el logro de sus esperanzas, tiende a servir a los sectores modernos y excluir a los finqueros dedicados a la producción marginal.

El dualismo institucional es particularmente evidente en las normas que rigen los derechos de propiedad sobre las tierras. Por una parte, hay preceptos formales escritos, tales como los incluidos en el Código Civil de 1888, que afirman y protegen el "derecho absoluto" de propiedad dentro de ciertas condiciones. La filosofía que inspira estos preceptos supone que todos los propietarios están integrados dentro del sistema legal institucional, por ejemplo, teniendo títulos sobre sus tierras inscritas en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, hay normas consuetudinarias usadas por incontables propietarios, particularmente en las áreas más allá de la Meseta, que carecen de acceso a las instituciones legales formales. Por ejemplo, no tienen título sobre sus tierras inscrito en el Registro de la Propiedad.

Integrar a los agricultores marginados dentro de la economía agrícola implica una integración dentro de las instituciones legales que hace posible el sector moderno.<sup>(1)</sup>

(1) Se da por sentado, por el momento, que las instituciones legales como el Registro de la Propiedad son funcionales y "desarrolladas" por sí mismas. Esta suposición necesita ser calificada cuidadosamente. El Proyecto de Derecho Agrario está preparando un estudio separado de la Operación del Registro de la Propiedad en Costa Rica que, entre otros puntos, identifica obstáculos en el proceso del registro y trata de aclarar conceptos y normas de Derecho Registral, evitando que se produzcan confusiones que traigan incertidumbre en la naturaleza y alcance de los derechos de propiedad. El sector moderno de la economía, sin embargo, se apoya en algunas instituciones legales como el Registro de la Propiedad.

Se suele afirmar en la literatura jurídica y en la que trata del desarrollo económico que la provisión de títulos de propiedad (con su secuela de seguridad en la tenencia) a los propietarios en el sector de producción marginada promoverá "la integración institucional" y eventualmente, la integración económica. Este es el problema central que será analizado en este estudio: ¿Qué trascendencia tiene en el "desarrollo" el proveer de títulos legalmente válidos a los agricultores marginados? Antes de proceder a discutir los objetivos específicos de este estudio, es apropiado presentar una visión global de la estructura de la tenencia de la tierra en Costa Rica.

## 2. Tenencia de la Tierra:

Los datos oficiales sobre la tenencia de la tierra en Costa Rica proceden de los censos agrícolas de 1963 y están expuestos en las Tablas I y II. Estos datos han sido analizados en varios estudios y el consenso de opinión ha sido que son incompletos y en algunos casos ilusos.<sup>(2)</sup> No obstante, los datos son presentados aquí por no haber otros datos generales sobre la tenencia de la tierra en Costa Rica.

(2) Algunos de los estudios que evalúan estos datos son: *Tenencia y Uso de la Tierra*, Costa Rica, ITCO, Dept. de Planificación Agraria, San José, 1965; Voertman et. al., *Analysis of the Data of the Agricultural Census of 1963*, Associated Colleges of the Midwest Program, 1970; David Clark, *Sharecropping and Renting Arrangements in Costa Rica*, Proyecto de Derecho Agrario, (1971).

**TABLA I**

**Distribución de la tierra de acuerdo al tamaño de la finca**

Tamaño(*)	Número	Area en Manzanas
1 — 5.9	21,089	60,193
6 — 9.9	6,836	50,791
10 — 14.9	6,113	72,353
15 — 19.9	3,429	57,179
20 — 29.9	5,732	135,909
30 — 49.9	7,435	278,636
50 — 99.9	7,240	488,800
100 — 174.9	3,267	408,777
175 — 249.9	1,174	240,828
250 — 499.9	1,291	436,312
500 — 999.9	596	394,260
1000 — 1,499.9	191	225,941
1500 — 3,499.9	169	349,239
3500 —	59	616,132
<b>TOTAL</b>	<b>64,621</b>	<b>3,815,350</b>

(\*) En manzanas.

Fuente: Censo Agropecuario de 1963, Dirección General de Estadística y Censos, San José, 1963.

**TABLA II**

**Formas de tenencia de la tierra según el número de fincas y áreas**

Formas de Tenencia	Número de fincas (porcentaje)	Area (porcentaje)
Explotada por el propietario .....	76.4%	88.6%
Arrendamiento y aparcería .....	2.1%	.5%
Formas mixtas* .....	15.9%	10.3%
Otras formas** .....	5.6%	2.6%

Fuente: Adaptada de et. Voertman AI., Análisis de los Datos del Censo Agrícola de 1963, Associated Colleges of the Midwest Program, 1970.

**a. Extensión de Tierras sin Títulos:**

La Tabla II indica que más o menos tres cuartas partes del número total de fincas son operadas por el propietario. Esta clase de tenencia incluye las fincas propiedad de varios miembros de la familia, sociedades, y otras formas de personas jurídicas. El hecho de que el dueño opere o explote su finca no significa, sin embargo, que sus derechos de propiedad de la tierra estén titulados e inscritos en el Registro de la Propiedad. El censo Agrícola de 1963 no determinó cuántas de las fincas explotadas por los dueños estaban titu-

\* Especialmente poseída por el propietario y a la vez arrendada, en parte o poseída por el propietario y a la vez dada en parte en aparcería.

\*\* Especialmente el "gratuito" en que una persona, generalmente un pariente del propietario, consigue sin costo alguno el uso de la tierra por un período indefinido. Dentro de esta categoría está también incluido los obreros de la finca a quienes el propietario cede el uso de parcela de tierra para cultivarla.



ladas, pero varios cálculos indican que más o menos el 50% de las fincas operadas o explotadas por sus dueños están sin titular.<sup>(3)</sup>

Las investigaciones hechas de campo del Proyecto de Derecho Agrario en áreas seleccionadas de Costa Rica han confirmado estos cálculos. Los resultados de estas investigaciones aparecen en las Tablas III y IV. Basados en estos resultados y en estimaciones informales facilitadas por funcionarios públicos en diferentes áreas rurales, el Proyecto de Derecho Agrario ha estimado que hay aproximadamente 48.000 fincas en Costa Rica que no tienen un título legalmente válido e inscrito en el Registro de la Propiedad. Esto hará ver claro en este punto de que el cálculo de 48.000 fincas sin título se refiere a fincas poseídas por quienes alegan ser sus propietarios, y no a casos de precaristas o sea personas que han invadido u ocupado tierras agrícolas ya tituladas en nombre de terceros. En términos de extensión superficial, el Proyecto de Derecho Agrario ha estimado que esos 48.000 incluidos abarcan entre 800.000 y 1,000.000 de hectáreas de tierras actual o potencialmente agrícolas.

(3) Mario Barrantes F. Martín Chaverri H., *CATASTRO: Recomendaciones Para Un Proyecto de Ley*, Instituto Geográfico, San José, 1961, p. 14. Los autores de este estudio estimaron que el 60% de las fincas en Costa Rica estaban sin titular; también pueden encontrarse sobre el porcentaje y número de fincas sin título en ciertas regiones de Costa Rica en los siguientes estudios: Gregorio Alfaro, *Problemas que Afectan el Desarrollo Agropecuario en Cuatro Cantones de la Península de Nicoya*. Ministerio de Agricultura y Ganadería, San José, pp. 133, 134; Nuhn y colaboradores, *Estudio Geográfico Regional de la Zona Norte de Costa Rica*, ITCO, San José, 1966, p. 233.

**TABLA III**  
**Cálculo del número de fincas sin título en la zona norte de Costa Rica**

Cantón	Agua Total Hectáreas	Est. N° de parcelas <sup>a/</sup> sin título	Area aprox. hectáreas sin titular.	Est. Porc. de fincas sin titular
<i>Península de Nicoya, Guanacaste</i>				
Carrillo.....	60,200	3,100	31,000	60-80%
Santa Cruz.....	146,800	7,700	115,500	60-80%
Nicoya.....	148,200	4,400	57,200	60-80%
TOTALES.....	355,200	15,200	203,700	
<i>Zona Norte de la Provincia de Alajuela</i>				
San Carlos.....	307,400	5,000	165,000	50-60% <sup>b/</sup>
Grecia (Los Chiles, San Rafael de Guatuso).....	434,500	6,300	277,200	50-60% <sup>b/</sup>
TOTALES.....	741,900	11,300	442,200	

- a. La información dada por Tributación Directa se refiere a "parcelas rurales" más que a fincas. Como varias parcelas pueden integrar una sola finca, el número de fincas sin título es menor que las cifras indicadas en este Cuadro.
- b. Esto no incluye tierras las cuales no han sido desarrolladas durante los últimos cinco años. Ha habido una continua colonización en esta región tanto que el número de fincas sin títulos es más alto que las cifras dadas en este Cuadro.

Fuente: Archivos de impuestos, Tributación Directa, San José. Muchas fincas, particularmente las que carecen de título, no han sido declaradas para el propósito de tributar. Estas estimaciones son por lo tanto más bajas que el número verdadero.

**TABLA IV**

**Número y porcentaje de fincas sin título en 5 zonas rurales de Costa Rica**

Zonas <sup>a/</sup>	Número de fincas en <sup>a/</sup> muestra <sup>b/</sup>	Número y porc. de fincas sin título	Número y porc. de fincas parcialmente tituladas.
Zona 1 Pital, San Carlos	45	17 (38%)	7 (15%)
Zona 2 Nicoya, Guanacaste	38	23 (60%)	4 (10%)
Zona 3 Atenas-Guácimo (Meseta Central)	49	1 (2%)	2 (4%)
Zona 4 Valle de Coto Brus	32	29 (91%)	—
Zona 5 Parrita-Quepos (Zona de la Costa Del Pacífico)	31	21 (68%)	2 (6%)

a. Ver parte III, Sección A para una descripción de las 5 zonas objeto de muestreo por el Proyecto de Derecho Agrario.

b. Se usó un procedimiento de muestreo al azar. El porcentaje de fincas tomadas en consideración en cada zona fluctúa entre 15 y 20%.

Fuente: Estudios en el campo del Proyecto de Derecho Agrario, 1969-1970.

**b. Extensión del Problema de los Precaristas:**

A través de este estudio, se traza una distinción entre finqueros que alegan ser propietarios de tierras en las reservas nacionales, quienes no tienen un título legal de sus tierras (ocupantes) y precaristas en tierras tituladas en nombre de terceros (precaristas o parásitos). La base para la distinción descansa en el hecho de que los ocupantes o colonos en tierras de las reservas nacionales no ejercen posesión adversa al dominio legalmente reconocido en favor de otros;<sup>(4)</sup> el precarista posee tierra que legalmente pertenece a terceros. Tanto el ocupante como el precarista son poseedores en precario, operando la tierra que reclaman como propia. Pero la inseguridad de la tenencia del precarista es substancialmente más grande que la del ocupante. Los aspectos legales de esta distinción serán examinados con más detalle en la Parte III, Sección C.

El Proyecto de Derecho Agrario no condujo su propia encuesta del problema de los precaristas. Las cifras anotadas a continuación en la Tabla V fueron compiladas por el ITCO y la Oficina de Planificación, basadas en el Censo Agrícola de 1963.

(4) Por lo tanto, el ocupante ejerce una posición adversa al dominio que tiene el Estado sobre la mayor parte de las tierras que en apariencia son tierras estatales (reservas nacionales). Este derecho de propiedad del Estado no se suele alegar contra el ocupante que desea titular su tierra después de reunir los requerimientos legales del procedimiento de titulación llamado información posesoria.

TABLE V

Precaristas en fincas privadas (incluyendo fincas propiedad del Estado).

	Número de fincas afectadas	Número de precaristas	Area (hect.)
Casos de Precaristas resueltos por el ITCO.....	17	2,563	43,783
Fincas del Estado <sup>a</sup> /.....	12	1,542	12,031
Fincas privadas.....	5	1,021	31,752
Casos de Precaristas sin resolver.....	535	13,937	207,839
Fincas del Estado <sup>a</sup> /.....	86	5,279	91,982
Fincas privadas.....	449	8,658	115,857
TOTALES.....	552	16,500	251,622

Nota: Ha sido estimado por el ITCO que el problema de los precaristas afecta aproximadamente a cien mil personas basado en la suposición de que cada precarista tiene un promedio de cinco miembros de su familia a su cargo.

a. Las fincas propiedad del Estado o Instituciones Autónomas. Muchas de esas fincas solían ser explotadas por compañías bananeras bajo concesión y fueron más tarde devueltas al Estado.

Fuente: Adoptadas de PREVISIONES DEL DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL (1969-1972), Oficina de Planificación, Tomo I, San José, marzo, 1970, p. 125. Estas cifras fueron originalmente tomadas del Censo Agrícola de 1963.

Parte II

LAS LEYES SOBRE TIERRAS Y LA SEGURIDAD DE SU TENENCIA

A. Ley de cabezas de familia: Política legislativa sobre las tierras estatales.

1. La Política Legislativa Durante el Siglo XIX

Durante el siglo XIX fueron dictadas numerosas leyes permitiendo al Gobierno y a las Municipalidades vender y conceder tierras para aumentar los ingresos del Gobierno y estimular la colonización y el desarrollo del café, cacao, algodón y añil (índigo).<sup>(1)</sup> La política de vender o donar tierras de dominio estatal (baldíos) para la colonización o desarrollo de la tierra fue orientada hacia el desarrollo de la Meseta Central y no de las tierras costeras puesto que la población del país era todavía pequeña y el producto de mayor exportación después de 1835, el café, se daba mejor en las tierras altas. Cierta número de leyes fueron aprobadas, sin embargo, que otorgaron concesiones de tierras baldías especialmente las tierras sin desarrollo más allá de la Meseta Central, para compensar a los ciudadanos por servicios especiales.<sup>(2)</sup>

En 1885, fue dictado el Código Fiscal conteniendo la primera legislación importante sobre tierras de dominio estatal (baldíos). El Código Fiscal permitió a quienes no tienen título legal sobre la tierra que poseían, obtener su dominio (siempre que no

(1) Sandner, *La Colonización Agrícola de Costa Rica*; (Vol. I, p. 154, Instituto Geográfico, San José (de aquí en adelante citado Sandner) menciona una ley de 1840 dando a cada cabeza de familia derecho de denunciar 18 hectáreas en las tierras de dominio estatal si el denunciante se unía a otros para formar un caserío.

(2) Las concesiones de tierra fueron hechas como compensación por el descubrimiento de nuevas rutas sobre las montañas y construcción de caminos a los puertos del Atlántico y del Pacífico, como compensación por servicios militares destacados, o por favores políticos, o como pago de pensiones, y algunas veces en pago de sueldos a los empleados del gobierno.

excediera de 50 hectáreas) simplemente declarando ante un Juzgado que habían cultivado esa parcela. El Juzgado ordenaba entonces la publicación de un edicto en el diario oficial *La Gaceta*. Si después de 30 días ningún tercero se había opuesto al denuncia el Juzgado ordenaba inscribir el denuncia en el Registro de la Propiedad como un derecho de propiedad plena.<sup>(3)</sup>

Bajo esta ley, empezaron a tener lugar grandes movimientos de colonización espontánea más allá del Valle Central especialmente en la parte noroeste del país, Guanacaste y la Península de Nicoya.

## 2. Legislación después de 1900

Siguiendo la política general de Código Fiscal de 1885, de conceder a los ciudadanos derecho sobre las tierras de dominio estatal (baldíos), la primera Ley de Cabezas de Familia fue promulgada en 1909, detallando procedimientos por medio de los cuales cada jefe de familia podía denunciar y más tarde titular hasta 50 hectáreas de tierras del dominio estatal.<sup>(4)</sup> Antes de seleccionar una parcela sin cultivar del dominio estatal se exigía que el denunciante presentara una petición por escrito al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en San José señalando el tamaño y localización de la parcela, acompañado por una certificación expedida por un agente de policía o dos propietarios cercanos, señalando que el denunciante era elegible (es decir, era un ciudadano que necesitaba tierra para sostener a su familia). Una descripción de la tierra, objeto del denuncia provisionalmente admitida por la Corte, era luego publicada tres veces en el periódico oficial, y si ningún tercero reclamaba la tierra dentro de los quince días a partir de la publicación, el denunciante era autorizado para entrar en posesión.

Si el denunciante ya había asumido posesión de la tierra y había cultivado por lo menos una quinta parte del área denunciada, podía titular su tierra después de transcurridos tres años desde que su posesión había sido legalizada por un procedimiento de denuncia

(3) Véase Código Fiscal de 1885, Arts. 512, 522 y la legislación complementaria (Ley de 29 del junio de 1892).

(4) Ley de Cabezas de Familia, N° 3, del 16 de noviembre de 1909.

como el descrito anteriormente. Si la tierra denunciada era selva virgen antes de haber sido aprobada su petición por la Corte, el denunciante debía tener cinco años de posesión más una quinta parte de tierra cultivada, y estar viviendo en la tierra con su familia los últimos dos años. Para titular su tierra, el demandante debería hacer otra petición al Juzgado alegando que había cumplido con las condiciones requeridas y comprobándolas con tres vecinos que fueran propietarios. El Juzgado podía luego ordenar la inscripción del título en el Registro de la Propiedad.

La segunda Ley de Cabezas de Familia fue aprobada en 1924 permitiendo a los ciudadanos denunciar tierras del dominio estatal (baldíos) hasta 50 hectáreas esencialmente bajo las mismas condiciones que la ley de 1909.<sup>(5)</sup> No le era permitido al denunciante explotar los recursos forestales de su tierra aparte de las que necesitara para la construcción de su casa y cercas. Una vez que la Corte le autorizaba para tomar posesión, el demandante debía de cultivar por lo menos el 50% de su parcela, construir una casa y trasladar a su familia a la propiedad. Después de 5 años de posesión, le era permitido al propietario titular el doble del área que estuviera cultivado o en pastos hasta un máximo de 50 hectáreas. Durante los 5 años de espera no tenía el derecho de titular la tierra ni la propiedad de todas las mejoras. Antes de obtener título sobre la tierra el demandante no podía vender o gravar ninguno de sus derechos sobre la tierra, cualquier tipo de venta o gravamen era considerado nulo por la ley y producía la extinción de sus derechos a titular la tierra.

En 1934 otra Ley de Cabezas de Familia fue emitida, esta vez permitiendo a cada ciudadano denunciar y titular simultáneamente alrededor de 20 hectáreas de tierra en el dominio estatal (baldíos).<sup>(6)</sup> Se exigía al demandante presentar pruebas de que era un adulto (20 años o más), que no poseía tierras que, agregadas a su denuncia, excedieran de 20 hectáreas, (lo que se probaba por medio de certificación del Registro de la Propiedad a ese efecto), y prueba de que él no había hecho uso de los derechos concedidos por la Ley de Cabezas de Familia de 1924 para denunciar tierras. El denunciante debía presentar la petición requerida y los docu-

(5) Ley de Cabezas de Familia, N° 137 del 2 de octubre de 1924.

(6) Ley de Cabezas de Familia, N° 29 del 3 de diciembre de 1934.

mentos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de San José, el cual ordenaba publicar la petición en el diario oficial después de una aprobación preliminar. Si ningún tercero reclamaba la tierra dentro de los 30 días, el Juzgado daba traslado de la petición a la Secretaría de Fomento con el propósito de medir la parcela reclamada e inspeccionar la tierra para asegurarse de que los requisitos legales habían sido cumplidos. Una vez medida, la Secretaría de Fomento adjudicaba la tierra al demandante y ordenaba que se inscribiera ese título en el Registro de la Propiedad. Los planos eran registrados en la Oficina de Catastro y se presumió *iuris et de jure* su veracidad en el caso de futuras disputas de linderos.<sup>(7)</sup>

La Ley de Cabezas de Familia de 1934 introdujo nuevas reglas con relación a denuncios y posesión de tierras de dominio estatal (baldíos) que merecen ser expuestas.

A diferencia de las anteriores leyes de Cabeza de Familia, la ley de 1934 no requería un período mínimo de posesión de la tierra (ejemplo 5 años según las leyes anteriores o 10 años según el Código Civil de 1888) con el fin de que el demandante obtuviera su título, pues el título pleno a la tierra no se obtenía sino hasta después que el procedimiento había terminado. Sin embargo, el título era expedido sin perjuicios de los derechos de terceros que pudieran haber titulado la misma bajo leyes o concesiones anteriores. La ley de 1934 no especificada el período de tiempo durante el cual los títulos del denunciante estaban sujetos a una reclamación de terceros que alegaran tener título; lo más probable es que la norma del Código Civil, estableciendo la prescripción extintiva de 10 años, regía. Así que los concesionantes de títulos no estaban completamente a salvo de los ataques de terceros con títulos mejores (títulos anteriores) sino hasta después de un período de 10 años contados a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La ley de 1934 reflejó una creciente preocupación sobre los problemas de precaristas. Si en algún momento aparecía que el peticionario estaba denunciando tierras ya tituladas a nombre de terceros, el demandante podía ser expulsado y perder todos sus

(7) Ley de Cabezas de Familia de 1934, Art. 9: "... cuando se dispute algún lindero, no cabrá más discusión sobre los puntos de tales planos fijen, los cuales tendrán fuerza probatoria incontestable".

derechos en la tierra incluyendo el valor de sus mejoras. Se exceptuaba el caso de que el peticionario reclamara tierra ya titulada debido a un error en el trazo de los linderos, en cuyo caso tenía derecho a compensación por las mejoras transferidas al dueño legal. Para controlar las extensas colonizaciones espontáneas que habían surgido bajo las anteriores leyes de cabeza de familia, y que contribuían en parte al problema del precarismo (mucho de la tierra que tenía la apariencia de ser tierra estatal o baldío estaba ya titulada y con un propietario privado), la ley de 1934 prohibía nuevas posesiones de tierra de dominio estatal aparte de las obtenidas por los procedimientos establecidos en la ley.

Para evitar la especulación y la adquisición de tierras de dominio estatal por compañías extranjeras (particularmente las compañías bananeras), la ley restringía el derecho de transferir la tierra contenida y titulada bajo sus disposiciones, requiriéndose que las transferencias fueran aprobadas por la Secretaría de Fomento para que pudieran ser válidas. Las tierras transferidas sin la aprobación legal revertían al Estado.

La última legislación de este tipo fue la Ley General de Terrenos Baldíos promulgada en 1939.<sup>(8)</sup> La ley definía como baldíos (lo que hasta aquí y después hemos llamado tierras de dominio estatal) todas las tierras que no fueran propiedad de particulares que pudieran probar su dominio por medio de un título inscrito en el Registro de la Propiedad. Las tierras de baldíos podían ser adquiridas por particulares por medio del procedimiento de denuncia o al amparo de la doctrina de prescripción adquisitiva<sup>(9)</sup> del Código Civil, y también podrían ser tomada del Estado en arrendamiento. Aparte de la adquisición bajo el procedimiento de denuncia del terreno o por medio de la prescripción positiva (o adquisitiva) sobre tierras poseídas antes de que fuera promulgada la ley, todos los actos subsiguientes de toma de posesión de tierras baldías fueron proscritos. Todas las leyes de Cabezas de Familia y similares que afectaran el dominio estatal (baldíos) fueron derogadas. El derecho de todo ciudadano costarricense a obtener tierras baldías fue aumentado a 30 hectáreas pero el peticionario no podía titular su tierra hasta que la tuviera cultivada por 5 años (3 años

(8) Ley General de Terrenos Baldíos, N° 13 del 10 de enero de 1939.

(9) Véase Sección C. 2 para una discusión de esta doctrina.

si el demandante estaba ya en posesión y viviendo en la tierra con su familia). El procedimiento para obtener tierras establecido por la ley de Terrenos Baldíos fue similar a el procedimiento de las leyes de 1909 y 1924. Los títulos fueron emitidos por el Juzgado Civil de Hacienda con restricciones para ser transferidas durante un período de 10 años correspondientes a los 10 años durante los cuales el Código Civil permitía a terceros de mejor derecho, demandar su propiedad.

Cierto número de leyes complementarias promulgadas durante este período agregaron o sustrajeron áreas de dominio estatal a estas formas de adquisición por particulares. En 1935 fue pasada una ley permitiendo denuncias (no más de 20 hectáreas) sobre las tierras de la zona Atlántica que la United Fruit Company devolvió al gobierno al expirar la concesión para explotarlas en el cultivo del banano.<sup>(10)</sup> En 1942 y 1943 fueron promulgadas leyes que permitieron denuncias de hasta 20 hectáreas sobre una franja hasta de 2.000 metros a lo largo de ambas costas, excepto 200 metros inmediatos al mar.<sup>(11)</sup>

### 3. Sumario y Evaluación

Durante la segunda mitad del siglo XIX cuando la mayor parte de la pequeña población de Costa Rica estaba concentrada en la Meseta Central y cuando la población de café estaba en auge, la demanda para labores agrícolas era muy alta. Aunque algunos pequeños finqueros fueron desplazados en el proceso de consolidación de las tierras productoras de café por más eficientes y adinerados productores de café, los salarios relativamente altos pagados por trabajos agrícolas frenaron los esfuerzos de colonización interna, especialmente en las tierras que se encontraban más allá de la Meseta Central. Después de 1900, sin embargo, la producción de café de Costa Rica empezó a estabilizarse y el país empezó a sufrir una serie de pequeñas depresiones económicas ya que el precio del café fluctuaba en el mundo. Como la población creció, los salarios agrícolas fueron decayendo, hasta el punto de que, durante algunos años, los trabajadores estaban ganando un fracción de los

(10) Ley Nº 225 del 12 de diciembre de 1935.

(11) Ley Nº 19 del 12 de noviembre de 1942; Ley Nº 201 del 26 de agosto de 1943.

salarios pagados en los últimos años del siglo XIX. Bajo estas circunstancias creció el desempleo y se multiplicaron los problemas sociales. La medida principal que tomó el gobierno cuando aumentó el desempleo fue abrir las tierras de dominio estatal (baldíos) y promover la colonización de nuevas regiones dando la propiedad de parcelas a quienes las ocuparan y trabajaran. No se prestó ayuda gubernamental y lo que era de particular importancia no se hizo ningún esfuerzo para medir e inventariar las tierras baldías o guardar un registro de las tierras concedidas. Las leyes de Cabezas de Familia y baldíos fueron generalmente escritas para dar a cada ciudadano el derecho de denunciar tierras estatales; no se exigía a los colonizadores pago alguno para obtener su propiedad.

Las leyes de Cabezas de Familia proveían un medio o manera para la legalización de denuncias y, eventualmente, para adquirir propiedad sobre la tierra. Pero la mayoría de los colonizadores, sin embargo, nunca se molestó en presentar las peticiones que estas leyes autorizaban. Aún aquellos colonizadores que dieron los pasos iniciales para denunciar la tierra generalmente no se molestaban en completar el procedimiento y obtener título de su propiedad. En las áreas remotas donde nuevas fincas se estaban segregando de los bosques, tenía poca importancia el hecho de que el colonizador no tuviera título inscrito en el Registro Público. Lo que importaba era la posesión y el cultivo de la tierra. Según Sandner estas leyes fueron primordialmente responsables de que comenzaran a confundirse los derechos de la propiedad y los derechos de posesión o disfrute sobre la tierra. La política detrás de estas leyes parecía ser: la tierra de los baldíos nacionales pertenece a aquellos que la cultivan.<sup>(12)</sup>

Dos consecuencias importantes han resultado de esta política legislativa expresada en las leyes de Cabezas de Familia. Primero, la colonización dispersa y desorganizada de las tierras baldías es un hecho incontestable, los esfuerzos legislativos para mantener el control sobre cuáles áreas debían ser colonizadas o para conservar las reservas forestales de las tierras estatales han fracasado. Segundo, ambas, la política general y las normas específicas sobre solicitudes o "denuncias" y más tarde titulación de

(12) Sandner, Vol. 1, p. 154.

la tierra, había tendido a hacer desaparecer la distinción que el Código Civil tradicional establecía entre los derechos posesorios y de propiedad. La vasta mayoría de los colonizadores consideraron y todavía lo hacen, que el derecho de denunciar tierras de dominio estatal (baldíos) equivale a un derecho de propiedad pleno, al menos de las porciones en las que se han hecho algunas mejoras. Y el derecho de denunciar baldíos ha sido concebido como un derecho general que el colonizador tiene aún cuando no hubiera formalizado su denuncia ante las autoridades.<sup>(13)</sup> El pleno dominio sobre la tierra, que solo se asegura de una manera efectiva obteniendo un título inscribible en el Registro de la Propiedad, no había sido usado por la mayoría de los colonizadores, en parte por las inconveniencias de tener que viajar a San José para presentar peticiones complicadas, en parte porque los colonizadores no estaban informados de las normas de titulación, pero fundamentalmente porque el derecho de poder denunciar o reclamar esos baldíos fue suficiente seguridad para la mayoría de los colonizadores.

El tener un título sobre la tierra inscrito en el Registro de la Propiedad, tenía poco valor práctico para los colonizadores quienes habían ocupado su tierra en las regiones subdesarrolladas más allá de la Meseta Central. Hasta la década de 1930, la posibilidad de obtener crédito agrícola por medio de hipoteca sobre la propiedad inmueble estaba disponible solamente para los finqueros cultivadores de café en la Meseta así que el valor de un título para propósitos de hipoteca era muy escaso en las áreas lejanas. Sin embargo, cuando se construyeron caminos dentro de áreas como Guanacaste y San Carlos, el valor de la tierra empezó a subir, trayendo nuevas olas de colonizadores. Después de 1936, el crédito hipotecario para comprar tierras agrícolas y hacer mejoras llegó a ser más accesible a los finqueros pequeños y medianos, pero era indispensable tener título sobre la tierra para obtener el crédito.<sup>(14)</sup> El valor para los colonizadores rurales, de tener título sobre la tierra inscrito en el Registro de la Propiedad llegó a ser

(13) La investigación histórica mostraría, por ejemplo, que un número relativamente bajo de denuncias fueron procesadas bajo las varias leyes de Cabezas de Familia. Ambas, las Leyes de Cabeza de Familia de 1909 y 1924 no son ni siquiera mencionadas en la literatura existente sobre colonización agrícola.

(14) El Banco Nacional de Costa Rica fue establecido en 1936. El Banco Nacional tiene un departamento de hipotecas y una sección para préstamos Agrícolas e Industriales. Los préstamos a los pequeños finqueros fueron especialmente alentados. Véase Arts. 169 y 170, Ley del Banco Nacional de Costa Rica, N° 16, de 5 de noviembre de 1936.

muy importante, tanto para obtener crédito hipotecario como para asegurar sus derechos sobre la tierra ante la llegada de nuevos colonizadores. En la sección siguiente, examinaremos los esfuerzos legislativos para proveer de títulos sobre sus tierras a los finqueros.

## B. Legislación Sobre la Titulación de Tierras

Desde 1941, con la primera ley general de Informaciones Posesorias, la política legislativa empezó a reconocer el hecho de que muy pocos de los colonizadores rurales habían aprovechado el procedimiento de titulación del Código Fiscal de 1885, y de las leyes de Cabezas de Familia y Baldíos, y que la vasta mayoría de los colonizadores, y muchos en la Meseta Central, no tenían título sobre sus tierras. Además llegó a ser evidente que las reglas que prohibían a los colonizadores vender sus derechos de posesión estaban siendo completamente inaplicadas y que aumentaba la especulación y consecuentemente las grandes concentraciones de tierra bajo un solo dueño. Era necesario ofrecer nuevos medios que facilitaran la titulación de tierras pero poniendo un límite sobre la cantidad que cada individuo podía titular.

### 1. El Procedimiento de Titulación de la Información Posesoria

La Información Posesoria es un procedimiento judicial o administrativo por medio del cual un propietario que no tiene titulada su tierra puede pedir a un Juzgado o Tribunal o a una agencia administrativa que le expida un título legal. El procedimiento judicial está regido por las reglas de jurisdicción voluntaria porque en los casos normales, el peticionario está simplemente buscando un reconocimiento legal de algo que ya posee. Si durante el procedimiento alguien discute el derecho del peticionario el Juzgado o Tribunal detiene el procedimiento y las partes en controversia deben dilucidar el asunto en un juicio ordinario declarativo para determinar quién tiene mejor derecho sobre la tierra.

## 2. Ley de Informaciones Posesorias de 1941

En 1941, todas las leyes de titulación anteriores fueron convalidadas en un solo procedimiento.<sup>(15)</sup> La ley, que está todavía vigente, establece un procedimiento exclusivamente judicial para la titulación de tierras. La ley se basa en la presunción de que la tierra cuya titulación se solicita es propiedad del promovente, es decir, no pertenece al dominio estatal. El procedimiento de titulación no es un medio para transferir propiedades como en el caso de las leyes de Cabezas de Familia y Baldíos sino un medio para suplir al propietario con un título o darle un reconocimiento legal al actual propietario.

Los títulos expedidos según la Ley de Informaciones Posesorias de 1941 eran provisionales por un período de 10 años siguientes al momento de inscribirlo en el Registro de la Propiedad (ley reducido a 3 años).<sup>(15a)</sup> El período de espera de 10 años correspondían a los 10 años requeridos por el Código Civil para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva y, lo que equivale a lo mismo, extintiva de 10 años para ejecutar una acción reivindicatoria.

De todas las leyes de titulación, la Ley de Informaciones Posesorias de 1941 es la que sigue más de cerca las normas del Código Civil sobre posesión, adquisición del dominio por prescripción adquisitiva y sobre propiedad de tierras. Para adquirir un título bajo esta ley, el titulante deberá tener un período de 10 años de posesión, buena fe, y justo título, tal como una carta-venta.

Los períodos de posesión de propietarios anteriores, pueden ser añadidos o adicionados al período de posesión del titulante (o solicitante del título), para así completar el período requerido de 10 años, y si el solicitante por sí mismo ha mantenido posesión por 10 años se le considera como propietario por prescripción adquisitiva, por lo tanto no necesita presentar un justo título.<sup>(16)</sup>

(15) Ley N° 139 del 14 de julio de 1941. Hasta 1939, el procedimiento de titulación estaba contenido en el Código de Procedimientos Civiles. En 1939 fueron promulgadas unas leyes, ley de Información Posesoría y la Ley General de Terrenos Baldíos, presumiblemente para coordinar aquella con las disposiciones de esta última ley referentes a las tierras de dominio estatal. La Ley de Informaciones Posesorias de 1939 fue reformada y llegó a ser la base de la ley de 1941.

(15a) Por ley N° 3336 del 31 de julio de 1964.

(16) Tribunal Superior Civil, Res. N° 825, 14 hrs., 2 de diciembre, 1968.

El límite de tierra que puede ser titulada bajo esta ley es de 100 hectáreas a 300 hectáreas, esta última cifra en caso de tierras de pasto cuando la posesión comenzó después del 6 de enero de 1939.

A la par de los requerimientos sustantivos mencionados arriba, hay unos ciertos requerimientos y procedimientos formales en el proceso de titulación. El promovente debe presentar una copia de un plano topográfico de su parcela, mostrando que el original ha sido registrado en la Oficina de Catastro y que la tierra ha sido declarada para el pago del impuesto. También debe presentar una certificación del Registro de la Propiedad mostrando la cantidad de tierra que ha titulado (si tiene alguna) en Informaciones Posesorias previas. Este último documento tiene por fin impedir que el titulante exceda el límite legal de tierras que puede titular.

Desde un punto formal, el titulante debe primero presentar una petición para titular en un Juzgado Civil, alegando ser propietario de la tierra que va a ser titulada y una descripción completa de la misma (situación, medidas, nombres, colindantes, superficie de cultivos; de pasto y de montaña, número de cabezas de ganado, valor de la tierra, etc.). Tan pronto como la petición ha sido presentada y otros documentos necesarios (tales como el plano catastral) hayan sido presentados, la Corte ordena que se publique la solicitud de titulación tres veces en La Gaceta. Además de esta notificación o equivalente de ella el Juzgado ordena que se notifique personalmente a todos los propietarios colindantes (y condueños si los hay), al Procurador Agrario y al ITCO. Después que la notificación legal del juicio del procedimiento ha sido publicado, las partes interesadas tienen 30 días para oponerse a la solicitud de título.

Si no ha habido oposición a la solicitud de título dentro del período señalado en la ley y después de darse 10 días al ITCO y al Procurador Agrario para revisarla, la Corte podrá aprobar la solicitud de título y ordenar al Registro de la Propiedad inscribir la parcela a nombre del peticionario. Los títulos expedidos en virtud de esta ley no están sujetos a otras restricciones que de ser inscritos sin perjuicio de terceros. Esto significa que el título puede ser atacado por terceros que puedan probar un mejor título a la tierra. Quien compre de buena fe de quien obtuvo título de esta



clase está sujeto a la misma limitación porque ésta se hace constar en el Registro de la Propiedad al inscribirse el título. Diez años después de inscrito el título, sin embargo, el titular o cualquier otra persona que haya adquirido de él queda protegido contra tales ataques ya que puede alegar que ha adquirido la propiedad por la posesión continua y de buena fe o prescripción adquisitiva. Por otra parte los derechos de terceros sobre la tierra se extinguen después de 10 años por la prescripción negativa (o extintiva).

Debe hacerse notar que la titulación de los colonizadores bajo la Ley de Informaciones Posesorias necesitaba dos diferentes períodos de 10 años para perfeccionar su propiedad. El primer período de 10 años (contando el tiempo de su predecesor) era requerido con el fin de calificar para el proceso de titulación. El segundo período de 10 años, (ahora reducido a tres)<sup>(15a)</sup> era necesario con el fin de perfeccionar el título otra vez contra las demandas de terceros. Si el demandante es el poseedor original de la tierra, esto significaba que un mínimo de 20 años debía pasar antes de que él pueda asegurar un título libre. Hoy se requiere tan solo un total de 13 años.

### 3. Ley de Informaciones Posesorias Administrativas de 1967

Esta ley fue promulgada para permitir a los pequeños y medianos agricultores titular hasta 50 hectáreas de tierra a través de un procedimiento relativamente informal ante el ITCO. Las peticiones debían mostrar que el titular o los propietarios previos habían tenido posesión por lo menos de 10 años, y que por lo menos  $\frac{2}{3}$  de la tierra estaba en cultivo o pastizal. A diferencia del procedimiento judicial, no se requería que el solicitante presentara una carta venta u otra clase de justo título evidenciando su buena fe al alegar su propiedad. Con respecto a esto, el procedimiento del título administrativo prácticamente eliminaba los requerimientos del Código Civil de que el demandante mostraba su buena fe a través del "justo título".

La razón por la cual no se requería título fue que muchos de los pequeños agricultores sin título eran los ocupantes originales y por lo tanto no tenían documentos como carta ventas para probar sus alegaciones. Para probar su propiedad, el solicitante debía

obtener por escrito el testimonio de 3 testigos autenticado por notario. Si la tierra era mayor de 30 hectáreas, un representante del ITCO debería hacer una inspección de la tierra para ver si se habían cumplido los requerimientos legales. En otros aspectos, el procedimiento administrativo de titulación del ITCO era similar al procedimiento judicial. Se requerían los siguientes: Un plano catastrado, un título justo, una certificación del Registro de la Propiedad mostrando todas las tierras pertenecientes al solicitante, y una certificación de la Oficina de Tributación Directa mostrando que la tierra (objeto de la información) había sido declarada y que los impuestos habían sido pagados. Terceros fueron permitidos 30 días, después de que la notificación fue publicada, en los cuales podrían disputar el procedimiento. Si no había contestación, el ITCO podría ordenar registrar el título en el Registro de la Propiedad.

Los títulos expedidos por el ITCO en cumplimiento de esta ley eran también provisionales pero solamente por 3 años (mucho menos que con el procedimiento judicial de 10 años) después de inscritos en el Registro de la Propiedad. Durante este período los terceros que tengan mejor derecho sobre la tierra pueden atacar la validez del título. Pero los títulos expedidos por el ITCO no pueden ser transferidos ni hipotecados a favor de acreedor alguno con la sola excepción de las instituciones del Estado, ni arrendados o, en otra forma gravados sin la autorización del ITCO durante un período de 10 años siguientes a la fecha de inscripción. Durante el mismo período de 10 años, el título del solicitante sobre la tierra y sus mejoras estaba también exentas de embargo, excepto para las instituciones del Estado. El propósito de la limitación de los traspasos durante 10 años fue prevenir que las tierras recién tituladas cayeran en manos de los especuladores o de grandes terratenientes.

La Ley de Informaciones Posesorias Administrativas de 1967 fue derogada en 1970 y sustituida por un procedimiento semejante.

NOTA: Esta sección trata de la ley de 1967 *ahora derogada* la sección, en su versión español, sufre de una mezcla en el tiempo del verbo, debemos escoger o el presente o el pasado pero no los dos al mismo tiempo.

(17) Esta fue la fecha de la promulgación de la Ley de Informaciones Posesorias de 1939.

#### 4. Ley de Informaciones Posesorias de 1970<sup>(18)</sup>

Bajo la nueva ley de titulación no hay límite en la cantidad de tierra que puede ser titulada, excepto si el área es mayor de 100 hectáreas, en cual caso el solicitante debe probar mediante un documento público que la compró o la heredó. Así pues, el colonizador inicial de tierras estatales que no tenga documentos que respalden su solicitud, puede todavía titular hasta 100 hectáreas.

En otros aspectos el procedimiento para titular tierras bajo la nueva ley sigue de cerca las leyes de titulación de 1941 y 1967. El solicitante (o su predecesor en la posesión de la tierra) debe haber poseído la tierra en concepto de dueño propietario por lo menos 10 años. No se requiere justo título tal como una carta-venta, sino cuando el área para ser titulada exceda de 100 hectáreas, pero si el solicitante no puede probar el justo título, podrá usar como prueba de su propiedad un testimonio escrito de sus vecinos terratenientes. Si el área para ser titulada excede de 30 hectáreas, un representante del ITCO inspecciona la tierra para determinar la extensión del cultivo y del pastizal.

Los títulos otorgados por el ITCO bajo este procedimiento administrativo son provisionales durante 3 años después de haber sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Durante este período, los terceros de mejor derecho sobre la tierra pueden atacar la validez del título provisional. Los títulos están también sujetos durante un período de 3 años a la limitación de que el titulado no pueda vender, arrendar, hipotecar (excepto a favor de una institución del Estado) o gravar su tierra sin permiso del ITCO. Para hipotecar la tierra recién titulada en garantía de un crédito agrícola, el titulado debe esperar que transcurra un año después de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. No parece que sea beneficioso desde ningún punto de vista obligar al titulado a que espere un año antes de poder usar su título para obtener un crédito.

La nueva ley debía haber permitido a los titulares el hipotecar sus tierras para obtener crédito agrícola inmediatamente después de que los títulos son registrados, y brindar así protección a

(18) Ley N° 4545 de 20 de marzo de 1970.

la institución.<sup>(19)</sup> Excepto para préstamos de las instituciones del Estado, la nueva ley exime la tierra titulada y sus mejoras de todo embargo durante los 3 años siguientes a su inscripción.

Uno de los propósitos principales de la nueva ley de titulación fue consolidar y simplificar las leyes de 1941 y 1967. En el último minuto, sin embargo fue introducida y aprobada una reforma a la nueva ley, permitiendo a los solicitantes escoger entre la Ley de Informaciones Posesorias de 1941 o el nuevo procedimiento de titulación. La razón para permitir a los solicitantes de título escoger entre el procedimiento judicial y el administrativo para la titulación se debe a objeciones presentadas por algunos legisladores a las restricciones de tres años impuestos sobre los títulos emitidos en el procedimiento administrativo del ITCO; mientras que la Ley de Titulación de 1941 no establece ninguna restricción semejante.

La Ley de Titulación de 1970 permite, pues, dos procedimientos de titulación: el de la ley de 1941 que contiene los requerimientos del Código Civil tradicional de buena fe de parte de los propietarios, título justo, y 10 años de posesión, y el procedimiento administrativo del ITCO que requiere 10 años de posesión y justo título solamente cuando el área excede de 100 hectáreas. Una diferencia importante entre los dos procedimientos era el período de tiempo requerido para perfeccionar el título siguiente a su registro: 10 años bajo la ley de 1941 y 3 años bajo la nueva ley de 1970. Esta diferencia ha desaparecido al ser modificada aquella por la ley N° 3336 de 31 de julio de 1964.

#### 5. Cómo han Operado en la Práctica las Leyes de Titulación

##### a.—La Ley de Informaciones Posesorias de 1941: Costo y Duración del Procedimiento

La titulación bajo la ley de 1941 depende enteramente de una iniciativa individual del solicitante, que deberá obtener los

(19) Tal como la ley está ahora redactada, las instituciones que conceden préstamos están protegidos, si algún tercero reclama con éxito la propiedad de esas tierras durante el período de 3 años siguientes a la titulación. El tercero reclamante tendrá que asumir las obligaciones hipotecarias contraídas en favor de instituciones del Estado antes de tomar posesión. La misma protección puede ser instituida si el crédito hipotecario está inmediatamente disponible después de que el título está registrado.

servicios de un abogado para iniciar su caso. Además de pagar honorarios, el titulante deberá pagar por la medición de la tierra y por una inspección del Juez.

En los lugares donde los servicios legales y para la confección de planos catastrales están realmente disponibles, las grandes fincas pueden ser tituladas a un costo de ₡ 60.00 a ₡ 100.00 por hectárea, pero fincas pequeñas, localizadas a una gran distancia de los servicios legales y de agrimensura, pagan hasta ₡ 150.00 por hectárea. Para ilustrarlo, una finca de 40 hectáreas localizada en la Costa del Pacífico al pie de las cordilleras y con el más próximo centro de población a 10 kilómetros de distancia fue titulada en 1970 por un costo total de ₡ 3.000.00 como sigue:

Honorarios del Abogado	₡ 1.200.00
Diversos honorarios de Registro y Notariales	1.250.00
Catastro	800.00
Inspección de la Corte	150.00
Costos Misceláneos	200.00
TOTAL:	₡ 3.600.00
Costo por hectárea:	₡ 90.00

El costo total de la titulación representa 1/16th del valor de la tierra, estimado en ₡ 60.000.00 en el momento de la titulación. De particular importancia, sin embargo, es el factor de que el costo de la titulación debe ser pagado por adelantado por el agricultor. Esto ha impedido a muchos finqueros titular su tierra.

los requerimientos formales y procesales de la ley son tales que, bajo condiciones ideales, la titulación puede ser completada dentro de los 3 o 4 meses después de haber sido presentada la solicitud. En la práctica, el procedimiento de la titulación toma mucho más tiempo. El Proyecto de Derecho Agrario llevó a cabo estudios encontrando que la duración promedio de una información posesoria era de cerca de 4 años. Muchos procedimientos de titulación están todavía pendientes después de que han pasado 10 años de que se presentó la petición.<sup>(20)</sup> Una gran parte del dilema

(20) El Juez del Juzgado Quinto Civil, en San José reportó que cerca de 200 casos de titulación que fueron iniciados durante 1950, están todavía pendientes en su Juzgado. Entrevista con el Juez Edgar Cervantes, febrero de 1970.

es causado por la indiferencia, inadvertencia o a la completa falta de honestidad de los abogados que toman estos casos en sus manos. Los finqueros son generalmente defraudados por el dinero para gastos de titulación que dan adelantado a sus abogados.<sup>(21)</sup> Apparently el Colegio de Abogados no supervisó las actividades de los abogados en los procedimientos de información posesoria.<sup>(22)</sup>

#### b.—Evasión de la Ley y Nulidades:

En la práctica hay mucha evasión de los requerimientos legales de la ley de titulación de 1941, particularmente en cuanto a los requerimientos de posesión y el justo título. A no ser que el demandante tenga una carta-venta notarizada, es generalmente aconsejado por el abogado que alegue una posesión efectiva de 10 años aun cuando no haya poseído por tantos años. Es fácil para el titulante de obtener 4 testigos amigos quienes atestiguarán que ha poseído por un "largo" período. El faltar a la verdad respecto del tiempo de duración de la posesión es particularmente importante en el caso de colonizadores que son poseedores originales (ejemplo: colonizadores que han limpiado las selvas vírgenes) porque la Ley de Tierras y Colonización de 1961 declara ilegales las futuras ocupaciones de tierras del dominio público. Los colonizadores originales tienen por tanto que alegar que sus posesiones empezaron antes de 1961.

Las limitaciones en la cantidad de tierra que puede ser titulada bajo la ley de 1941 son también fácilmente evadibles. La ley permite a un propietario titular hasta 300 hectáreas bajo las si-

(21) El Proyecto de Derecho Agrario en sus estudios encontró 4 casos en un muestreo de pequeños y medianos agricultores. Algunos otros casos fueron reportados. Uno de ellos era el de un pequeño agricultor quien primero trató de titular su tierra allá por 1958 y pagó por adelantado ₡ 800 a un abogado. El abogado murió algunos años después sin haber completado el procedimiento. El finquero luego se lo mandó a otro abogado y pagó por adelantado unos ₡ 1.000 por costos de titulación, solamente para descubrir dentro del año siguiente que el abogado había salido para los Estados Unidos. Todavía esperanzado, el finquero lo llevó a un tercer abogado quien más tarde abandonó el caso sin razones conocidas. El finquero todavía no tiene el título de su tierra pero había mostrado un optimismo infinito poniendo su caso de titulación en manos de un cuarto abogado. El finquero dice haber gastado más de ₡ 3.000 en pagos adelantados para el gasto de titulación en los últimos 12 años.

(22) Un finquero que adversamente está afectado por la incompetencia o deshonestidad de un abogado puede denunciarlo ante el Colegio de Abogados quien a su vez puede sancionar al abogado suspendiéndolo temporalmente. Pero la mayoría de los finqueros rurales estarían aterrados con la idea de denunciar a sus abogados.

güentes condiciones: 1) que la tierra haya sido usada para ranchos de ganado antes de 1939; 2) que por lo menos el 50% de la tierra sea limpiada; y 3) que el propietario tenga por lo menos una cabeza de ganado por cada 5 hectáreas de pastos naturales. El primer requerimiento es evadido simplemente alegando que la posesión comenzó antes de 1939. Respecto al segundo requerimiento, la ley especifica que un agente público (ya sea un agente fiscal o un jefe político) debe verificar la cantidad de tierra en pastos o cultivo. Por lo tanto, si la superficie es mayor de 30 hectáreas, se requiere una inspección del Juzgado. Pero los agentes públicos confían en la inspección que hacen los jueces y éstos en la hecha por aquellos como un resultado, no se lleva a cabo en la realidad ninguna inspección. La ley permite al Juez aprobar este requisito si el agente público no se "opone"; los agentes públicos siempre declaran que "no se oponen al procedimiento de titulación de acuerdo con la ley". En el caso del tercer requisito, si el titulado no tiene el número de cabezas de ganado exigido por el tamaño de su finca, simplemente pide las que le hagan falta a su vecino y pinta o marca con carbón una copia de su marca sobre el ganado pedido prestado. El Juez inspeccionante probablemente sepa lo que está pasando, pero prefiere no hacer una inspección minuciosa.<sup>(23)</sup>

La ley de titulación de 1941 permite corregir linderos después de que el título ha sido expedido simplemente presentando un plano notarizado mostrando los nuevos linderos. Las rectificaciones de linderos permiten un aumento de hasta el 10% del área original titulada para las fincas mayores de 30 hectáreas (hasta 40% para fincas de 5 o menos hectáreas). En la práctica, los terratenientes sacan ventaja a estas normas siempre que uno de sus linderos bordee terrenos de la reserva nacional que no hayan sido ocupados. La norma ha incrementado el número de controversias entre los terratenientes que han titulado y los ocupantes contiguos que solamente tengan derechos posesorios.

Una evasión de la ley más dañina aún ocurre cuando los especuladores se aprovechan de que la ley permite a los demandantes que iniciaron la información posesoria el ceder a terceros

(23) La evasión de estos requerimientos fue descrita en detalle al Proyecto de Derecho Agrario en una entrevista con uno de los más destacados abogados de Ciudad Quesada, San Carlos, octubre, 1969.

sus derechos en el procedimiento de titulación antes de que sea dictada la resolución otorgando el título solicitado.

Esos especuladores pagan a diferentes personas para que inicien procedimientos de información posesoria, y después les vendan sus derechos antes de que el Juzgado conceda el título. De este modo, grandes extensiones de tierras pueden ser legalmente adquiridas por una sola persona individual o corporación.<sup>(24)</sup>

La Ley de Informaciones Posesorias de 1941 es el procedimiento de titulación más conocido y más popular de los usados en Costa Rica. Desde 1960, un promedio de 850 solicitudes de títulos fueron presentadas cada año a los Jueces Civiles al amparo de esta ley.

### c.—El Procedimiento Administrativo de Titulación del ITCO: Costo y Duración

Es todavía muy pronto para evaluar la aplicación de la ley de 1970 pero una breve evaluación de la ley de 1967, que era el procedimiento común, permitía algunas comparaciones con la ley de 1941.

Durante sus tres años de aplicación, más de 100 solicitudes de titulación fueron tramitadas bajo la ley de titulación del ITCO. A principios de 1970, solamente la tercera parte de esas aplicaciones habían sido terminadas, incluyendo 4 casos en los cuales fue denegado el título. Aunque preparado para ser suficientemente expedito, el procedimiento está todavía bastante lerdo. La tramitación de los títulos expedidos duró un promedio de 6 meses. Notamos que uno de los mayores retrasos ocurre entre el tiempo en que el título fue aprobado y el tiempo en que fue registrado. La causa principal de este retraso se debió al requisito de que el solicitante notarizara el título expedido por el ITCO antes de su

(24) Hay un número de casos documentados envueltos en esta clase de anulación de la ley. En uno de estos casos, 14 personas que no se relacionaban entre sí cada una llenó peticiones para titular 99 hectáreas de tierra cerca de Buenos Aires, Provincia de Puntarenas. Los datos llenados fueron los mismos en cada caso (la fecha de las peticiones fue el 28 de diciembre que también es el día de los Santos Inocentes) y los planos catastrales mostraron que todas las parcelas eran contiguas. Más tarde fue descubierto que la situación de estas tierras estaban registrados en el nombre de una sociedad. Carta a la Corte Civil de Puerto Cortés del representante legal del ITCO, Lic. Stanly Vallejo L., fechada setiembre 2, 1966.

presentación en el Registro de la Propiedad. Los altos honorarios y la baja calidad de los servicios legales ofrecidos por los Notarios resultaron en retrasos de hasta 5 meses.

El costo de la titulación de tierras en este procedimiento administrativo ha sido casi tan grande como el procedimiento judicial. Los primeros 27 títulos tramitados por el ITCO bajo la ley de 1967 costaron a los titulares un promedio de ₡ 45.00 por hectárea.<sup>(25)</sup> En casos normales el solicitante de un título debe pagar el costo total de titulación. Aunque rara vez se usa la ley que rige este procedimiento de titulación permite al ITCO proveer de asistencia financiera a los pequeños finqueros que carezcan de recursos para titular sus tierras.<sup>(26)</sup> En conjunto, el procedimiento de títulos administrativos del ITCO ha recibido mejor manejo que el procedimiento de titulación judicial, particularmente en el sentido de que los funcionarios del ITCO toman gran trabajo para asegurarse de que el aplicante es un finquero de buena fe. El número pequeño de solicitudes presentadas al amparo de esta ley se debe especialmente a la falta de publicidad y a la no aceptación de las limitaciones de transferencias impuestas sobre el título.

## 6. Sumario y Evaluación

Durante la década de 1930, la legislación agraria había reconocido que las Leyes de Cabeza de Familia que daban a los colonizadores derecho a denunciar (y más tarde titular) tierras de dominio estatal no habían sido efectivas para promover a los colonizadores de derechos de propiedad legalmente sancionados sobre sus tierras. Al mismo tiempo, era evidente que las disposiciones legales reduciendo la venta de derechos posesorios sobre las tierras de dominio estatal fueran desatendidas y que unos pocos colonizadores estaban adquiriendo grandes extensiones de tierra. Enfrentado con estos problemas, la política legislativa se dirigió entonces a determinar con las concesiones de tierras de las Leyes de Cabezas de Familia y se concentró en proveer a los colonizadores

(25) Registro de títulos, Departamento Legal del ITCO.

(26) Ley N° 3971 del 11 de octubre de 1967, Art. 5; Ley N° 4545 del 20 de marzo de 1970, Art. 21.

de medios para titular una porción limitada de tierra, (en el caso normal, 100 hectáreas).

En un aspecto el procedimiento de titulación en la Ley de Informaciones Posesorias de 1941 representó un rompimiento con la política agraria anterior. Anteriormente los colonizadores bajo la Ley de Cabeza de Familia podían denunciar y titular tierras de dominio estatal después de una posesión de cinco años, pero ahora necesitaban 10 años de posesión requerido por el Código Civil. Por lo tanto, el procedimiento de titulación parece partir de la base de que el propietario ha comprado o heredado la tierra en lugar de adquirirla por virtud del procedimiento como sucedía bajo las leyes de Cabeza de Familia. De modo que el solicitante de título tiene que mostrar alguna clase de justo título como una carta-venta con el fin de quedar calificado para obtener un título sancionado legalmente que puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

Cuando la Ley de Tierras y Colonización fue promulgada en 1961, sin embargo, era notorio que las colonizaciones espontáneas en tierras de dominio estatal estaban ocurriendo tanto o más rápidamente que durante la vigencia de las Leyes de Cabeza de Familia, y que el concepto más rígido de derechos de propiedad y adquisición del dominio por prescripción adquisitiva del Código Civil o estaba privando a algunos colonos de su elegibilidad para el procedimiento de titulación o animaba a otros a evadir los requerimientos legales mintiendo sobre el tiempo de posesión y fabricando el necesario justo título. La reciente legislación sobre títulos administrativos de 1967 y 1970 y las decisiones judiciales recientes intertando la ley de 1941 han tratado de corregir algunos de esos problemas.<sup>(27)</sup>

No obstante, la ley de titulación no ha provisto una solución efectiva al problema de darle a los colonizadores rurales títulos debidamente sancionados sobre sus tierras, integrando así a esos finqueros dentro de la vida legal y económica del país.

(27) Algunas cortes han dicho por ejemplo, que el justo título no es necesario si el peticionario, por sí mismo, puede mostrar 10 años de posesión. Tribunal Superior Civil, Res. N° 825 de 14 hrs. del 2 de diciembre de 1968.

## C. El Código Civil, Legislación Agraria y los Derechos de los Precaristas

### 1. Introducción

Las Leyes de Cabeza de Familia, que otorgaron a los colonizadores el derecho de reclamar tierra en el dominio público y que sirvieron para aunar los derechos de posesión y los derechos de propiedad distinguidos en el Código Civil de corte tradicional fueron parcialmente responsables de que surgiera en Costa Rica el problema de los precaristas. Otra causa importante fue la costumbre ejecutiva y legislativa de compensar a los ciudadanos por servicios especiales con terrenos de considerable tamaño de dominio estatal aun cuando no hubiera intención por parte del concesionario de cultivar la tierra. La mayoría de estas concesiones de tierra fueron inscritas en el Registro de la Propiedad en base de planos muy mal hechos o sin planos. Como resultado, grandes porciones de tierra virgen fueron inscritas a nombre de un puñado de individuos que ni siquiera hicieron la menor cosa por tomar posesión y explotar su tierra. Los nuevos colonizadores no podían distinguir estas tierras de los terrenos del dominio estatal y las reclamaban para sí.

Durante los últimos 20 años, el problema de los precaristas se ha intensificado principalmente porque los agricultores sin tierras propias han encontrado más y más difícil en encontrar tierras baldías y porque el número de grandes fincas poco cuidadas o semiabandonadas, todavía es muy elevado. Los agricultores sin tierra y los minifundistas han ocupado estas fincas no cultivadas, reclamando que la tierra pertenece a aquellos que la trabajan.

Cada año aparecen nuevos casos de precaristas en las áreas rurales, no por la invasión de agricultores sin tierras, sino al descubrirse que los ocupantes sin título o compradores de buena fe de tierras no inscritas, están ocupando fincas que hace mucho fueron inscritas a nombre de otra persona. Así pues surgen conflictos legales entre agricultores que no tienen título pero sí tienen lo que pudiéramos llamar "derechos consuetudinarios de posesión" y los dueños ausentes que tienen título inscrito en el Registro de la Propiedad.

Se han aplicado, por parte de los tribunales de Costa Rica, dos tipos diferentes de normas para resolver estos problemas.

El primer grupo de normas se encuentra en el Código Civil de 1888, basado en principios legales que fueron heredados del sistema jurídico codificado de la Europa Continental, particularmente del Código Civil Español. El segundo grupo de normas se encuentra en una legislación especial dictada para resolver o regir un problema específico. En el caso de los precaristas, estas reglas en la Ley de Poseedores en Precario de 1942 y en la Ley de Tierras y Colonización de 1961. Las normas del Código Civil al igual que sucede con las reglas del *common law* en los países de Derecho Angloamericano, son aplicadas cuando la legislación especial no resuelve el caso. Pero las normas del Código Civil siempre tendrán una influencia predominante en la resolución de un problema dado, aún donde se aplica la legislación especial, porque los abogados y los jueces han sido entrenados primordialmente con el Código Civil. Así pues, muchos empiezan su enfoque de cualquier problema con un estudio del Código Civil. En las secciones siguientes resumiremos brevemente el concepto más importante del Código Civil relativo a los precaristas: la doctrina de la prescripción adquisitiva. Después de examinar cómo opera la doctrina en la práctica, discutiremos la legislación especial que ha tratado de llenar los vacíos del Código Civil así como de proveer una solución aceptable a los problemas que no están contemplados en el Código Civil.

### 2. El Código Civil y la Doctrina de la Prescripción Adquisitiva

La doctrina del Código Civil sobre prescripción adquisitiva encuentra su origen en la *usucapio* del Derecho Romano, según la cual una persona que tenga posesión de buena fe y al amparo de un título, podría adquirir la propiedad de la tierra. En el Código Civil de Costa Rica, la *usucapio* (prescripción positiva o adquisitiva) permite la adquisición del pleno dominio por parte de personas que hayan poseído la tierra continua, pública y pacíficamente, y con un título aparentemente válido por un periodo de 10 años.<sup>(28)</sup>

(28) Código Civil, Arts. 853, 856, 860.

Estos requisitos simplemente significan que, al momento que una persona toma posesión de la tierra, debe creer que lo hace como dueño, por ejemplo, por compra y en virtud de algún título de parte del tramitante. El Propósito de la doctrina es la de proteger a las personas que estén en posesión efectiva de tierras, si después se descubre que sus títulos son defectuosos por causas no imputables a ellos.

Los períodos de posesión pueden ser unidos o agregados para completar los 10 años requeridos si, durante cada período, el propietario mantuvo su buena fe. Así pues, si "A" adquiere un terreno en 1960 y lo vende a "B" en 1966, quien a su vez lo vende a "C" en 1970, "C" puede reclamar los 10 años de continua posesión para propósitos de adquisición bajo esta doctrina. Para que "C" pueda beneficiarse empatando al suyo los períodos anteriores de posesión, debe tener un título aparentemente válido por parte de "B", como una carta-venta. Puesto que es casi imposible probar lo que estaba en la mente del adquirente que alega buena fe, el Código Civil pone énfasis en el título aparentemente válido, o justo título, como evidencia externa de buena fe.

El anterior método de adquirir la posesión se conoce en el Derecho Civil como prescripción ordinaria y requiere generalmente un período de prescripción de solo 10 años. La mayoría de los países de Derecho Civil codificado tienen también otra clase de prescripción adquisitiva, llamada prescripción extraordinaria, bajo la cual la posesión puede ser adquirida simplemente por posesión continua, sin justo título o buena fe. El período de prescripción bajo esta regla es generalmente de 20 a 30 años.<sup>(29)</sup> La prescripción extraordinaria ha sido principalmente usada para permitir a los colonizadores de terrenos de dominio estatal (y en algunos casos, precaristas en terrenos privados) el adquirir posesión por largos períodos de posesión continua.

Pero Costa Rica no reconoce la prescripción extraordinaria. Así, pues los colonizadores en tierras de dominio estatal y los

(29) El tiempo requerido de posesión por algunas leyes latinoamericanas sobre prescripción extraordinaria son: Brasil, 30 años; Perú, 30 años; Chile, 15 años; Colombia, 20 años; pero en el caso de México, sólo 10 años. Citado en Arturo Valencia Zea, *La Posesión*, p. 484. Editorial Temis, Bogotá, 1968. En el caso de México, la Corte Suprema aparentemente ha decidido que el justo título se requiere en todos los casos de adquisición de propiedad por posesión, restringiendo así la aplicación de la *prescripción extraordinaria*. Leopoldo Aguilar Carvajal, Segundo Curso de Derecho Civil, p. 254, Editorial Porrúa, México (1967).

precaristas en terrenos privados abandonados, no pueden adquirir propiedad de la tierra que poseen, no obstante el tiempo que la hayan poseído. Se debe enfatizar que únicamente al colonizador original o al precarista se le niegan los beneficios de la doctrina. Las personas que toman posesión después de que la tierra haya sido limpiada y compran derechos de propiedad del colonizador original, pueden calificar para obtener propiedad si pueden probar que tienen una compra de *bona fide*, que creyeron de buena fe que habían comprado derechos adquiridos. Esto se hace normalmente ejercitando una acción para la titulación de tierras llamadas información posesoria que resulta en un título que puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

En resumen, la doctrina del Código Civil costarricense sobre prescripción adquisitiva no puede ser aplicada como medio para proveer un título con valor legal al colonizador original en terrenos de dominio estatal o para beneficiar al precarista original en terrenos privados. La doctrina sí se aplica, por medio del procedimiento de información posesoria, para proveer de título a quienes hayan realizado compras *bona fide* de precaristas o del colonizador original en terrenos de dominio público.

### 3. La Prescripción Adquisitiva y el Derecho Registral

Las normas legales sobre el Registro de la Propiedad costarricense dan a la publicidad inmobiliaria un valor adjetivo "de mero aviso". Requieren la inscripción del título para proteger al dueño contra reclamaciones subsecuentes de compradores o acreedores hipotecarios que inscriban sus títulos respectivos. Así pues si "A", dueño con título inscrito en el Registro, vende a "B", quien no tiene inserto su título, la ley aún considera a "B" el dueño legítimo. Pero si "A", después de vender a "B", fraudulentamente vende el mismo terreno a "C", quien no tiene conocimiento del derecho de "B", y "C" inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad, "C" se convierte en dueño según el Registro de la Propiedad, y "B" no puede reclamar la propiedad.

Como regla general, en caso todos los sistemas de Derecho Civil codificado, la doctrina de la prescripción adquisitiva opera

fuera del sistema de registro para conceder al poseedor el dominio efectivo. Así si "A" dueño con título inscrito en el Registro, ha abandonado su tierra, "B" quien toma posesión de ella puede eventualmente adquirir el derecho de propiedad, suponiendo que llena los requisitos de la prescripción adquisitiva, aún cuando no hubiere inscrito su título en el Registro. En otras palabras, la doctrina de la prescripción adquisitiva opera independientemente de si la persona que a su amparo reclama la propiedad, ha inscrito su justo título en el Registro. El poseedor opuesto vence así a quienes hayan adquirido de buena fe algún derecho del poseedor del título inscrito.

Pero Costa Rica se ha desviado de la regla general. Cuando los derechos de un propietario con título inscrito en el Registro de la Propiedad entran en conflicto con los derechos de una persona sin título que reclama el derecho de propiedad bajo la doctrina de la prescripción adquisitiva, los principios del Derecho Registral prevalecen, reconociéndose como dueño al que aparece como tal en el Registro. Por ejemplo, un terrateniente con título inscrito en el Registro de la Propiedad, que haya abandonado su tierra, vencerá al comprador de buena fe de la tierra que haya estado en posesión de la misma por más de 10 años, pero que no ha registrado su título.<sup>(30)</sup>

La ley costarricense claramente pone una pesada carga en el ocupante o comprador de buena fe de derechos de posesión. El ocupante debe obtener un título registrable (por medio del procedimiento de información posesoria) para poder beneficiarse de la doctrina de la prescripción adquisitiva. Por otra parte, el dueño según el Registro, no es sancionado por dejar su finca desatendida o en condición de abandono.

(30) Véase Corte Suprema de Costa Rica, Casación, *Castro Fernández, vs. González Montero*, Nº 100, 10 hrs. 6 de setiembre de 1961. El demandante era el dueño con título inscrito en el Registro de la Propiedad, desde 1877. La tierra había sido abandonada hasta que "X" tomó posesión en 1931. X cultivó la tierra pero nunca adquirió título bajo el procedimiento de información posesoria, y después de 25 años de posesión vendió sus derechos en la tierra al demandado quien era un comprador de buena fe. Después de 2 años de posesión el demandante ejerció una acción legal para recobrar su propiedad. La Corte sostuvo que: el demandado no ha adquirido la propiedad bajo la doctrina de prescripción adquisitiva; a pesar del largo período de posesión en contra de los intereses titulados del dueño, la prescripción de 10 años no comienza a correr sino hasta que el poseedor inscriba su título en el Registro de la Propiedad. Los casos de Casación que sientan la misma doctrina son: *Castro Fernández vs. Sauma Gazel*, Nº 108, 15:45 horas, 2 de octubre de 1962. *Castro Fernández vs. Corrales Blanco y otro*, Nº 54, 16 hrs. 28 mayo de 1965. *Montealegre Carazo vs. Heldridge Holmes*, Nº 35, 10:25 hrs. 8 de mayo de 1965.

La norma tiene repercusiones desafortunadas con respecto a los problemas de inseguridad de la tenencia de fincas rústicas, especialmente las situadas, en áreas fuera de la Meseta Central, donde la mayoría de las tierras aún no tienen título. En primer lugar, la ley no es realista en poner sobre el colonizador o comprador de buena fe, la carga de obtener un título registrable. Como se advierte en la sección de este trabajo que trata sobre las leyes de titulación, los procedimientos de información posesoria son largos y costosos y por lo general están fuera del alcance económico del agricultor de subsistencia. Muchos de estos agricultores de subsistencia ocupan tierras que fueron objeto de denuncios de propiedad inscritos y subsecuentemente abandonadas por sus dueños.<sup>(31)</sup> Estos agricultores corren continuamente el riesgo de que se les presente un título viejo, convirtiéndolos así en precaristas que no pueden reclamar la propiedad bajo la doctrina de la prescripción adquisitiva.

En segundo lugar, la norma que hace de la inscripción un requisito sustantivo para adquirir la posesión a través de la prescripción adquisitiva, afecta adversamente la mercabilidad de tierras rústicas al menos donde éstas no han sido tituladas ya a nombre de otra persona. Para poder estudiar el Registro, el comprador en perspectiva necesita saber el nombre del dueño que pudiere haber titulado. No existe un índice de fincas que muestre si la tierra en cuestión está titulada o no. Así, el comprador más diligente, aun cuando obtenga un título inscribible y lo registre inmediatamente después de comprado el terreno, puede todavía ser desposeído por el propietario que inscribió antes que él. Bajo estas condiciones el comprador meticoloso no se arriesgará a comprar la tierra. Considerando que el Registro de la Propiedad no tiene un índice de fincas donde los compradores en perspectiva puedan asegurarse del status legal de la tierra, y considerando que un gran número de agricultores rurales no tienen título inscrito en el Registro de la Propiedad, parecería más razonable un precepto que, en caso de conflicto entre la norma registral y la doctrina civilista de la prescripción adquisitiva, permitiera al ocupante en posesión por 10 años prevalecer sobre el dueño según el Registro.

(31) Numerosas donaciones y concesiones de tierras de dominio estatal fueron hechas por el Gobierno durante los años 1800 y principios de 1900 para premiar a ciudadanos por servicios especiales o como compensaciones de varias clases. Véase Sección A que estudia las leyes de Cabezas de Familia.



Dicho precepto aumentará la seguridad de la tenencia de los agricultores sin título escrito inscribible que hayan tenido el período de posesión requerida, como también mejoraría la mercabilidad de sus tierras. El único inconveniente lo sufriría el dueño según el Registro quien tendría la carga no muy pesada de examinar su tierra al menos una vez cada diez años para asegurarse de que los precaristas no están en posesión.

La norma costarricense que hace de la inscripción un requisito sustantivo para obtener la propiedad por medio de la doctrina de la prescripción adquisitiva, aparentemente fue derivada de una interpretación errónea de quiénes son "terceros" protegidos por el Registro de la Propiedad. El Artículo 861 del Código Civil Español,<sup>(32)</sup> dice:

"La posesión de inmuebles o derechos reales sobre ellos no vale para la prescripción contra tercero sino desde que se inscriba el título en el Registro Público...".<sup>(33)</sup>

La doctrina del Código Civil Español siempre ha mantenido que el dueño de tierras según el Registro no es "tercero" según esta norma.<sup>(34)</sup> Tanto el titular inscrito como la persona en posesión que reclama la propiedad son considerados por la doctrina del Código Civil Español como parte del mismo acto —el acto de posesión de la tierra. Esto es así porque el dueño según el Registro tiene la posesión legal bajo el Código Civil, mientras que el poseedor adverso tiene la posesión material o efectiva. Un "tercero", bajo esta regla, según la doctrina tradicional del Código Civil Es-

(32) Art. 1949, del Código Civil Español: "Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo". Esta ley, a su vez, fue derivada del Art. 35 de la Ley Hipotecaria Española de 1861.

(33) El Art. 861 del Código costarricense: "La posesión de inmuebles o derechos reales sobre ellos, no vale la prescripción contra tercero; sino desde que se inscribe el título en el Registro Público, salvo lo dicho en el título de servidumbre".

(34) Manuel Rodríguez Navarrete, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, Tomo III, Aguilar, Madrid, 1961, p. 6283 et. seq. Sentencias del Tribunal Supremo: José María Chico y Ortiz y Juan Francisco Bonilla Encina, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Tomo I, Boloños y Aguilar, 2da. ed., Madrid, 1967, p. 297: "Respecto de la prescripción contra el Registro... La inscripción no inmunizaba al titular contra el hecho posesorio ininterrumpido, a los efectos de la prescripción, cuando los que se enfrentaban eran poseedor y propietario. La Ley no consideraba tercero al dueño, con relación al poseedor, por entender que ambos eran parte en el acto posesorio, éste por acción y aquél por omisión". Véase también, Alfonso de Cossío y Cortal, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Bosch, 2da. ed. Barcelona, 1956, p. 238, 239.

pañol, se refiere a una persona que tenga derechos de propiedad en la tierra que no supongan o sean incompatibles con actos de posesión de la tierra. Dicha persona sería, por ejemplo, el acreedor hipotecario. El artículo 861 del Código Civil costarricense realmente fue copiado del Art. 35 de la Ley Hipotecaria Española y las decisiones de la Corte Suprema Española estipulan claramente que "terceros" no son los propietarios según el Registro sino más bien una persona protegida bajo la Ley Hipotecaria.<sup>(35)</sup>

Pero en Costa Rica los tribunales aparentemente estiman que los dueños con títulos inscritos en el Registro de la Propiedad son "terceros" protegidos por el Derecho Registral contra la posesión adversa que no es registrada.<sup>(35a)</sup> Este desorden sobre el concepto de "terceros" consecuentemente ha reducido en grande la efectividad de las normas referentes a la prescripción adquisitiva para resolver los casos de precaristas.

La norma costarricense que requiere que la persona en posesión inscriba su título en el Registro de la Propiedad como requisito previo para que el período prescriptivo empiece a correr, es consecuencia de que la ley costarricense sobre prescripción adquisitiva está limitada a la prescripción ordinaria. Las decisiones del Tribunal Supremo Español que favorecen al poseedor adverso sin título contra el propietario según el Registro están basadas en la doctrina de prescripción extraordinaria, más bien que en la prescripción ordinaria. Como antes se pudo notar, uno de los propósitos importantes de la prescripción extraordinaria es el permitir a personas en posesión que no tienen título el obtener la propiedad aún contra el propietario inscrito.

La adopción de la prescripción extraordinaria aclararía la situación legal de los ocupantes de tierras que hace mucho tiempo fueron tituladas a nombre de terceros y aumentaría la seguridad de la tenencia del ocupante que es el verdadero dueño en todo sentido, excepto por su falta de título inscribible.

En la siguiente sección examinaremos la legislación especial destinada a proteger precaristas en tierras privadas y ocupantes que se encuentran ocupando tierras tituladas. Se debe notar aquí que

(35) Véase nota 31.

(35a) Véase nota 30.

el efecto de esas leyes especiales es similar en la mayoría de los casos a los efectos o resultados que serían obtenidos si las leyes de Costa Rica admitieran la prescripción extraordinaria.

#### 4. La Legislación Agraria y los Derechos de los Precaristas

##### a.—Ley de Poseedores en Precario de 1942<sup>(36)</sup>

En esencia esta ley permitía a los dueños con título inscrito en el Registro de la Propiedad de tierras ocupadas por precaristas el poder permutarlas por terrenos desocupados de dominio estatal que tuvieran un valor igual. Si el dueño rehusaba dicha solución, el Gobierno podía expropiar los terrenos ocupados y compensar al dueño inscrito con tierras de dominio público. Los precaristas que hubieren estado en posesión por más de un año de tierras tituladas a nombre de otra persona tenían el derecho de permanecer en posesión.<sup>(37)</sup>

La acción reivindicatoria al propietario en el Código Civil como un elemento del derecho de propiedad que no puede perderse o extinguirse por desuso,<sup>(38)</sup> fue expresamente eliminada con respecto a los precaristas que tuvieran por lo menos un año de posesión.<sup>(39)</sup>

Una innovación muy importante de la ley fue la de permitir a quienes hubieran estado en posesión por 10 años y no hubieran registrado su título el adquirir la propiedad bajo la prescripción adquisitiva. La posesión tenía que ser pacífica, pública y a título de dueño, pero no había ningún requisito expreso de que el ocupante tuviera buena fe, ni justo título. La nueva norma se aplicaba

(36) Ley N° 88 del 14 de julio de 1942.

(37) Si los precaristas tenían más de un año pero menos de 10 de posesión, las disposiciones de la ley sólo se aplicaban si había 3 o más precaristas en la tierra, o en caso de que hubiere menos de 3, únicamente si las porciones ocupadas de la tierra sumaban por lo menos el 25% del área. Las disposiciones de la ley se aplicaban en los casos en que los precaristas tenían más de 10 años de posesión.

(38) Véase Código Civil, Arts. 316, 320.

(39) El derecho del dueño a desalojar (a quien le perturbe o prive de la posesión) sólo puede perderse, según el Código Civil cuando un poseedor adverso, que haya registrado su título en el Registro de la Propiedad adquiera el dominio por medio de la prescripción adquisitiva.

para el futuro, desde la fecha de la promulgación de la ley, de manera que no beneficiara al ocupante hasta 10 años después de su vigencia. De todas formas, este nuevo reglamento representó un alejamiento importante del Código Civil.<sup>(40)</sup>

Las consecuencias prácticas de la ley de poseedores en precario de 1942 fueron desastrosas a pesar de las concesiones importantes hechas a los precaristas. Los terratenientes ausentes que tenían problemas de precaristas encontraron la solución legislativa muy conveniente, porque los dejaba adquirir aún más terrenos en aquéllos de dominio público. Grandes parcelas de terreno del dominio estatal que contenían valiosas reservas de bosques fueron evaluados a tan poco precio como ₡ 2.00 por hectárea y “cambiados” por áreas ocupadas por los precaristas que fueron evaluadas a precios tan altos como de ₡ 500.00 a ₡ 1.000.00 por hectárea. Un estudio de numerosos casos en que esta ley fue aplicada mostró que 20 terratenientes afectados con el problema de los precaristas cambiaron las porciones ocupadas de sus terrenos por un total de 512 mil hectáreas de terrenos de dominio estatal.<sup>(41)</sup>

Además, muchas de estas grandes fincas fueron adquiridas por terratenientes que “fabricaron” su propio problema de precaristas pagándoles a agricultores para que invadieran su terreno, seguramente porque la tierra ya había sido explotada o porque era poco fértil para dedicarla a la agricultura. En otro sentido, la ley agravó el problema precarista porque algunas de las grandes parcelas de tierras de dominio estatal que fueron dadas como compensación ya estaban siendo cultivadas por colonizadores que las reclamaban bajo las leyes de Cabezas de Familia. Un problema de precaristas actualmente existente en un área al sur de Costa Rica ilustra este punto. La mayoría de la tierra no cultivada en esta área fue adquirida durante la década de 1940 por varias personas a cambio de sus tierras ocupadas por precaristas en la Meseta Central. Durante las décadas del 40 y 50 la colonización espontánea llegó a esta área y los precaristas empezaron a denunciar porciones de estas grandes fincas por no poderse diferenciar de las de dominio estatal o haber sido abandonadas por sus dueños.

(40) La nueva regla puede ser vista como un intento de introducir, por medio de la legislación, el concepto de prescripción extraordinaria, excepto que el período de prescripción aún era de 10 años.

(41) José Ml. Salazar, *Tierras y Colonización*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1961, pág. 105.

Estas clases de abusos llevaron a la suspensión en 1951,<sup>(42)</sup> de la Ley de Precaristas. Sin embargo, el Art. 13 de la Ley que privaba al dueño con título de la acción reivindicatoria cuando los precaristas tuvieran por lo menos un año de posesión, se mantuvo vigente. Esto al menos permitía a los precaristas con un año de posesión el quedarse en el terreno. Pero la norma que permitía a los precaristas con los años de posesión el adquirir propiedad aún cuando no tuvieran justo título y buena fe, no se mantuvo. Quedaron así los precaristas en la misma posición, con respecto a la prescripción adquisitiva que la que tenían antes de la promulgación de la Ley de Precaristas. Su problema una vez más quedó regido por el Código Civil. En resumen, los precaristas no podían obtener un título legalmente sancionado sobre sus tierras (a menos que pudieran probar dominio mediante posesión de buena fe y justo título bajo la Ley de Informaciones Posesorias de 1941), pero tampoco podían los dueños con título desalojar a los precaristas. La política legislativa con respecto a los problemas de precaristas se mantuvo en el limbo hasta que la presente Ley de Tierras y Colonización fue promulgada en 1961.

#### b.—Ley de Tierras y Colonización de 1961<sup>(43)</sup>

Uno de los varios fines específicos de la ley agraria de Costa Rica, es la resolución de los problemas de los precaristas. La ley revivió la mayor parte de las normas especiales que protegían a los precaristas contenidas en la Ley de Ocupantes en Precario de 1942. Además ha tratado de proveer procedimientos que faciliten las negociaciones de contratos de compras a largo plazo entre los precaristas y los propietarios. En caso de que estas negociaciones fracasen, el ente administrativo, sea el ITCO, está autorizado a expropiar los terrenos de los dueños y compensarlos ya sea con bonos o en efectivo.

El artículo 124 de la ley de Tierras y Colonización restableció la norma de la Ley de Ocupantes en Precario de 1942 que permitía a los precaristas con 10 años de posesión continua a obtener el dominio por prescripción adquisitiva. Aunque el artículo 124 expresamente dice que el período de prescripción adquisitiva puede empezar a correr en la fecha en que fue promulgada la ley

(42) Ley N° 1294 del 12 de junio de 1951.

(43) Ley N° 2825 del 14 de octubre de 1961 y sus reformas.

de 1942, las decisiones judiciales subsecuentes han interpretado estrictamente la norma de manera que el período entre 1951 y 1961 cuando la ley de Ocupantes en Precario de 1942 estuvo suspendida, no cuenta para los efectos de la prescripción.

Con respecto a los precaristas que tienen más de un año pero menos de 10 años de posesión, la Ley de Tierras y Colonización modificó el reglamento que privaba a los dueños con título la acción reivindicatoria contra los precaristas. Bajo el artículo 94 de la Ley de Tierras y Colonización el dueño primero debe someterse al arbitraje del ITCO antes de ejercer una acción reivindicatoria contra el precarista. Si el conflicto se resuelve, ya sea por un contrato de compra a largo plazo entre el precarista y el dueño o por la expropiación del dueño de la tierra por parte del ITCO, la acción reivindicatoria del dueño se desvanece. Los precaristas recalitrantes que rehusan negociar, ya sea con el dueño o el ITCO, pueden, no obstante, ser desahuciados.

Desde que se promulgó la Ley de Tierras y Colonización ha habido poco progreso en la resolución del problema precarista. Las negociaciones directas entre los precaristas y los dueños sobre compras a largo plazo de la tierra generalmente han fallado debido a desacuerdos en el precio o porque los dueños no han aceptado voluntariamente las garantías de pago ofrecidas por los precaristas y el ITCO. Aquellos pocos casos que han sido resueltos han dependido en la expropiación y el pago a largo plazo por los precaristas al ITCO. En los casos de expropiación, generalmente se ha pagado el precio de las tierras al contado, aunque el pago con bonos del gobierno está autorizado.

En 1971 el ITCO empezó a experimentar con nuevos métodos para resolver el problema de precaristas bajo la reciente ley de bonos ITCO; se han emitido ₡ 25 millones en bonos que han sido autorizados para compensar a los dueños afectados por los precaristas. El ITCO comprará las tierras con esos fondos y las revenderá a los precaristas quienes la pagarán a largo plazo.

Una solución más nueva ha sido adoptada por el ITCO diseñada para prevenir nuevas invasiones de precaristas. Los finqueros sin terreno o minifundistas son alentados bajo este programa a formar cooperativas y comprar fincas casi abandonadas o poco utilizadas que ordinariamente son "invadidas".

El comprador (cooperativa) recibirá crédito bancario y asistencia técnica para disminuir las posibilidades de falta de pago en las compras a largo plazo. Al comprador se le provee con una garantía hipotecaria. Además el programa está respaldado por un fondo especial de \$ 1 millón destinados a cubrir omisiones por parte de los compradores adeudados por pérdidas en las cosechas o razones similares.

## D. Derecho Consuetudinario de Propiedad y Seguridad de Tenencia

### 1. El Código Civil y Derechos de Posesión

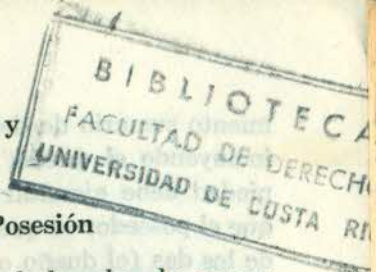
Bajo el Código Civil de Costa Rica, el derecho de poseer tierra es un derecho real que es uno de los elementos separados que forman el pleno dominio de bienes raíces o inmuebles. El propietario de bienes raíces o inmuebles es por supuesto el dueño del derecho menor de posesión. Pero el derecho de posesión puede ser adquirido independientemente del pleno dominio bajo ciertas condiciones. Estas condiciones son: 1) Cuando el dueño permite a otra persona el adquirir posesión por contratos como el de arriendo; y 2) cuando una persona abierta o públicamente reclama posesión y mantiene esa posesión por un período de 3 meses.<sup>(44)</sup>

En primer caso, la posesión es ejercitada a nombre del dueño; en el segundo caso, es ejercitada a nombre del poseedor. Para que una persona adquiera el derecho de posesión en su nombre, independientemente del derecho de propiedad, la persona debe tener "buena fe".<sup>(45)</sup> Buena fe simplemente significa que una persona que toma posesión debe creer que tiene el derecho a poseer; en cualquier caso la ley presume buena fe. Las personas en posesión que no llenan el requisito anterior, son poseedores sin derecho a la posesión.

Respecto a los ocupantes de tierras de reservas nacionales o precaristas en tierras privadas, la distinción en el Código Civil entre simples poseedores que tienen el derecho a posesión tiene dos efectos importantes. Primero, las personas en posesión de tierras que no tienen derecho a poseer, pueden defender su posesión por medio de un procedimiento sumario (interdicto) contra todos los invasores excepto el dueño; ellos por supuesto pueden ser desalojados por el dueño. Aquellos en posesión que también tienen el derecho de posesión, pueden defenderla por medio del procedi-

(44) El Art. 279 del Código Civil dispone que el derecho de posesión se adquiere después del primer año. El Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica estipula que el dueño pierde su derecho de obtener un desalojo sumario (interdicto) de los invasores si no ejercitan esa acción dentro del período de 3 meses. Esto ha sido interpretado en el sentido de que el poseedor adquiere el derecho de poseer después de 3 meses más bien que después de un año. Rogelio Sotela M., *Notas y comentarios sobre el Tratado de Bienes*, de Alberto Brenes Córdoba, Ed. C. R., San José, 1963, pág. 45; CPC, Art. 653.

(45) Código Civil, Art. 284.



miento sumario de desalojo (interdicto) contra todos los invasores incluyendo el dueño. Para que el dueño pueda recobrar su propiedad debe ejercitar una acción reivindicatoria que quiere decir que el poseedor se queda en posesión hasta que la Corte decida cuál de los dos (el dueño o el poseedor) tiene el derecho a la propiedad.

En segundo lugar, el dueño que tiene éxito y desaloja a un "simple poseedor"<sup>(46)</sup> puede reclamar daños monetarios de este último, el valor de los productos cosechados por el poseedor y el deterioro de la tierra. En el caso de la persona con derecho de posesión, si el dueño es exitoso en su acción de desahucio, no puede reclamar daños monetarios. Además, la persona con el derecho de posesión puede retenerla hasta que el dueño pague el valor de las mejoras hechas.

Como caso práctico la diferencia entre las dos clases de poseedores es la diferencia entre el precarista que "invade" la tierra (un "simple poseedor" o un "poseedor de mala fe") y un ocupante en tierras de reserva nacional o un precarista en tierras privadas que ha tomado posesión alegando tener derecho para hacerlo y ha mantenido su posesión por lo menos de 3 meses.<sup>(47)</sup> La gran mayoría de estos agricultores rurales, que no tiene título sobre la tierra que poseen, caen dentro de la segunda categoría. Bajo el Código Civil ellos son poseedores de buena fe que tienen derecho a la posesión.

Como se nota en la Sección B que trata de la legislación de titulación de tierras, la persona que tiene el derecho a la posesión puede eventualmente convertir su posesión en una posesión completa o total por medio del procedimiento de información posesoria.

La persona que denuncia tierras pero no reúne el requisito de buena fe, puede también titular su tierra bajo el procedimiento de información posesoria puesto que se presume su buena fe. Pero una vez que el título ha sido emitido e inscrito en el Registro de la Propiedad siempre estará sujeto a ataques en base de que el título fue adquirido sin un derecho, por ejemplo, por ser poseedor de mala fe. La "mala fe" es un defecto fatal que no puede ser curado por la prescripción adquisitiva.

(46) Id. Uno que no tiene derecho de posesión; se usa también referido al "poseedor de mala fe".

(47) Véase nota 44.

## E. Derecho Consuetudinario de Propiedad

### 1. Introducción

El término "Derecho Consuetudinario de Propiedad",<sup>(48)</sup> se usa aquí para expresar la naturaleza de los derechos de propiedad de los ocupantes que no tienen títulos inscritos en el Registro de la Propiedad. Los derechos consuetudinarios de propiedad son los derechos que el ocupante sin título legal considera que tiene en la tierra, en contraposición a los que el Código dice que tiene bajo las normas que rigen la posesión. El siguiente análisis sobre derechos consuetudinarios de propiedad está basado en datos recopilados en encuestas en el campo hechas por el Proyecto de Derecho Agrario en 5 áreas rurales de Costa Rica durante 1969-1970.

El ocupante sin título legal a su tierra considera que sus derechos se extienden más allá del concepto del Código Civil sobre derechos de posesión. La base de su derecho viene de dos fuentes. En primer lugar el colonizador cree que cada ciudadano tiene derecho a reclamar su posesión de una porción razonable de tierras de dominio público. Esta creencia, como hemos notado, nace de una serie de leyes como la de leyes de Cabezas de Familia, concediendo denuncia bajo ciertas condiciones. Aunque los colonizadores raramente están familiarizados con las disposiciones y condiciones de estas leyes, la subsecuente publicidad que se dio a esta legislación contribuyó a generalizar la opinión de que el "derecho de denuncia" era un derecho natural inherente a todos los ciudadanos para obtener la propiedad de terrenos de dominio estatal. En segundo lugar el colonizador cree que su trabajo por limpieza del terreno le da cierto derecho a la propiedad. Esta creencia muy a menudo se manifiesta cuando el ocupante se refiere a sus derechos en la tierra como "derechos de trabajo", especialmente cuando no puede demostrar que compró la tierra. El ocupante sin título está

(48) El término "derechos de propiedad consuetudinarios" fue tomado prestado del libro de Kenneth H. Parsons, *Institutional Innovations in Economic Development*, trabajo presentado en la conferencia sobre mejoramiento de las instituciones para el crecimiento de la economía, Gainesville, Florida, May, 1964. Parsons cita a C. K. Meek, *Land Law and Custom in the Colonies*, Oxford, 2da. ed., 1949, pág. 23: "El principio de que aquel que limpia la tierra establece derechos de carácter permanente, ha existido por todo el mundo desde tiempos remotos. Se basa en el factor de que la limpieza de bosques vírgenes implica un trabajo pesado. Y bajo todos los sistemas indígenas de tenencia es un principio aceptado que el trabajo trae consigo derechos".

consciente del valor de tener un título legalmente sancionado inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero, para el ocupante el valor de tener un título no consiste en adquirir una simple "propiedad" que él ya tenía sino más bien en obtener más protección legal por su propiedad ya existente.

## 2. Contenido Económico del Derecho Consuetudinario de Propiedad: El Valor de Tierra no Titulada

Las diferencias de valor entre tierra titulada y no titulada se deben a un número de factores además de la presencia o ausencia de título. Algunos factores importantes son: localización de la finca, en relación con un camino o pueblo; topografía; tipo de suelo; y las clases y calidad de las mejoras en la tierra. En 4 de las 5 zonas estudiadas por el Proyecto de Derecho Agrario en sus estudios en el campo,<sup>(49)</sup> había una distribución bastante pareja de fincas tituladas y no tituladas, y los factores importantes que afectaban los valores de la tierra parecían tener igual influencia en la tierra cultivada como no cultivada. Para poder determinar si realmente había una verdadera diferencia entre los valores de la tierra titulada y no titulada se obtuvieron datos de las fincas estudiadas sobre la cantidad de dinero pagado tanto para las tierras tituladas y las no tituladas durante los 10 últimos años (1960-1969). Los resultados de los análisis del valor de la tierra se muestran abajo e indican que excepto en la zona de Nicoya las diferencias entre los valores de la tierra titulada y no titulada son reales (es decir, no se deben a la casualidad).<sup>(50)</sup>

(49) Véase Parte II, Sección A para la descripción de las 5 zonas estudiadas.

(50) Examen F. del Análisis de Variables.

ZONAS:	Pital, San Carlos	Nicoya Guanacaste	Valle de Coto Brus	Pacífico Central Parrita Quepos
	Promedio valor/mz.	Promedio valor/mz.	Promedio valor/mz.	Promedio valor/mz.
1960-1965				
Fincas Tituladas	¢ 814	¢ 616	n. d.	n. d.
Fincas sin Título	¢ 461	¢ 357	n. d.	n. d.
1966-1969				
Fincas Tituladas	¢ 1,746	¢ 511	¢ 676	¢ 1,054
Fincas sin Título	¢ 910	¢ 434	¢ 208	¢ 871

Fuente: Estudios en el campo del Proyecto de Derecho Agrario 1969-1970. IBM printout. Ver Parte II. Valores con el precio promedio por manzana pagados por la tierra durante el tiempo indicado.

Suponiendo que la diferencia entre los valores de tierras tituladas y no tituladas se debe en gran parte a la presencia o ausencia de título, los factores del valor de la tierra no titulada (derecho consuetudinario de propiedad) exigen un examen más profundo.

Durante los primeros años que el colonizador ha ocupado la tierra como suya y está en el proceso de limpiarla, tiende a medir sus derechos en términos del valor de las mejoras que ha hecho en la tierra tales como la del trabajo puesto en la limpieza de la misma, la construcción de casas y cercas y las siembras de productos y pastos. En las primeras etapas del desarrollo de la finca el colonizador tiende a evaluar sus derechos casi en su totalidad, en términos del trabajo que ha invertido.

Después de que el colonizador ha estado en posesión por algún tiempo, o una vez que el colonizador original vende sus derechos a tercero, la medida económica de los derechos de propiedad, tiende a incluir el valor del "derecho a título" la tierra además del valor de las mejoras. En esta etapa el agricultor empieza a valorizar sus derechos más en términos de un activo o bien

de capital que en términos del valor invertido por el trabajo. Cuando el terreno ha sido volteado y cosechado por varias generaciones el contenido económico de los derechos consuetudinarios de propiedad se inclinarán pues, a aproximarse a aquéllos de los terrenos debidamente titulados. Por ejemplo en Nicoya donde la actividad de la colonización espontánea ocurrió entre 1880 y 1930 y donde el período promedio de posesión de las fincas<sup>(51)</sup> es de 17 años, (aproximándose al promedio de 18 años que se encontró en la Meseta Central), el valor de la tierra titulada es apenas un poco mayor que la del valor de la tierra no titulada. A la inversa, en las áreas más nuevas, como la de San Carlos, el Valle de Coto Brus y la zona del Pacífico Central donde el promedio del período de posesión de fincas es entre 7 y 13 años (San Carlos: 13 años; Valle de Coto Brus: 7 años, zona de la costa del Pacífico: 9 años), el valor de la tierra titulada es casi el doble del que tiene la tierra no titulada.

Resumiendo, el contenido económico del derecho consuetudinario de propiedad (tierra sin titular) varía según el estado de desarrollo de la finca. Durante las primeras etapas del desarrollo, —etapa de limpieza— el valor de los derechos del agricultor en la tierra tienden a reflejar el valor del trabajo invertido en su limpieza más el valor de las mejoras en ella. Y puesto que los materiales para construcción pueden ordinariamente obtenerse de la propia finca, el valor de estas mejoras es primordialmente el valor del trabajo invertido. Este concepto está expresado en la frase “derechos de trabajo” usado por los agricultores rurales para describir sus derechos en la tierra especialmente en las nuevas áreas donde se está llevando a cabo la colonización espontánea. Una vez que el terreno ha sido limpiado y cultivado por varias generaciones, el simple transcurso del tiempo tiende a consolidar los derechos consuetudinarios de propiedad. Empiezan a reflejar no solamente el valor del “derecho a titular” la tierra bajo el procedimiento de

(51) El período promedio de posesión de una finca fue medido promediando el período de tiempo que cada parcela había sido poseída en relación con el área respectiva. Así, si un agricultor adquiría la parcela 1 (10 mz.) en 1930, la parcela 2 (100 mz.) en 1960, y la parcela 3 (20 mz.) en 1965, su período de posesión promedio de la finca en 1970 es:

$$\frac{10 \text{ mz} \times 40 \text{ años} + 100 \text{ mz} \times 10 \text{ años} + 20 \text{ mz} \times 5 \text{ años}}{\text{área total (130 mz)}} = 11.5 \text{ años}$$

El período promedio de posesión de fincas para una zona dada es el promedio entre todas las fincas estudiadas en esa zona.

información posesoria pero también el valor de la tierra como bien de capital. Así pues los valores de la tierra cambian del valor del trabajo invertido al valor del ingreso futuro que puede ser producido por la tierra si se hacen ciertas inversiones como la de trabajo y la de gastos de capital para necesidades técnicas. Este cambio será acompañado por más seguridad en los planes del dueño —que es lo mismo que decir que el dueño tiene mayor seguridad en la tenencia. Así pues, con excepción de las áreas que han sido cultivadas por un período relativamente largo, el título completo a la propiedad de la tierra significa que el valor de la tierra así titulada será sustancialmente más grande que el valor de la tierra no titulada. El valor de la tierra titulada incorpora el concepto de tierra como un bien de capital (un ingreso futuro proveniente de la tierra) así como el valor de la seguridad de tenencia más alta.

## F. Seguridad de Tenencia

### 1. Posesión con Título Inscrito en el Registro de la Propiedad

El aspecto subjetivo de la seguridad de la tenencia se define como la confianza que el propietario tiene de que posee derechos exclusivos en la tierra y que el Estado y la ley protegerán su posesión cuando sea amenazada por terceros. El aspecto objetivo de la seguridad de la tenencia es pues el reconocimiento que la ley, otros individuos y grupos (como los bancos) le darán al derecho que el poseedor alega tener sobre la tierra.

Generalmente la presencia o ausencia de seguridad en la tenencia se determina según el poseedor tenga o no inscritos en el Registro sus derechos de propiedad. Esto al menos es cierto en Costa Rica porque el poseedor recibe la mayor protección y beneficios de su dominio únicamente cuando su título a la tierra está registrado.<sup>(52)</sup> Así que si no ha inscrito su título, su posición legal es vulnerable a una reclamación de otra persona que pueda probar,

(52) Pero el Código Civil no requiere que la propiedad sea registrada en el Registro para ser protegida; la propiedad de tierras sin titular será protegida por la ley siempre que no existan terceros que reclamen su propiedad sobre la misma tierra y prueben un mejor derecho a través de un título inscrito en el Registro.

por medio de un título inscrito, derechos sobre la misma tierra. El tipo más alto de seguridad de tenencia se logra pues cuando el dueño puede mostrar título para su tierra, registrado en el Registro de la Propiedad. Debe también notarse que las instituciones bancarias y los prestamistas no aceptan garantías hipotecarias al menos que los derechos de la tierra estén registrados en dicho Registro. Esto no es porque la tierra sin título no pueda ser hipotecadas. Es porque una hipoteca no puede ser inscrita en el Registro a menos que los derechos de la tierra también estén registrados; y a menos que un banco pueda registrar sus intereses hipotecarios en el Registro no tiene ninguna forma de protegerse en caso de que el dueño haya hipotecado la misma tierra a otra persona.

## 2. Seguridad de la Tenencia y Tierra no Titulada (Derecho Consuetudinario de Propiedad)

La presencia o ausencia de un título inscrito en el Registro de la Propiedad no es un indicador adecuado de que si la finca operadora tiene o no lo que nosotros hemos definido como seguridad de la tenencia. Seguridad de la tenencia es un concepto relativo; no existe ni deja de existir simplemente. Puede haber más o menos seguridad de la tenencia dependiente de la naturalza de los derechos del operador de la tierra. La extensión o grado en que esté presente la seguridad de la tenencia, en el caso de derechos consuetudinarios de propiedad, depende de los siguientes factores: el período de posesión de la tierra, si el agricultor operante compró sus derechos o los adquirió por posesión directa o denuncia, si existe o no un plano catastrado, si la tierra de las fincas adyacentes tiene título,<sup>(54)</sup> si la tierra ha sido declarada para fines fiscales y si la tierra está o no está en proceso de ser titulada.<sup>(55)</sup>

(53) La prueba de propiedad puede ser hecha en un procedimiento de información posesoria o a través de un título no inscrito pero inscribible.

(54) Irónicamente la presencia de tierra titulada adyacente a tierra sin titular algunas veces tiene un efecto negativo en la seguridad de la tenencia del propietario como tierra no titulada. En disputa sobre linderos entre propietarios con tierra titulada y no titulada, el que tiene titulada generalmente gana porque en la práctica la ley tiende a dar mayor credibilidad al propietario con título completo.

(55) Los procedimientos de titulación por información posesoria pueden durar hasta 3 a 4 años para completarse.

Para ilustrar el concepto de que la seguridad de la tenencia puede encontrarse en menor o mayor grado, aparte de la presencia de título completo sobre la tierra, el estudio escogió un simple expediente que asigna diferentes niveles o grados de seguridad de tenencia a dueños con tierras sin titular en base a diferentes clases de evidencia documentaria de posesión. El sistema de clasificación usado es un compuesto tanto de la jerarquía o grado de seguridad atribuida a estos documentos por los dueños entrevistados y el reconocimiento que el Derecho Costarricense da a éstos en la realidad. Indudablemente hay otros factores que componen lo que nosotros hemos resumido como seguridad de la tenencia, que no están reflejados en este esquema de clasificación de documentos. No obstante, dicho esquema es razonable y puede ser justificado tanto sobre bases legales como en la observación personal. El esquema de clasificación aquí se muestra para poder ilustrar las diferentes jerarquías de derechos consuetudinarios de propiedad. El propósito funcional de esta clasificación se verá en la Parte II de este reporte, donde la seguridad de la tenencia se analiza como una variable que afecta al desarrollo de la finca.<sup>(56)</sup>

Las principales clases de prueba documental de posesión que fueron encontradas en los estudios hechos por el Proyecto de Derecho Agrario se enumeran más abajo seguidas de una breve explicación del valor desde el punto de vista de la seguridad que se confieren. (Ver Tabla 1).

### a. Recibos de Impuesto Territorial

La ley exige que todos los terratenientes, con o sin título paguen el Impuesto Territorial.<sup>(57)</sup> Los agricultores que han decla-

(56) Para utilizar el análisis de regresión múltiple, el variable independiente "seguridad de la tenencia" debe ser expresado en más de 2 valores. Así, si la seguridad de la tenencia solo tenía 2 valores, titulada y no titulada (1 y 0), no habrá ninguna manera, en un análisis de regresión múltiple, de mostrar que el rendimiento de la finca *varía* con la seguridad de la tenencia, o que la seguridad de la tenencia *varía* con algún otro variable independiente que afecte la explotación de la finca.

(57) Ley de Impuesto Territorial Nº 27 de 2 de marzo de 1939 y sus reformas; Ley Nº 2973 de 20 de diciembre de 1961; Ley de Declaración Jurada de Bienes Inmuebles, Nº 3026 de 11 de setiembre de 1962, especialmente el Art. 1. El Impuesto Territorial se impone en el valor de la tierra y sus mejoras. Todos los terratenientes deben declarar su tierra, pero si la finca es evaluada en menos de ₡ 10,000.00 está eximida del impuesto. Las tarifas son:  
₡ 3.00 por mil para valores entre 1,000 y 250,000;  
₡ 5.50 por mil para valores entre 250 mil y 500 mil;  
₡ 8.00 por mil para valores entre 500 mil y 3 millones;  
₡ 10.50 por mil para valores que exceden de 3 millones.



rado su tierra para propósitos fiscales están anotados en Tributación Directa como dueños; una copia de la declaración para fines del impuesto se le devuelve al terrateniente. Los agricultores que realmente han pagado sus impuestos territoriales consideran que sus recibos de impuestos son una clase de título a su tierra. En el caso de que sus derechos de propiedad sean amenazados. Los agricultores no tardarán en ir al agente de policía más cercano en solicitud de ayuda, usando sus recibos del impuesto como prueba de sus derechos. Pero estrictamente hablando la ley no considera los recibos de impuestos como prueba de propiedad.<sup>(58)</sup>

### b. Carta-Venta Privada

La carta-venta privada prueba un contrato de venta de la tierra. Típicamente la carta-venta privada se prepara en un pedazo de papel cualquiera dando la descripción de la tierra, los nombres del comprador y del vendedor, el hecho de que la tierra se vende libre de gravámenes y la fecha de la venta. Se firma por las partes pero generalmente sin testigos. El valor legal de la carta-venta privada se limita a la simple prueba de que ocurrió la venta. Los Tribunales en general dan poco valor a la carta-venta privada a menos que haya sido autenticada por un notario. Para autenticar la carta-venta el comprador lleva el documento al notario quien certifica que la carta-venta existió a partir de esa fecha (aunque la carta-venta tenga una fecha anterior). La autenticación da así a la carta-venta privada una fecha cierta, que las Cortes reconocen para propósitos de establecer el período de tiempo en que el comprador ha estado en posesión de la tierra.<sup>(59)</sup>

Si la carta-venta privada ha sido atestiguada por dos o más personas su valor como prueba aumenta.<sup>(60)</sup> En todo caso la carta-venta privada califica como justo título puesto que se propone mostrar que el comprador compró o adquirió la tierra de buena fe, creyendo que el vendedor era el verdadero dueño. La carta-

(58) El demandante en un procedimiento de titulación por información posesoria, debe haber declarado su tierra para propósitos de impuestos para poder recibir el título. Los requisitos de declaración del impuesto se imponen como medio para administrar el impuesto más bien que como prueba de reclamarse su propiedad.

(59) Código Civil, Art. 742.

(60) Código Civil, Arts. 750-751.

venta privada puede ser considerada desde un punto de vista práctico como la categoría más baja de título o al menos el de menor valor.

### c. Documentos notarizados

Hay varias clases de documentos que cuando debidamente notarizados aumentan su valor como evidencia de posesión.

#### 1) Carta-Venta Protocolizada

Este documento es lo mismo que una carta-venta privada excepto que las partes de la venta han formalizado su transacción ante notario, quien a su vez registra la venta en su protocolo.<sup>(61)</sup> Cuando la venta de la tierra ha sido formalizada ante Notario la carta-venta se torna en un documento público de registro (protocolo) gozando de una presunción legal de validez. Las Cortes le dan más fuerza probatoria a una carta-venta protocolizada, en parte porque la presencia del Notario durante la formalización de la transacción disminuye las oportunidades de fraude, coacción, o falsedad.

#### 2) Documento Notarizado de Derechos de Herencia

Un testamento que ha sido debidamente notarizado puede servir después de muerto el testador, como prueba documental de la propiedad de los herederos designados. Dicho documento es particularmente útil cuando los herederos promueven el procedimiento de información para obtener título inscribible.

Suponiendo que el agricultor no tiene título a su tierra y muere sin dejar testamento, su familia puede ir al Juzgado para obtener un reconocimiento legal de su status como heredero. En este caso el Juzgado determina quiénes son los herederos abintestato (declaratoria de herederos) y decreta que dichos herederos tienen derecho a una porción determinada de la propiedad del fene-

(61) Los Notarios pueden solamente tener un protocolo a la vez. Cuando todas las páginas de su protocolo han sido llenadas, éste debe enviarlo a los Archivos Nacionales para su archivo permanente.

cido. Puesto que no hay título legal, esto es, no hay propiedad probada, el Juzgado solamente puede distribuir aquellos derechos que el fallecido pueda haber tenido. No obstante los herederos legales pueden notarizar la declaratoria del Juzgado y usar este documento público como prueba de sus derechos en un futuro procedimiento de titulación.

#### d. Plano Catastral

Es un paso importante en el proceso para asegurar más los derechos sobre la tierra. Una vez que el plano catastral ha sido registrado en la Oficina de Catastro, el dueño se siente razonablemente seguro acerca del tamaño y linderos de su propiedad. Los mapas de reconocimiento son de particular valor en las nuevas áreas donde la colonización espontánea está activa, como medio de defenderse contra las incursiones. La observación personal indica que los ocupantes que han levantado un plano catastral sobre su tierra se sentían considerablemente más confiados de su propiedad que los dueños que no lo habían hecho.

En realidad el plano catastral es también importante para obtener título de la tierra; los Tribunales no pueden decretar título en el procedimiento de información posesoria sino hasta que se haya hecho un plano de la tierra.

#### e. Sumario

El agricultor quien ha tomado posesión de tierras de la reserva nacional, denuncia su tierra como dueño pero no tiene documentos para probarlo, está obviamente en una posición de menos seguridad que el agricultor que ha comprado los derechos consuetudinarios de propiedad de otro agricultor y tiene una carta-venta para probar su posesión. Si la carta-venta ha sido notarizada y registrada en el protocolo el agricultor puede estar aún más confiado de sus derechos. El agricultor que tiene tanto la carta-venta y el plano catastral de su tierra está aún en mejor posición de seguridad de tenencia.

Para adquirir mayor visión del concepto de seguridad de la tenencia, el Proyecto de Derecho Agrario ha clasificado estos

diferentes niveles de seguridad de tenencia según el valor de seguridad de los documentos de evidencian los derechos del propietario. Para poder medir y comparar los efectos económicos de estos diferentes niveles de seguridad de la tenencia, se le fueron asignados valores a cada uno o combinación de documentos que tenía cada dueño. Los valores fluctúan del 1 al 5.<sup>(62)</sup>

(62) Una clasificación algo diferente se le dio a las fincas estudiadas en las zonas 2 y 5 para poder reflejar una característica especial de la seguridad de la tenencia que se observó en esas áreas. En la zona 4 (Valle de Coto Brus), los valores fluctúan de 1 a 6, con el valor 6 representando tanto las tierras parcialmente tituladas como aquellas con título completo. En la zona 5 Parrita-Quepos, los valores también fluctúan de 1 a 6, pero el valor representa tierra parcialmente titulada y 6 representa la completamente titulada.

### Parte III

#### A. Metodología

##### 1. Selección de las zonas de estudio

El objeto de este estudio es estudiar la relación entre algunos conceptos y prácticas legales que afectan la seguridad de tenencia de la tierra y los problemas que originan en el desarrollo económico de la agricultura. El estudio también trata de determinar la naturaleza y la intensidad con que algunas prácticas legales que se vuelven actuales sustituyen, en un operacional, la ley escrita, cuando esta última es inadecuada para la regulación del comportamiento económico.

Tomando en cuenta la posibilidad de que tanto estas prácticas legales en sí como sus efectos en la seguridad de la tenencia puedan ser diferentes en diferentes áreas del país se decidió que los estudios de campo debían comprender una amplia gama de zonas geográficas con diferencia en el uso de la tierra, en los cultivos principales, en infraestructura, clima, y en el grado de desarrollo de la agricultura. La edad de la zona, en términos del tiempo transcurrido desde su colonización, también se consideró.

Se escogieron 5 zonas para la encuesta: una en las llanuras del noreste de San Carlos en la Costa Atlántica; una en la parte central de la Península de Nicoya; una en la parte oeste de la Meseta Central cerca de la ciudad de Alajuela, y el poblado de Atenas; una en el Valle de Coto Brus en la parte sur de Costa Rica cerca de la frontera con Panamá y una en el Pacífico, al sur de San José, cerca de los pueblos de Quepos y Parrita.

##### 2. Selección de las unidades de análisis

No existía información disponible de donde pudiera diseñarse una muestra al azar de las fincas en cada zona. Se hizo por lo tanto necesario tomar un censo completo de todas las fincas de

cada una de las zonas seleccionadas como un prerrequisito para el diseño de la muestra al azar. La variabilidad en el tamaño de las fincas se tomó como el determinante principal del tamaño de la muestra en cada zona, porque esta variabilidad en general indica la variabilidad que puede esperarse en la producción e ingresos de cada finca.

Se escogieron un total de 195 fincas que se distribuyeron de la siguiente manera: San Carlos 45, Nicoya 37, Atenas 49, Coto Brus 32, y Parrita 31. Se llenó un cuestionario en cada finca y con la información así obtenida se llevó a cabo un análisis estadístico que consistió principalmente de regresiones y correlaciones.

#### B. Descripción de las zonas de estudio

##### 1. La zona de San Carlos

###### a.—Descripción física

El área estudiada se localiza en las llanuras del noreste de San Carlos en la costa Atlántica, y su altitud varía entre 200 y 400 metros. Hay una carretera transitable durante todo el año entre la capital del Cantón, Ciudad Quesada, y Pital, que es un poblado de cerca de 2000 habitantes y está localizado en la parte sur del área de estudio. La topografía es bastante plana con algunas pequeñas colinas, pero las condiciones del suelo son en general malas. La precipitación en esta zona tiene un promedio de entre 2000 y 4000 mm. por año. Durante la mayor parte del año, los caminos que atraviesan varias porciones de la zona de estudio son intransitables excepto a caballo o en tractor. Pital tiene una agencia del Banco Nacional y una Agencia del Consejo Nacional de Producción que cuenta con una bodega en donde los agricultores pueden vender sus productos al precio de sustentación en cada caso. Además, hay varios establecimientos en donde puede adquirirse maquinaria, fertilizantes y semillas.

b.—Tamaño de fincas, estructura de la tenencia y uso de la tierra

i. Tamaño de fincas

El área de estudio cuenta con aproximadamente 350 fincas y, basándose en una muestra del 13% (45 fincas), el tamaño promedio de las fincas es de 114 mz. El tamaño de la finca en la muestra varió de entre 0.5 mz. y 725 mz. y la desviación standard fue de 174 mz. Las 3 fincas más grandes (725 mz., 623 mz. y 550 mz. respectivamente) se encontraban a menos de 10 km. de Pital, pero hay también un número considerable de fincas grandes localizadas en el área más remota del área del estudio, y son estas fincas cuyo tamaño varía entre 75 y 400 mz. las que causan que el tamaño promedio de finca en esta zona sea bastante alto.

Los 45 finqueros entrevistados en la zona de Pital eran propietarios, aún cuando sólo 21, o sea 47% tenían título registrado en el Registro de la Propiedad. Otras 7 fincas, o sea 15% tenían parte de su tierra titulada, resultando por lo tanto que el 17 ó 38% no tenían título. Las fincas tituladas o parcialmente tituladas son en general más pequeñas que las fincas sin título y tienden a localizar más cerca de Pital a orillas de caminos transitables durante todo el año. Por lo tanto, y de acuerdo a la muestra, el tamaño promedio de las fincas tituladas fue de 89 mz. comparado a 127 mz. como promedio para las fincas sin titular. En términos de área, la muestra indica que aproximadamente 50% de la tierra en la zona tiene título. El mayor tamaño de las fincas sin titular refleja en general el hecho de que son de reciente formación en tierras de las reservas nacionales a través de colonización espontánea; la mayor parte de estas fincas sin titular tienen todavía una gran porción de su área cubierta por montaña.

ii. Estructura de la tenencia

Aún cuando todas las fincas contenidas en la muestra eran operadas por su dueño, había 10 operadores, o sea 25%, que estaban trabajando tierra adicional, bajo alguna forma de aparcería, especialmente usando la forma de "a medias". La forma de explotación en sociedad, se emplea principalmente como un medio

para compartir las necesidades de capital para comprar la tierra y el ganado. En general cuando se usa este tipo de asociación dos o más finqueros son los dueños de la tierra (o derechos de posesión) y del ganado, aún cuando generalmente sólo uno de los socios aporta el efectivo o el ganado, mientras que el otro permanece en la finca como administrador. La forma "a medias" se encuentra tanto en actividades agrícolas como en operaciones ganaderas. En el caso de operaciones agrícolas, este tipo de asociación se encuentra con más frecuencia cerca de los poblados, y surge porque el operador no posee suficiente tierra propia para cultivar y busca entonces un vecino dispuesto a ceder 1 ó 3 mz. de su tierra a cambio de un 50% del producto neto que se vende. En el caso de operaciones ganaderas "a medias", este tipo de sociedad surge generalmente porque tiene potrero en exceso mientras que otro no posee suficiente tierra para mantener su ganado. El finquero con exceso de tierra en potrero, permite que el ganado del otro pastero en su finca (alquila el potrero) a cambio de un 50% de las crías nacidas durante el tiempo en que la sociedad esté vigente. Este tipo de asociación se aproxima más a una sociedad en el sentido usual de la palabra, que la forma de "a medias" en el caso de actividades puramente agrícolas, porque en el primer caso ambos participantes tienen poder de regateo muy similar. El operador de una finca con insuficiente ganado para sus potreros puede sugerir este tipo de sociedad de la misma manera que lo haría el operador con insuficiente potrero para su ganado. Las operaciones ganaderas "a medias" se encuentran con más frecuencia entre finqueros grandes o de mediano tamaño.

Además de la sociedad en el sentido usual de la palabra, y de las operaciones "a medias", ocasionalmente se observan casos de arrendamiento. En las actividades agrícolas, el arrendamiento se encuentra con más frecuencia en el cultivo de la piña, tal vez porque este cultivo tiene un valor de mercado más alto que la mayoría de los cultivos de la zona. El precio del alquiler se aproxima a 75 colones por manzana por cultivo. Se encontraron también casos de arrendamiento de derechos de pastoreo, en donde los operadores de fincas con suficiente pasto alquilan potrero a un vecino en base a 7-9 colones por cabeza por mes.

### iii. Uso de la tierra

En términos del uso de la tierra, la muestra indicó que únicamente el 5% de la tierra está en cultivos, el 53% está en montaña o en charral. El porcentaje relativamente alto de tierra en montaña se debe principalmente a que hay fincas grandes sin título que han sido establecidas recientemente en las partes más remotas de la zona. Sin embargo, un número pequeño de fincas con títulos tienen una proporción considerable de su área también cubierta de montaña. La mayoría de la tierra en potrero y un poco más de la tierra en cultivo se encuentra en fincas tituladas. Aún cuando la cantidad de tierra en cultivo es baja en esta zona, los productos agrícolas representan el 28% de la producción total de esta zona. Los principales cultivos de esta zona en orden de importancia son: piña, arroz, maíz, yuca, café (de baja calidad) y frijoles. Un pequeño número de fincas tienen operaciones ganaderas en gran escala y es debido a esto que un porcentaje alto (72%) de la producción de esta zona se atribuye a operaciones de lechería.

## 2. La zona de Nicoya

### a.—Descripción física

La zona estudiada comprende 2 áreas pequeñas localizadas en la parte central de la Península de Nicoya. Una de estas zonas está localizada en el cantón de Santa Cruz a menos de 15 km. de la ciudad de Santa Cruz. La segunda zona está localizada más al sur, cerca de la ciudad de Nicoya. Las dos zonas cuentan de una buena red de caminos transitables durante todo el año. Los servicios bancarios y de mercadeo están relativamente bien desarrollados. En ambas zonas se encuentran terrenos moderadamente quebrados pero la mayoría de la tierra es bastante plana. Lluve regularmente durante aproximadamente 6 meses al año pero durante la última mitad de la estación seca el agua para el ganado se vuelve escasa. Según un mapa del suelo recientemente publicado y que cubre esta zona, cerca del 15% de los suelos son buenos y pueden usarse en cultivos intensivos, pero el restante 85% es suelo apto únicamente para pastoreo de baja calidad.

### b.—Tamaño de fincas, estructura de la tenencia y uso de la tierra

#### i. Tamaño de fincas

Dentro de las dos zonas que comprenden la muestra hay 211 fincas. Basándose en una muestra de 18% (38 fincas), el tamaño promedio de finca es de 108 mz. Una finca en la muestra tenía 217 mz. y si el efecto de esta finca sobre el tamaño promedio se elimina, este promedio baja a 50 mz. (la desviación standard fue de 59 mz.). Aún cuando el número de fincas en esta zona está aumentando principalmente debido a la fragmentación por herencia, el tamaño promedio de las fincas está aumentando también, lo que sugiere que también está ocurriendo un proceso de consolidación de tierras. Cerca de la mitad de las fincas contaban con entre 3 y 7 parcelas que habían sido adquiridas principalmente por medio de compra. El período promedio de posesión fue de 17.3 años.

#### ii. Estructura de la tenencia

Aproximadamente  $\frac{2}{3}$  de las fincas en la muestra no tenían título. A diferencia de la zona de San Carlos las fincas sin título en Nicoya son las fincas más pequeñas. Así por ejemplo, el tamaño de las fincas sin título en la muestra fue de 39 mz. (mediana 20 mz.) mientras que el tamaño promedio de las fincas con título fue de 256 mz. (mediana 75 mz.). En términos de área, casi el 75% de la tierra en la muestra tenía título.

En la zona de Nicoya, el arrendamiento y la aparcería son bastante comunes. Además de trabajar su propia tierra, 13 de 38 operadores de finca (33%) estaban trabajando tierra en sociedad o bajo alguna forma de arrendamiento o aparcería. La forma más común de asociación es aparcería en actividades agrícolas ya sea "a medias", "a tercias", o "a quintas" (el dueño obtiene 50%, 33%, 20% respectivamente del producto neto). Bajo algunos de este tipo de asociaciones, particularmente de la variedad "a medias" el operador trabaja en condiciones de bastante igualdad con el dueño de la tierra y este tipo de asociación se aproxima a la sociedad en el sentido usual de la palabra. El arrendamiento

también se usa (el alquiler es de 100 colones por mz. por periodo o por cultivo aproximadamente) especialmente en cultivos anuales, tales como arroz y frijoles en parcelas pequeñas. Una forma indirecta de alquiler también existe y se llama "esquilme" en donde el operador paga el alquiler limpiando la tierra cuando ésta está en charral y dejando el área sembrada de pasto después de haber sembrado y recogido 1 ó 2 cosechas. Finalmente asociaciones de tipo sociedad o "a medias" se usan ocasionalmente en operaciones ganaderas. En la mayoría de los casos, son los pequeños finqueros con insuficiente tierra propia los que usan la aparcería y el arrendamiento en cultivos anuales. Las operaciones ganaderas a medias o en sociedad las usan con más frecuencia los finqueros medianos o grandes como una manera de compartir las necesidades de capital para la formación del ható.

### iii. Uso de la tierra

La ganadería es la actividad más importante de la zona de Nicoya y 58% del área en la muestra está en pasto (la mayor parte en potrero natural), 6% está en cultivos anuales, 28% en charral y tierra sin cultivar y 8% en montaña. Las fincas grandes tituladas son invariablemente fincas ganaderas o de lechería, mientras que las fincas más pequeñas y sin título tienen un uso de la tierra más intensivo en cultivos anuales, parte de los cuales se vende y parte se consume en la finca. Los principales cultivos anuales en esta región en orden de importancia son: arroz, maíz y frijoles. Entre ellos representan el 26% del valor total de la producción agrícola de una finca promedio en la muestra. El restante 74% provenía de operaciones ganaderas o de lechería.

## 3. La Meseta Central (Guácima-Atenas)

### a.—Descripción física

Dos áreas pequeñas a 15 km. una de la otra comprenden la tercera zona de estudio. Ambas áreas están localizadas en la parte oeste de la Meseta Central cerca de la ciudad de Alajuela y el poblado de Atenas. El ferrocarril entre San José y Puntarenas atraviesa parte de la zona. La zona cuenta con caminos transitables

todo el año algunos de los cuales están pavimentados. Debido a la proximidad de Alajuela a San José, los servicios bancarios y de mercadeo en esta zona son los más desarrollados de las 5 zonas estudiadas. El acceso a los servicios técnicos del Consejo Nacional de Producción y del Ministerio de Agricultura, así como también de algunas firmas comerciales agrícolas es mucho más fácil en esta zona que en las otras estudiadas. La topografía en parte de la zona (cerca de Guácima y Turrúcares, Alajuela) es generalmente plana, con algunas colinas. En la mayor parte del área sin embargo, el terreno es bastante quebrado. Cerca de Atenas, una zona de terreno bastante quebrado, los suelos son lateríticos (series Aguacate y Grecia) y en las partes más planas cerca de Alajuela los suelos son de mayor calidad y han sufrido menos la erosión, pero en la mayor parte del área la erosión es considerable. La precipitación varía entre 2 mil y 4 mil mm., y la mayor precipitación ocurre entre los meses de julio y diciembre.

### b.—Tamaño de la finca, estructura de la tenencia y uso de la tierra

#### i. Tamaño de finca: fragmentación y consolidación de la tierra

Las dos áreas que forman la tercera zona de estudio contienen aproximadamente 306 fincas y según una muestra del 16% (49 fincas) el tamaño promedio de fincas fue 15.6 mz. El tamaño de las fincas en la muestra varió entre 1 y 121 mz. y 19 fincas en la muestra o sea 38% tenían menos de 5 manzanas. Aún cuando todavía está ocurriendo fragmentación por herencia, su efecto parece cancelarse por la consolidación de fincas pequeñas en fincas más grandes. Una de las razones que explica este proceso de consolidación, es el rápido aumento del valor de la tierra en esta zona durante los últimos 10 años. Los finqueros dueños de pequeñas parcelas y que no pueden obtener un ingreso adecuado de su tierra, se ven tentados a venderla debido a su precio alto y de emigrar a otra parte. Otro ejemplo que muestra una tendencia hacia una consolidación neta de tierra en esta zona es el hecho de que 13 fincas en la muestra (26%) añadieron un promedio de 16 mz. a la finca original durante los últimos 10 años. Por otro

lado, durante el mismo período, hubo sólo 7 fincas en la muestra (12%) que fueron adquiridas por medio de regalo o herencia bajo condiciones que sugieren fragmentación o subdivisión de una finca mayor. Además hubo 4 casos donde la parcela de tierra heredada se agregó a una finca ya existente, por lo tanto aumentando el tamaño de la finca.

## ii. Estructura de la tenencia de la tierra

De las 49 fincas en la muestra, sólo una no tenía título registrado en el Registro de la Propiedad. Esta finca sin titular era una parcela de 1 mz. que había sido adquirida a través de herencia hace más de 40 años. Para los propósitos de este estudio la zona 3 se considera como totalmente titulada.

En la muestra de 49 fincas, 11 de los operadores (22%) estaban trabajando tierra adicional por medio de sociedad, arrendamiento o varias formas de aparcería ("a medias", "a tercias", y "a quintas"). Las aparcerías en forma de "a medias" y "a tercias" son las más frecuentes, y las usan los finqueros que tienen insuficiente tierra propia. La sociedad que se encuentra ocasionalmente por lo general involucra a fincas de mayor tamaño.

## iii. Uso de la tierra

La muestra de las 49 fincas indica que el 22% de la tierra está siendo cultivada actualmente, 76% está en potrero natural y mejorado y 2% está sin cultivar o en montaña. Los principales cultivos en la zona en orden de importancia son: caña de azúcar, café, maíz, frijol, tabaco, maní y tomate. Según la muestra estos cultivos representan el 71% de la producción total para una finca promedio en la zona.

## 4. El Valle de Coto Brus

### a.—Descripción física

El Valle de Coto Brus se encuentra en la parte sur de Costa Rica cerca de la frontera con Panamá. La altura del Valle varía

entre 2 mil pies en la parte norte y 4 mil pies en la parte sur. El Valle está rodeado por la Cordillera de Talamanca y las montañas de la costa del Pacífico. La única carretera con que cuenta el Valle une la carretera Interamericana, a la altura de Paso Real con San Vito y es transitable en jeep durante solamente 6 meses del año. Las dos áreas de estudio que comprenden o que forman esta zona, cubren la mayor parte del Valle a lo largo de la carretera citada. San Vito, que es el pueblo más grande en el Valle queda en la parte sur de éste.

Coto Brus se empezó a colonizar a principios de 1950 en su parte sur, cerca de San Vito por una colonia italiana que recibió del gobierno de Costa Rica una concesión de tierra bastante grande. En esa misma época, finqueros costarricenses en busca de nueva tierra comenzaron a emigrar al Valle. La mayor parte de la tierra arable en la parte sur del Valle, ya estaba en manos privadas cuando los colonizadores nativos llegaron. Sin embargo, este hecho no amedrentó a los colonizadores nativos que fueron atraídos a esta región por la publicidad que se le dio a la nueva colonia italiana y buena parte de ellos se asentaron en las 10 mil hectáreas que habían sido dadas a la colonia como reserva. Como resultado, un problema serio de precarismo se formó que todavía no ha sido resuelto. Las partes central y norte del Valle donde está localizada el área de estudio, casi no ha sido afectada por este problema de precarismo porque estas tierras cuentan con suelos de calidad relativamente inferior y están localizadas a una menor altura que la parte sur del Valle y por lo tanto nunca fueron adquiridas por grandes terratenientes antes de iniciarse el período de colonización.

Comparándola con las otras 4 zonas estudiadas, la actividad agrícola en Coto Brus es extremadamente atrasada y en su mayoría la agricultura que se practica es de subsistencia. La falta de una carretera transitable todo el año, de servicios bancarios, y el difícil acceso a servicios tecnológicos, son en gran medida responsables del bajo nivel de la actividad agrícola en la zona estudiada.

## b.—Tamaño de fincas, estructura de la tenencia y uso de la tierra

### i. Tamaño de fincas

De las 155 fincas contenidas en el área de estudio, 32 o sea 20% fueron seleccionadas para la encuesta. Según la muestra, el tamaño promedio de la finca es 80 mz. y varía entre 9 y 500 mz. (la desviación standard es 93 mz.). Las fincas más grandes en esta zona tienden a estar totalmente cubiertas de montañas y alejadas de la carretera que atraviesa el Valle, mientras que las fincas más pequeñas tienden a estar más cerca o junto al camino.

### ii. Estructura de la tenencia de la tierra

Solamente 4 de las 32 fincas contenidas en la muestra tenían título de propiedad registrado en el Registro de la Propiedad. Esta proporción en la muestra la reafirma un estudio hecho de las listas del impuesto de camino del cantón de Coto Brus que mostraba que el 90% de las fincas inscritas para efecto del impuesto no tenían título de propiedad.

Una de las 4 fincas tituladas era la finca más pequeña en la muestra (9 mz.) y otra era la mayor (500 mz.) y las 4 promediaban 236 mz. Un poco más del 75% del área de las 32 fincas comprendidas en la muestra estaba sin titular.

Es muy difícil determinar cuántos de los operadores que no tenían título legal de su tierra eran precaristas en el sentido legal de ocupar tierras tituladas a nombre de terceras personas. Durante las entrevistas, algunos casos de precarismo en el área fueron mencionados por finqueros y hubo un caso sospechoso incluido en la muestra. Las entrevistas con el alcalde de Coto Brus en San Vito indican, sin embargo, que la mayor parte del problema de precarismo se encuentra en las partes altas en el sur del Valle y que los finqueros en las áreas estudiadas son colonizadores u ocupantes de terrenos del Estado, muchos de los cuales pueden establecer el período de posesión de 10 años que es necesaria para titular bajo el procedimiento de información posesoria. Por esta razón, los operadores entrevistados se considerarán como propietarios sin título legal.

De los 32 operadores entrevistados, 8 estaban trabajando tierra adicional bajo arreglos contractuales. Estos arreglos consistían de sociedades, aparcería "a medias", y el esquilme en donde el operador paga la renta limpiando la tierra y sembrando en ella pasto después de haberla usado durante 1 ó 2 cosechas para su propio consumo o para la venta. Ninguna de estas asociaciones o arreglos parece estar motivado por una falta de tierra como en el caso de la zona 3 (Meseta Central). En el caso de sociedades y aparcería "a medias" el operador y el dueño de la tierra parecen tener el mismo poder en el proceso de regateo para establecer la manera en que deben compartirse los costos de capital y mano de obra. En el caso del esquilme, el operador generalmente tiene su propia tierra en pastos, y desea suplementar su ingreso por medio de alguna actividad agrícola pero sin tener que pagar efectivo por el alquiler de la tierra o sin tener que compartir parte de la producción.

### iii. Uso de la tierra

Según la muestra de 32 fincas, 15% de la tierra en fincas está siendo cultivada, 19% está en potrero natural, 34% en charral y 22% en montaña. Los cultivos principales en el Valle de Coto Brus son: arroz, maíz, frijoles y café. Un alto porcentaje de estos cultivos se consumen en la finca principalmente por la falta de caminos adecuados y por la escasez de mercados cercanos. Según la muestra, los cultivos anuales y perennes representan el 66% del valor total de la producción agrícola para una finca promedio en la zona.

## 5. Parrita-Quepos (Costa del Pacífico)

### a.—Descripción física

La quinta zona estudiada está localizada en la costa del Pacífico, al sur de San José. Dos áreas pequeñas separadas entre sí por 25 km. forman la zona analizada. La altitud del área varía entre 500 y mil pies y recibe entre 2 mil y 4 mil mm. de precipitación durante la estación lluviosa (julio-diciembre). Hay una carretera transitable todo el año que rodea las dos zonas o las dos



áreas de estudio y hay otros caminos, algunos transitables en jeep, que penetran en la mayor parte del área. Existe una agencia del Banco Nacional en Parrita y en Quepos y el Consejo Nacional de Producción tiene también oficina y bodega en la zona. La mayor parte de la producción agrícola, incluyendo el ganado, se lleva a San José para venderlo.

La plantación de palma africana de la United Fruit Company que queda en las llanuras cerca del área estudiada, es una fuente de empleo continuo en la zona. Algunos de los operadores entrevistados fueron empleados de la Compañía y han comprado tierra de la Compañía o recibido pensiones también de la Compañía en la forma de pequeñas concesiones de tierras en las reservas que posee la Compañía.

Exceptuando los buenos suelos en las llanuras que ocupa la plantación de palma africana, los suelos al pie de las colinas son lateríticos y están sujetos a erosión severa. La mayor parte de las fincas entrevistadas estaban localizadas en terreno moderadamente quebrado y algunas pocas en terreno francamente quebrado.

#### b.—Tamaño de fincas, estructura de la tenencia y uso de la tierra

##### i. Tamaño de fincas

Las dos áreas que forman la quinta zona de estudio contienen 170 fincas. Se seleccionaron 31 fincas, o sea 19% para ser analizadas. Según la muestra, los tamaños de finca varían de 1 a 624 manzanas y el tamaño promedio de 66.5 mz. (la desviación standard es de 132 manzanas). Durante los últimos 10 años, ha habido una cantidad considerable de transacciones de tierra en la zona, particularmente entre los primeros colonizadores y los emigrantes más recientes venidos de otras áreas rurales de Costa Rica. Algunas de las parcelas más grandes acaparadas por los primeros colonizadores (parcelas de 200 manzanas) han sido vendidas en parcelas de tamaño pequeño y tamaño mediano a los inmigrantes más recientes. Sin embargo, la mayor parte de las fincas pequeñas se han agrandado y hay probablemente un proceso de consolidación neta de tierra. El tamaño promedio de la parcela original

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
adquirida fue de 56 manzanas, lo que se compara con un tamaño promedio de la parcela actual de 66.5 manzanas. Solo 4 de las 31 fincas entrevistadas eran de 5 manzanas o menores.

##### ii. Estructura de la tenencia

En la muestra de 31 fincas, ó sea 26%, tenían título registrado en el Registro de la Propiedad y otras 2 fincas tenían parte de su área con título, habiendo por lo tanto 21, o sea 68% sin titular. Las 3 fincas más grandes estaban tituladas o parcialmente tituladas y las fincas restantes tituladas, eran de tamaño mediano (entre 6 y 55 manzanas). Las fincas sin titular eran generalmente de tamaño mediano o pequeñas. Aún cuando un porcentaje alto de la finca no tenía título, es dudoso que alguna de ellas sea un caso de ocupación en precario (posesión de tierra legalmente titulada a nombre de terceras personas), con la posible excepción de varias fincas que pertenecieron a la United Fruit Company, (y pueden todavía estar tituladas a nombre de la Compañía). Una de las fincas tenía una porción de su área en disputa entre el operador en posesión y los herederos de una familia que reclamaban propiedad basándose en una vieja concesión (1800); en este caso está claro que los beneficiarios de la supuesta concesión de tierra nunca han ejercido posesión de la misma, y que durante los últimos 30 años, varios colonizadores se han asentado sobre esa tierra y eventualmente han vendido sus intereses al finquero que en el presente tiene la posesión.

De los 31 operadores entrevistados, 11 estaban trabajando tierra adicional por medio de asociaciones y contratos de diversas formas. De éstas, la más común es el arrendamiento con pago en efectivo (50 colones por manzana de cultivo) y el arrendamiento por medio de esquilme, en donde el pago se da en la forma de trabajo en la limpia de la tierra y en donde existe además la condición de que la tierra debe dejarse en potrero al final del período de arrendamiento. Los operadores que están arrendando tierra adicional, son en general dueños de pequeñas parcelas aunque se encontraron algunos casos en donde el operador que estaba arrendando tenía una parcela de tamaño mediano en pastos. En estos casos, los arrendatarios están dispuestos a usar el esquilme para sembrar arroz y frijoles porque la tierra puede ser bastante fértil

y porque su propia tierra está en potrero y no pueden ni quieren eliminar parte de sus potreros para sembrar.

### iii. Uso de la tierra

La muestra de 31 fincas indica que el 19% de la tierra está siendo cultivada, 57% está en potrero natural o mejorado, 10% ha sido desmontada pero no está siendo cultivada y 14% está todavía en montaña. Los principales cultivos en esta región son: arroz, maíz y frijoles. Los cultivos anuales y perennes constituyen el 33% del valor total de la producción agrícola para una finca promedio en esta área.

### Resumen

La zona de Pital, en San Carlos, está creciendo rápidamente. Está situada entre las regiones más desarrolladas de las llanuras de San Carlos y las zonas de colonización donde las tierras de reserva nacional están siendo asentadas por medio de la colonización espontánea. Los tamaños de las fincas son mayores que en el promedio para la nación y las fincas sin título, que están localizadas en las zonas de más reciente colonización, son en general mayores que las fincas tituladas.

A un pequeño número de fincas menores de 5 manzanas y los operadores de estas fincas, se ven forzados a trabajar como asalariados o a usar el sistema de aparcería con finqueros vecinos que tienen más tierra. Hay alguna evidencia de que existe un proceso de consolidación de tierra en esta zona; la mayor parte de los operadores entrevistados habían adquirido parcelas adicionales en los últimos años y sólo 3 habían vendido porciones de su finca (el tamaño promedio de la parcela original de los finqueros en la muestra era de 77 manzanas; el promedio actual del tamaño de las fincas en la muestra es de 117 manzanas). Las operaciones ganaderas constituyen casi  $\frac{2}{3}$  de la producción de esta zona; pero los cultivos agrícolas son importantes tanto como fuente de ingreso como en el consumo.

Comparándola con otras regiones agrícolas de Costa Rica, San Carlos es una zona dinámica en donde los operadores tienden

a ser más innovadores, muestran mayor capacidad empresarial y trabajan con mayor ahínco en el desarrollo de sus fincas. Aún cuando muchos de los caminos en la zona son intransitables durante la mayor parte del año y aún cuando sólo un promedio del 52% del área de cada finca está siendo cultivada, el valor promedio de la producción agrícola ocupa el segundo lugar dentro de las zonas estudiadas. El objetivo principal de las gentes que emigran a esta zona, es la adquisición de tierra para el establecimiento de una finca. El tener que trabajar como asalariados parte del tiempo, la mayoría lo considera como una situación temporal y necesaria para generar el ingreso que les permita subsistir mientras la finca está en sus primeras fases de desarrollo. En esta zona, el 71% de todos los finqueros entrevistados, eran inmigrantes, y tenían como objetivo establecer fincas productivas. A diferencia de otras zonas, los inmigrantes han tenido suficiente éxito como para que sus objetivos les parezcan factibles de alcanzar. Sin embargo, sigue existiendo una diferencia entre el éxito obtenido y las aspiraciones que se mantienen y este desequilibrio es la fuente del dinamismo en esta zona.

La zona de Nicoya no es una zona de colonización. Ha sido totalmente asentada y cuenta con una buena red de caminos transitables durante todo el año. Los servicios bancarios y de mercadeo están relativamente bien desarrollados. Existen algunas colinas dentro del área estudiada, pero la mayoría de la tierra es bastante plana. Si se elimina de la muestra una finca desusadamente grande, el tamaño promedio de la finca en esta zona es algo más bajo que el promedio para el país en general, y las fincas tituladas son las fincas más grandes. El arrendamiento y aparcería se usan aquí más frecuentemente que en el área de Pital. Bajo algunos de estos arreglos de aparcerías el operador trabaja en condiciones de bastante igualdad con el dueño de la tierra y este tipo de arreglo se aproxima a una sociedad.

Aún cuando las operaciones de ganado y de lechería constituyeron el 74% del valor total de la producción de la zona estudiada, los productos agrícolas son una importante fuente de ingreso para los finqueros más pequeños. En esta área existe tanto un proceso de fragmentación como uno de consolidación de la tierra y las observaciones del campo sugieren que la estructura de la tenencia de la tierra se está deteriorando, es decir, que las fincas

grandes se están haciendo más grandes mientras que las pequeñas se están haciendo más pequeñas.

El dinamismo encontrado en la zona de Pital no está presente en esta área. Los finqueros medianos y pequeños parecen haber alcanzado un estado de equilibrio económico y practican, por lo tanto, un tipo de agricultura tradicional. Por otro lado, algunos de los finqueros más grandes son innovadores, usan métodos modernos de producción y están desarrollando su finca rápidamente, pero éstos son pocos.

La zona de Atenas-Guácima, está localizada en la parte oeste de la Meseta Central. El ferrocarril entre San José y Puntarenas, atraviesa parte de la zona; existen aquí buenos caminos que penetran prácticamente toda el área. Los servicios bancarios y de mercadeo están aquí más desarrollados que en cualquier zona estudiada, y el acceso a la tecnología es también mucho más fácil. La zona es en general de topografía quebrada, aún cuando la topografía en algunas secciones es bastante plana.

Las fincas son aquí bastante más pequeñas que en cualquier otra región estudiada y también de menor tamaño que el promedio para la nación. El arrendamiento y la aparcería son bastante comunes aún cuando algunos finqueros expresaron que la disponibilidad de tierra para tal tipo de actividad se está agotando. Según la muestra, las fincas tienen un promedio de 22% de su área en cultivos agrícolas y 76% en potrero natural o mejorado. Sin embargo, un promedio de 71% del valor bruto de la producción de la finca lo constituyen los productos agrícolas.

La característica básica de esta zona y que la diferencia de las otras estudiadas, es que está localizada en la Meseta Central. Aquí, la mayor parte de los finqueros tienen título registrado en el Registro de la Propiedad; la infraestructura, los servicios financieros y técnicos están más desarrollados y la presión demográfica es mayor. Como consecuencia, las fincas son más pequeñas, la tierra se usa más intensivamente y la producción está orientada hacia el mercado. En esta zona, están presentes la mayor parte de los ingredientes básicos para una actividad agrícola productiva y por lo tanto, el valor de la tierra es mucho más alto que en las otras zonas estudiadas.

La zona de Parrita-Quepos está localizada en la costa del Pacífico al sur de San José. A esta área la atraviesa la carretera,

transitable todo el año, que une San José con el puerto de Quepos y además, una red de caminos transitables en jeep penetran la mayor parte de la zona. Existen sucursales del Banco Nacional en Parrita y Quepos y el Consejo Nacional de Producción tiene también oficinas y bodegas cerca del área. El tamaño promedio de las fincas es un poco más alto que el promedio del país como un todo. Aún cuando parte de las fincas más grandes acaparadas por los primeros colonizadores han sido vendidas en forma de parcelas de tamaño mediano y pequeño a inmigrantes recientes, la mayor parte de las fincas pequeñas han sido agrandadas y hay probablemente un proceso de consolidación neta de tierra. La actividad ganadera es la más importante, no solamente en términos del área dedicada a ella, sino también en la composición del valor bruto de la producción de las fincas. Algunos operadores trabajan tierra adicional por medio de arrendamientos y esquilme (donde el pago se da en forma de limpia de tierra y con la condición de que la tierra se deje sembrada de pastos al final del período de esquilme). Según la muestra el 68% de todas las fincas no tenían título registrado en el Registro de la Propiedad.

La proximidad de la plantación de palma africana de la United Fruit Company, le imprime una característica diferente al proceso de desarrollo en esta zona. La mayor parte de la gente emigra en esta área en busca de trabajo con la United Fruit Company. Los salarios relativamente altos y el trabajo continuo, proveen no sólo los medios para comprar la tierra, sino que también el capital necesario para desarrollar y operar la finca. Consecuentemente el proceso de desarrollo se acelera.

El Valle de Coto Brus está situado en la parte sur de Costa Rica cerca de la frontera con Panamá. Al este está la Cordillera de Talamanca y al oeste están las montañas de la costa del Pacífico. La única carretera que penetra al Valle es la que conecta la carretera Interamericana a la altura de Paso Real con San Vito y puede transitarse en jeep durante 3-4 meses al año. Esta es una zona de colonización y su asentamiento comenzó a principios de los años 50 cuando una colonia italiana se estableció en la parte sur del Valle. La colonia ha sido un factor importante en el desarrollo del área particularmente porque ha suplido un mercado local para muchos productos agrícolas que no cultivan los colonos italianos que tienen como actividad principal la producción de café. Asi-

mismo, el establecimiento de beneficios de café en la zona dieron la oportunidad a colonos nacionales de participar en la actividad de la producción de café haciendo que esta zona fuera más atractiva para los finqueros costarricenses en busca de nuevas tierras. Las partes norte y central del Valle donde se encuentra el área estudiada, ha sentido menos el efecto, en su desarrollo, de la existencia de la colonia. Aún cuando el área estudiada está relativamente cerca de la colonia, los caminos que la unen a ella son intransitables durante la mayor parte del año. La falta de un camino transitable durante todo el año, de servicios bancarios y tecnológicos, han hecho que la actividad agrícola en esta zona sea extremadamente atrasada y en gran parte de subsistencia. El tamaño promedio de finca en esta zona ocupa el segundo lugar dentro de las áreas estudiadas y sin embargo, el valor bruto de la producción agrícola por finca y por manzana, es la más baja. La existencia de la aparcería en esta zona no está motivada por una escasez de tierra. La falta de capital de trabajo induce a los finqueros a buscar esta forma de asociación. La falta de título de propiedad es general. 91% de todas las fincas entrevistadas no tenían título registrado en el Registro de la Propiedad.

## Parte IV

### A. Introducción

#### 1. Notas sobre los Análisis de Regresión y Correlación

La forma en que cambian las variables dependientes en relación con las variables independientes está explicada por la ecuación de regresión. Esta ecuación, expresa la relación que existe entre las variables dependientes e independientes. Se llama una variable **dependiente o resultante** a un valor estimado que depende de las otras variables llamadas independientes o causales estas últimas toman sus valores, independientemente de cualquier condición del problema. Cuando hay más de una variable independiente, se dice que la **ecuación es de estimación múltiple o de regresión múltiple**.

En cualquier análisis se espera que la función supuesta represente algún mecanismo básico, o causal, en relación con las unidades experimentales y los factores que se están investigando. Sin embargo, el hecho de que se haya asumido una relación funcional y un procedimiento de computación particulares que permiten usar eficazmente la información observada, no garantizan que exista una relación causal entre las variables. Solo una persona que tenga conocimiento y experiencia en el asunto en cuestión puede opinar acertadamente sobre el punto de que las variables básicas son las que realmente se usan y que los mecánicos básicos operan conforme a la función matemática especificada. El análisis estadístico es solamente una ayuda en la investigación e interpretación de los datos.

Nuestra experiencia en un período largo de observación del asunto al que nos hemos dedicado nos ha dado suficiente conocimiento como para poder decir con seguridad que la función lineal escogida para representar la operación del mecanismo básico es adecuada. También, nosotros creemos que las variables usadas son fundamentales para establecer las relaciones del análisis que

estamos haciendo. Por lo tanto, nos sentimos aptos para interpretar en forma exacta, los resultados del análisis estadístico, confiados en que estamos interpretando fielmente el mecanismo básico.

Para poder escoger la variable básica para la regresión múltiple y el análisis de correlación, nosotros llevamos a cabo una serie de regresiones lineales simples y correlaciones que indicarian el grado de relación lineal entre el juego de variables dependientes y el juego de variables independientes tomando solo una de ellas a un tiempo. También trazamos regresiones lineales simples entre las variables independientes para establecer el grado de asociación entre ellas. Una regresión lineal simple estima la variable dependiente usando una ecuación lineal solo en presencia de una variable independiente y por lo tanto tiene solo un coeficiente de regresión (b) que se conoce como el **coeficiente de regresión bruto**. El término bruto se incluye aquí para indicar la relación aparente, o bruta, entre dos variables sin considerar si esta relación es causa en parte o totalmente de otras variables independientes asociadas con la que estamos considerando.

En sentido contrario, una ecuación de regresión múltiple explica la variable dependiente en términos de dos o más variables independientes. En este caso los coeficientes de regresión ( $b_2, b_3, \dots$ , etc.) se denominan **coeficientes de regresión netos**. El término neto se incluye para indicar la regresión de las variables respectivas con relación a la variable dependiente, excluyendo, las influencias asociadas producto de otras variables independientes.

Una vez que hayamos obtenido la ecuación de regresión, debemos saber cuán cerca pueden estimarse los valores de las variables dependientes en relación con los valores de las variables independientes. Esta medida se da de acuerdo al error asociado (la cercanía de la estimación), el cual se define para la muestra que estamos analizando como la desviación standard alrededor de la línea de relación. Si no coinciden perfectamente los valores estimados con los valores de la variable dependiente esta situación altera los resultados de la investigación. Estas diferencias se deben obviamente a los residuos; o sea, a cambios en la variable dependiente que no fueron determinados junto a los cambios en las variables independientes particulares que se usaron en el análisis. Por esta razón las diferencias entre los valores estimados y los observados se denominan diferencias de residuo. La desviación

normal de las diferencias de estos residuos se les llama error normal de la estimación porque puede servir como base para indicar la cercanía con que los nuevos valores pueden aproximarse a los verdaderos valores desconocidos. En otras palabras, el error standard de estimación puede usarse para indicar la exactitud con que una serie de estimaciones de las variables dependientes puede hacerse cuando se conocen solamente los valores de las variables independientes, pero solamente donde se conoce efectivamente que los nuevos casos se sacan al azar y del mismo universo (el mismo grupo de situaciones) de donde se tomaron las observaciones para determinar la relación. Sin embargo, el error standard de estimación, no ofrece ninguna medida proporcional al cambio en la variable dependiente que es a su vez debido al cambio en los factores independientes. Esta medida se da en base a la desviación normal de los valores estimados con respecto a los valores actuales y tal relación se conoce como coeficiente de correlación múltiple (R), que es una medida de correlación que refleja "lo bien que coinciden la ecuación de regresión lineal y la información observada". El cuadrado del coeficiente de correlación múltiple se denomina coeficiente de determinación ( $R^2$ ) ya que estima la proporción en el cambio de la variable dependiente que puede explicarse por la variación de las variables independientes. Se dan observaciones similares para los coeficientes de correlación y determinación de una ecuación de regresión lineal simple.

El examen T se hará para estimar la probabilidad de que un valor observado de los coeficientes de regresión ( $b_i$ ) pudieron haber sido obtenidos por muestreo al azar en una población en la que el coeficiente de regresión verdadero fuera cero. También, las relaciones -F se usarán para demostrar la importancia de las reducciones adicionales en variaciones no explicadas que resultaron coincidentes con las variables independientes en la ecuación de regresión en el orden tomado. El modo de coincidir los coeficientes de las variables independientes tienen un efecto decisivo en el análisis. Por lo tanto, una relación -F también se estimará para cada coeficiente cuando se incluye de último en la secuencia. En esta forma, estará disponible una medida extra para establecer la relación entre las variables independientes.

## B. Análisis Estadístico

El análisis estadístico de la información recogida en las entrevistas de campo, tratará de cuantificar el efecto en la seguridad de tenencia de la tierra y en el comportamiento de la finca. Al comenzar el trabajo de campo, se suponía que habían solo dos clases de seguridad de tenencia de la tierra. La seguridad que daba un título registrado en el Registro de la Propiedad y la seguridad de la tenencia cuando no existía tal título. En el curso de la investigación se encontró, sin embargo, que existían documentos de menor valor legal que un título de propiedad pero que daban diferentes grados de seguridad de tenencia. La ausencia total de documentos respaldando el derecho de propiedad proveían el menor grado de seguridad de tenencia, siguiendo en la escala de la carta-venta privada, luego la carta-venta protocolizada y así sucesivamente hasta terminar con el título inscrito en el Registro de la Propiedad. Esta escala de niveles de seguridad de tenencia de la tierra ya se ha descrito en un capítulo anterior de este reporte y el análisis estadístico agrupará a las fincas de acuerdo con el nivel de seguridad de tenencia de la tierra siguiendo la clasificación mencionada.

El primer indicador económico que se analizará, es el valor promedio de la producción bruta de la finca. Este valor promedio se estimó para todas las fincas en cada nivel de tenencia tomando cada zona individualmente. La TABLA 1 muestra el cómputo de este promedio e indica que existe una relación positiva entre el valor promedio de la producción bruta de la finca y los niveles de seguridad de tenencia. La naturaleza de esta relación es muy similar en todas las zonas estudiadas excepto en la zona de Guácima-Atenas, donde todas las fincas tenían título inscrito en el Registro de la Propiedad y donde por lo tanto no se podía observar tal relación.

Se llevó a cabo un análisis de regresión lineal simple para medir de una manera más exacta el efecto de la seguridad de tenencia sobre la producción de la finca. Los resultados de este análisis se muestran en la TABLA 2 para las cuatro zonas donde existían diferentes niveles de seguridad de tenencia. Aún cuando los coeficientes de correlación son bajos, se observa cierto grado de asociación entre la producción de la finca y la seguridad de te-

nenencia. Los coeficientes de regresión indican que la seguridad de tenencia tiene un efecto importante sobre el valor de la producción bruta de la finca. En la zona de Pital por ejemplo, cada aumento unitario en el nivel de seguridad de tenencia se asocia con un aumento en el valor de la producción de la finca de ₡ 4.785.00. En Nicoya el cambio correspondiente en el valor de la producción de la finca es de ₡ 3.720.00; en Coto Brus es de ₡ 1.021.00 y Parrita es de ₡ 3.250.00. El coeficiente de regresión más bajo corresponde a la zona de Coto Brus y este resultado era de esperarse ya que como se indicó en la descripción de las zonas de estudio, la zona de Coto Brus carece de la infraestructura básica y de los servicios técnicos necesarios para obtener mayores niveles de producción agrícola.<sup>(1)</sup>

Tabla 1  
Promedio del valor bruto de la producción de las fincas

	Pital	Nicoya	Guácima	Coto Brus	Parrita
Nivel de Tenencia 1	4.857.50	4.387.68	—	5.302.55	4.064.00
Nivel de Tenencia 2	1.969.53	8.147.75	—	8.702.25	4.072.82
Nivel de Tenencia 3	3.492.08	9.652.52	—	9.600.50	6.091.37
Nivel de Tenencia 4	6.031.64	11.981.15	—	8.841.28	7.185.41
Nivel de Tenencia 5	18.759.87	19.188.13	—	13.395.16	12.223.25
Nivel de Tenencia 6	—	—	—	10.442.58	17.651.14

(1) Ver gráficos 1-6-12 y 18.

**Tabla 2**

Valor bruto de la producción de las fincas

Zona	R	Ecuación de regresión simple
Pital	0.36	$7.181 + 4.785x_2$
Nicoya	0.34	$726 + 3.720x_2$
Coto Brus	0.23	$5.795 + 1.021x_2$
Parrita	0.53	$-3.000 + 3.250x_2$

$Y_1$  = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

$X_2$  = Nivel de Seguridad de la Tenencia

Existen por supuesto otros factores que afectan la producción de la finca y que pueden al mismo tiempo estar asociados positivamente con los niveles de seguridad de tenencia. En particular, una mayor seguridad de tenencia puede afectar la producción de la finca a través de otros factores que están asociados a ella. El tamaño de la finca es uno de estos factores que puede apreciarse en la TABLA 3 que muestra los resultados de un análisis de regresión lineal simple entre la producción de la finca y su tamaño.<sup>(2)</sup> El grado de asociación es alto, excepto en la zona de Coto Brus, donde por las razones que ya se indicaron, podía esperarse un grado de asociación menor. De acuerdo con los coeficientes de regresión es en Nicoya donde el tamaño de la finca tiene el mayor efecto sobre la producción de la misma. En Pital donde el tamaño promedio de finca es mayor,<sup>(3)</sup> el tamaño de la finca también tiene un efecto total importante aún cuando el efecto marginal es menor que en Nicoya.<sup>(4)</sup>

(2) Ver gráficos 2-7-13 y 19.

(3) Ver descripción de las zonas de estudio.

(4) El efecto marginal del tamaño de las fincas es menor en Pital que en Nicoya porque, como promedio, está cultivado el 84% del área de las fincas en esta última y sólo un 54% del área de las fincas en aquella. Puesto que la ecuación de regresión múltiple mantiene estos porcentajes constantes, el aumento de una manzana en el tamaño de las fincas en Pital solamente aumenta el área del terreno cultivado en aproximadamente 5 manzanas, mientras que en Nicoya el aumento de una manzana en el tamaño de las fincas aumenta el área cultivada casi en la misma cantidad.

Se pensó que, especialmente en las zonas de colonización reciente, el porcentaje del área total de la finca que estaba siendo cultivada podía ser un factor importante que afecta la producción de la finca, pero en todas las zonas se encontró una relación lineal débil entre estas dos variables como puede apreciarse en la TABLA 4.<sup>(5)</sup> Este resultado, no indica necesariamente que el porcentaje del área total de la finca que está siendo cultivada no es un factor importante que afecta la producción de la finca, porque la importancia verdadera de este factor puede distorsionarse si las fincas de mayor tamaño tienen un porcentaje menor de su área cultivada,

**Tabla 3**

Valor bruto de la producción de las fincas

Zona	R	Ecuación de regresión simple
Pital	0.62	$3.346 + 68x_3$
Nicoya	0.56	$5.006 + 149x_3$
Coto Brus	0.35	$6.613 + 26x_3$
Parrita	0.81	$5.328 + 62x_3$

$Y_1$  = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

$X_3$  = Tamaño de la Finca

**Tabla 4**

Valor bruto de la producción de las fincas

Zona	R	Ecuación de regresión simple
Pital	0.16	$6.354 + 9.123x_4$
Nicoya	0.17	$2.881 + 11.472x_4$
Coto Brus	0.14	$6.434 + 4.547x_4$
Parrita	0.07	$7.189 + 2.862x_4$

$Y_1$  = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

$X_4$  = % de tierras en cultivo

(5) Ver gráficos 3-8-14 y 20.

lo que parece ser cierto según lo indica el análisis de regresión entre el porcentaje del área de la finca cultivada y los niveles de seguridad de tenencia, excepto en Pital donde no se encontró ninguna correlación entre estas dos variables. Además, es precisamente en Pital donde el porcentaje del área de la finca cultivada tiene el mayor efecto sobre la producción de la finca. Por otro lado, en Coto Brus, donde existe una correlación fuerte entre la seguridad de tenencia y el tamaño de la finca, el porcentaje del área de la finca cultivada tiene un efecto negativo en la producción de la finca aún cuando el coeficiente de correlación es bajo.<sup>(6)</sup> Los gráficos 25, 29, 34 y 39 del apéndice muestran estos resultados.

Se consideró también que el período de posesión de la finca es decir, el número de años que un finquero ha tenido su finca, es un factor que también puede afectar la producción de la finca. Los resultados del análisis de regresión que se muestran en la TABLA 5 indican que aun cuando el coeficiente de correlación es bajo, el período de posesión es importante y afecta la producción de la finca, especialmente en las zonas de colonización reciente como lo son Pital y Coto Brus. En Parrita, donde el período de posesión

Tabla 5

Valor bruto de la producción de las fincas

Zona	R	Ecuación de regresión simple
Pital	0.27	$4.881 + 479x_5$
Nicoya	-0.11	$10.103 - 142x_5$
Coto Brus	0.33	$5.106 + 573x_5$
Parrita	0.12	$7.869 + 172x_5$

$Y_1$  = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

$X_5$  = Período de Posesión

(6) El análisis de regresión lineal simple entre el tamaño de la finca y el porcentaje del área de la finca que se está cultivando demuestra una asociación negativa clara entre ellas, con excepción del área de Parrita donde hay una asociación positiva débil. Véase la Tabla 28 del apéndice.

(7) Ver gráficos 4-9-15 y 21.

promedio es relativamente largo, pero que no es una zona de colonización reciente, tanto el coeficiente de correlación como el de regresión son bajos pero positivos. Por otro lado, en Nicoya el coeficiente de regresión es negativo, lo que indica que a medida que el período de posesión aumenta disminuye la producción de la finca. Aún cuando el coeficiente de correlación es bajo este resultado puede explicarse notando la posibilidad de que, dados los niveles muy bajos de tecnología en esta zona, el suelo se deteriore a medida que pasa el tiempo y por lo tanto, la producción de la finca disminuye. Aun cuando es también cierto que en las zonas de más reciente colonización el suelo puede también deteriorarse a medida que pasa el tiempo y que por lo tanto el período de posesión pueda de la misma manera tener un efecto negativo sobre la producción de la finca, hay un factor que elimina este efecto ya que también a medida que pasa el tiempo, se cultiva más tierra. Este factor no opera en áreas donde la mayor parte de la tierra ya está siendo cultivada y en estas zonas el período de posesión muestra un efecto claramente negativo sobre la producción de la finca. Los gráficos 26, 30, 35 y 40 del apéndice muestran que en las zonas de Pital y Parrita existe una correlación positiva entre el período de posesión y los niveles de seguridad de tenencia, mientras que no existe correlación en la zona de Coto Brus y existe una correlación negativa en la zona de Nicoya. La asociación negativa entre el período de posesión y el nivel de seguridad de tenencia en Nicoya, puede ser consecuencia de lo que ya se indicó con referencia a la deteriorización de la fertilidad del suelo a medida que pasa el tiempo, ya que el efecto negativo del período de posesión sobre la producción de la finca pueden tener como consecuencia también que la disponibilidad de recursos financieros para hacerle frente a los gastos requeridos para obtener mayor seguridad de tenencia también disminuyan. Se encontró asimismo, que algunos finqueros creen que un período mayor de posesión continua de su finca es hasta cierto punto, un sustituto de los documentos legales que muestran su propiedad y que por lo tanto, a medida que el período de posesión aumenta, la necesidad de obtener tales documentos disminuye.

El porcentaje de la producción total de la finca que se lleva al mercado se usó como un indicador del grado en que estas fincas están integradas al proceso de mercado. La TABLA 6 muestra que existe una asociación positiva entre el valor bruto de la producción



de la finca y el porcentaje de esta producción que se vende, excepto en Parrita donde tal asociación es negativa aún cuando el coeficiente de correlación es muy bajo.<sup>(8)</sup> Lo que este análisis pareciera indicar, es que en Pital, Nicoya y Coto Brus, los finqueros tratan de ser autosuficientes y venden sus productos solamente después de que sus necesidades de subsistencia hayan sido satisfechas. Esto no parece ser el caso en Parrita, sin embargo, donde el porcentaje de la producción vendida es alto, aún cuando el valor total de la producción de la finca sea bajo. En otras palabras, los finqueros de esta zona pareciera que orientan más la producción hacia el mercado que sus colegas de las otras zonas estudiadas. Es difícil sin embargo establecer el mecanismo de causa y efecto entre la producción de la finca y el porcentaje de esa producción que se lleva al mercado, ya que es igualmente posible que los finqueros vendan una mayor proporción de su producción porque producen más, como que produzcan porque su producción esté orientada hacia el mercado. Pero en todo caso, es cierto que la disponibilidad de mercados y la facilidad de acceso a ellos son necesarios después de que cierto nivel de producción haya sido alcanzado. Es especialmente cierto, que la producción de la finca no puede seguir aumentando a menos que la producción en exceso de las necesidades de subsistencia puedan llevarse al mercado, pero no es necesariamente cierto que la producción se orientará hacia el mercado a cualquier nivel de

Tabla 6

Valor bruto de la producción de las fincas

Zona	R	Ecuación de regresión simple
Pital	0.26	$3.900 + 14.996x_6$
Nicoya	0.48	$4.324 + 21.560x_6$
Coto Brus	0.49	$2.008 + 14.042x_6$
Parrita	-0.12	$12.127 - 4.538x_6$

$Y_1$  = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

$X_6$  = % de producción de la Finca Enviado al Mercado

(8) Ver gráficos 5-10-16 y 22.

producción de la finca aún cuando haya disponibilidad de mercado si bien es cierto que tal disponibilidad es necesaria si se quiere orientar la producción hacia el mercado. Los gráficos 27, 31, 36 y 41 del apéndice muestran que existe una asociación positiva entre la orientación de la producción hacia el mercado y los niveles de seguridad de tenencia. Este resultado puede ser una consecuencia del hecho de que existe una relación positiva entre el valor de la producción bruta de la finca y los niveles de seguridad de tenencia. Pero el punto importante que resulta de este análisis independientemente del funcionamiento del mecanismo de causa y efecto, es que existe una asociación positiva entre seguridad de tenencia y producción de la finca, cuando al mismo tiempo esta última está también asociada con la disponibilidad de mercados. En otras palabras, tal asociación positiva entre la producción de la finca y la seguridad de tenencia puede no ser tan importante si no existen mercados, por lo menos después de haberse alcanzado cierto nivel de producción.

La TABLA 7 muestra el resultado del análisis de regresión entre el valor de producción bruta de la finca y los niveles de tecnología. Se determinaron los diferentes niveles de tecnología asignando un valor numérico a las diferentes clases y calidades de insumos y de técnicos de producción que se usaban en cada finca. Por ejemplo, en una finca en donde también se pudo estar usando

Tabla 7

Valor bruto de la producción de las fincas

Zona	R	Ecuación de regresión simple
Pital	—	—
Nicoya	0.37	$4.823 + 3.435x_7$
Coto Brus	0.14	$6.900 + 1.715x_7$
Parrita	0.15	$8.252 + 590x_7$

$Y_2$  = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

$X_7$  = Nivel de Tecnología

semilla mejorada, herbicidas, etc., se colocó en el nivel de tecnología 2. Una finca donde se encontró el uso generalizado de insumos modernos y en donde también se practicaba el uso de técnicas de conservación, mecanización, irrigación y un buen manejo de la finca en general se colocó en el nivel de tecnología 12 que es el nivel máximo que se puede alcanzar.

Desafortunadamente no se recogió información sobre tecnología en la zona de Pital, pero en las otras zonas, el análisis de regresión muestra que en Coto Brus y Parrita los coeficientes de regresión son relativamente bajos y que la asociación entre la producción de la finca y los niveles de tecnología es bastante débil. Estos resultados no quieren decir por supuesto que la tecnología no es un factor importante en la producción de la finca. Más bien, refleja un bajo nivel de tecnología muy general en estas zonas y posiblemente el hecho de que la relación lineal simple es inadecuado para representar el mecanismo básico de relación entre estas dos variables. Sin embargo, en Nicoya donde el coeficiente de regresión entre la producción de la finca y los niveles de tecnología fue mayor y en donde su asociación fue más fuerte, es la zona donde se encontró un nivel promedio de tecnología mayor y en donde por lo tanto, el uso de tecnología puede hacer sentir su efecto en la producción de la finca. Estas relaciones pueden también verse en los gráficos 11, 17 y 23 del Apéndice. Por otro lado se encontró que existe una asociación positiva entre niveles de tecnología y niveles de seguridad de tenencia en Nicoya y en Parrita lo que sugiere que aún en el caso de Parrita, en donde los niveles de tecnología son en general bajos pero mayores que en Coto Brus, las fincas que usan mejor tecnología son las fincas que tienen mayor seguridad de tenencia. En Coto Brus no se encontró ninguna asociación entre estas dos variables pudiendo ser la razón que en esta zona la agricultura es muy atrasada como ya se indicó. Los gráficos 32, 37 y 42 del Apéndice muestran los resultados del análisis de regresión de estas variables.

Para poder ver el efecto neto de la seguridad de tenencia sobre la producción de la finca, así como también el efecto neto del tamaño de la finca, el porcentaje del área de la finca que está siendo cultivada, el período de posesión, el porcentaje del producto total que se lleva al mercado, y la tecnología, se llevó a cabo un análisis de regresión lineal múltiple, usando estas variables como

independientes o explicativas y la producción de la finca como la variable dependiente. Este análisis nos permitirá medir el efecto de cada uno de estos factores sobre el valor de la producción bruta de la finca independiente del efecto de las otras variables explicativas incluidas en la ecuación de regresión lineal múltiple. Estas regresiones se muestran en la TABLA 8 junto con los coeficientes de determinación que miden la proporción de la variabilidad observada en el valor de la producción bruta de la finca que puede ser explicada por las variaciones en las variables independientes. El tamaño de la finca es muy importante en este sentido y el coeficiente de regresión es significativamente diferente de cero. Los otros factores, es decir, el porcentaje del área de la finca que está siendo cultivada, el período de posesión, y el porcentaje del producto total que se lleva al mercado resultan sin importancia para explicar las variaciones que se han observado en la producción de la finca cuando los niveles de seguridad de tenencia y el tamaño de la finca se mantienen constantes.

Este análisis puso de manifiesto algunos puntos muy interesantes. En primer lugar, la seguridad de tenencia de la tierra aún tiene un efecto positivo y significativo sobre la producción de la finca aún cuando los otros factores incluidos en la ecuación de regresión se mantienen constantes de manera que su efecto sobre la producción de la finca se elimina. Es decir, aún cuando se mantengan constantes el tamaño de la finca y el porcentaje del área que está siendo cultivada, etc., no habrá un aumento en la producción de la finca si se aumenta la seguridad de tenencia. Esta observación es igualmente cierta para el tamaño de la finca pero no es cierta para las otras variables. Esto implica que la proporción del área total de la finca que está siendo cultivada no se aumentará al menos que la seguridad de tenencia y la disponibilidad de mercados también aumente, por ejemplo. En segundo lugar y muy relacionadas con las observaciones que se acaban de hacer, en Pital, debe haber otros factores que están asociados con la tenencia y que no se incluyeron en la ecuación de regresión, que afectan la producción de la finca. Debe notarse que el capital no se incluyó explícitamente en la ecuación de regresión porque se supuso que

**Tabla 8**

Valor bruto de la producción de las fincas.

Ecuaciones de regresión múltiple

Zona	R <sub>2</sub>	Ecuaciones de regresión múltiple
Pital	0.65	$-15029 + 2,412x_2 + 70x_3 + 9,637x_4 + 6x_5 + 7,875x_6$
Nicoya	0.71	$-9,100 - 642x_2 + 136x_3 + 15,823x_4 - 240x_5 + 13,092x_6 + 1,252x_7$
Coto Brus	0.80	$-10610 + 324x_2 + 28x_3 + 8,873x_4 + 590x_5 + 8,754x_6 + 2,605x_7$
Parrita	0.86	$-1,469 + 1227x_2 + 60x_3 + 559x_4 - 158x_5 + 3,902x_6 + 454x_7$

Y<sub>1</sub> = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

X<sub>2</sub> = Nivel de Seguridad de la Tenencia

X<sub>3</sub> = Tamaño de la Finca

X<sub>4</sub> = % del Total del Area de la Finca en Cultivo

X<sub>5</sub> = Período de Posesión

X<sub>6</sub> = % de producción de la Finca Enviado al Mercado

X<sub>7</sub> = Nivel de Tecnología

se había incluido implícitamente al incluirse el tamaño de la finca y el porcentaje del área total de la finca que está siendo cultivada. Tal suposición parece ser básicamente correcta para todas las zonas excepto Pital. La TABLA 9 muestra las ecuaciones de regresión en donde el capital se ha incluido explícitamente sustituyendo el tamaño de la finca y el porcentaje del área total de la finca que está siendo cultivada. Comparando esta tabla con la 8 se hace evidente que la ecuación estimada representa fielmente los datos observados cuando se incluye el valor del capital explícitamente en la ecuación de regresión, notándose un aumento en el coeficiente de determinación múltiple de 65 a 81%. Pero lo que es aún más importante es que la prueba de T y la relación de F muestran que el nuevo coeficiente de regresión neto para la seguridad de tenencia no es significativamente diferente de cero y que al incluir esta variable de última en la ecuación de regresión, las variaciones

sin explicación en la producción de la finca no se reduce de ninguna manera significativa. Debe recordarse que no se tenía información sobre tecnología en la zona de Pital, y que por lo tanto, esta variable no se incluyó en la ecuación de regresión múltiple que estima el valor de la producción bruta de la finca en esta zona. Puede muy bien ser posible que en Pital exista una correlación positiva entre la seguridad de tenencia y la tecnología y que al mismo tiempo la tecnología esté asociada con ciertas formas de capital que no incluyen en el tamaño de la finca o en la proporción del área total de la misma que está siendo cultivada. Si esto es cierto es entonces a través de tecnología que requiere inversiones de capital que la seguridad de tenencia también tiene efecto sobre la producción de la finca, porque si el capital conjuntamente con otros factores que se han considerado, se mantiene constante, la seguridad de tenencia no tiene efecto sobre la producción de la finca. En las otras áreas de estudio cuando el capital se incluyó explícitamente en las ecuaciones de regresión, no hubo ningún cambio importante en los resultados que se obtuvieron previamente. Los coeficientes de determinación múltiple son muy similares, aún cuando algunos de los coeficientes de regresión neta marcan algunos cambios en sus valores. Los valores T para los coeficientes de

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

**Tabla 9**

Zona	R <sub>2</sub>	Ecuación de regresión simple
Pital	0.81	$-5,312 - 715x_2 + 135x_3 - 14x_5 + 7,780x_6$
Nicoya	0.72	$-790 - 122x_2 + 134x_3 - 119x_5 + 10,636x_6 + 1,743x_7$
Coto Brus	0.80	$-5,372 + 75x_2 + 36x_3 + 554x_5 + 11,630x_6 + 2,335x_7$
Parrita	0.82	$-1,283 + 1,676x_2 + 42x_3 - 166x_5 + 2,893x_6 + 287x_7$

Y<sub>1</sub> = Valor Bruto de la Producción de las Fincas

X<sub>2</sub> = Nivel de Seguridad de la Tenencia

X<sub>3</sub> = Capital

X<sub>5</sub> = Período de Posesión

X<sub>6</sub> = % de producción de la Finca vendida

X<sub>7</sub> = Nivel de Tecnología

regresión neta de la seguridad de tenencia todavía indican que este coeficiente no es diferente de cero en el caso de Nicoya y Coto Brus, pero en el caso de Parrita los Valores de T indican ahora que la hipótesis de que el coeficiente real es igual a cero no se puede aceptar a un nivel de 10% de confiabilidad. Este cambio en el valor de coeficiente de regresión puede explicarse notando que es muy posible que en Parrita el tamaño de la finca y el porcentaje del área total de la finca que está siendo cultivada incluyen algunos elementos que están asociados con la seguridad de tenencia y que afectan la producción de la finca, sin que se traduzcan en mayores niveles de capital. En otras palabras que no hay asociación entre el capital y estos elementos que están a su vez asociados con el tamaño de la finca y el porcentaje del área total que está siendo cultivada o ambos, y que también están a su vez asociados positivamente con la producción de la finca.

Otra diferencia interesante entre los dos conjuntos de ecuaciones de regresión, es decir cuando el capital se incluye explícitamente y cuando no, es que en Nicoya el valor para el coeficiente neto de regresión no puede considerarse diferente de cero cuando el capital se incluye explícitamente como una variable explicativa. En otras palabras, no puede seguirse diciendo que el período de posesión tiene un efecto negativo sobre la producción de la finca basados en los resultados de esta ecuación de regresión. Esta información, conjuntamente con los resultados de las ecuaciones de regresión para capital total, es decir fijo y semi-fijo,<sup>(9)</sup> y con los resultados de las ecuaciones de regresión para el valor del ganado, sugiere que en Nicoya el valor del capital total disminuye a medida que el período de posesión aumenta cuando todas las otras variables consideradas en este análisis se mantienen constantes. Por esta razón, cuando se incluye explícitamente el capital en la ecuación de regresión múltiple, el período de posesión deja de tener un efecto negativo sobre el valor bruto de la producción de la finca, ya que en dicha ecuación de regresión, el capital total, así como también las otras variables en la ecuación, se mantienen constantes cuando se varía el período de posesión. De esta forma, el efecto negativo sobre la producción de la finca de un valor decreciente de capital total a medida que aumenta el período de posesión, se elimina. Podemos por lo tanto concluir que la observación hecha anterior-

(9) Ver Tablas 7-18 del Apéndice.

mente en relación con la posible deterioración del suelo a medida que pasa el tiempo, es básicamente correcta y que tal deterioración del suelo se refleja en el valor decreciente del capital total. Es importante recordar que este resultado es verdadero sólo si mantenemos constantes el nivel de seguridad de tenencia así como también los otros factores y que están asociados con ella. Si aumentamos el nivel de seguridad de tenencia a medida que aumentamos el período de posesión, este último no tendrá un efecto negativo en la producción de la finca porque se ha encontrado que el valor del capital total aumenta a medida que el nivel de seguridad de tenencia aumenta, aún si al mismo tiempo el período de posesión aumenta también.

Cuando se hizo el análisis de regresión entre el capital total, excluyendo el valor del ganado, y los niveles de seguridad de tenencia usando una ecuación de regresión lineal simple, se encontró que los coeficientes de regresión y correlación para Pital, Nicoya y Parrita eran positivos y casi idénticos. Para Coto Brus estos coeficientes son también positivos pero muestran un valor menor que los coeficientes de las otras zonas de estudio. El valor significativamente más bajo de coeficientes de regresión en la ecuación para Coto Brus está de acuerdo con el resultado del análisis de la producción de la finca, donde se encontró que en Coto Brus la seguridad de tenencia era relativamente menos importante en su efecto sobre la producción de la finca. Pero en general, esta asociación positiva podía esperarse porque ya hemos mostrado que hay una asociación positiva entre producción de la finca y los niveles de seguridad de tenencia, y el capital es, por supuesto, un factor de producción muy importante. Además, el valor de la tierra se incluyó en esta medida de capital lo que aumenta significativamente en importancia en el proceso productivo. Sin embargo, es interesante notar que en la TABLA 10 los coeficientes de regresión y de correlación para capital total como función de la seguridad de tenencia son tan importantes para la zona de Coto Brus como para las otras zonas de estudio, aún cuando los coeficientes para la producción de la finca como función de seguridad de tenencia muestran un valor mucho menor en Coto Brus. La explicación de este fenómeno se encuentra en la TABLA 11 que muestra los resultados del análisis de regresión entre seguridad de tenencia y el capital, excluyendo el valor de la tierra. Mientras que los coeficientes de regresión y correlación para Pital, Nicoya y Parrita son casi idénticos, en Coto

Brus estos coeficientes son también positivos pero muestran un valor mucho más bajo. En otras palabras en Coto Brus la proporción tierra-capital es mucho menor que en las otras zonas y consecuentemente existen niveles más bajos de producción. En la TABLA 12 también se puede notar que en Coto Brus el capital excluyendo el valor de la tierra no está asociado en forma tan fuerte con el tamaño de la finca como en las otras zonas. La razón de este grado de asociación relativamente menor entre estas dos variables en Coto Brus se aprecia claramente en la TABLA 13 que muestra el análisis de regresión del valor del ganado como función del tamaño de la finca. El valor significativamente más bajo de los coeficientes de regresión y de correlación para el área de Coto Brus se hace evidente inmediatamente y refleja el hecho de que la explotación ganadera no es tan importante en esta zona por un lado, y por el otro, el hecho de que el porcentaje de la finca que está siendo cultivada muestra en esta zona el valor más bajo.

Tabla 10

Análisis de regresión lineal simple  
Capital total excluyendo el valor del ganado  
En función de seguridad de la tenencia

Zona	Coefficiente de regresión (b)	Coefficiente de correlación (r)
Pital	29.851	0.34
Nicoya	18.218	0.37
Coto Brus	23.592	0.59
Parrita	40.859	0.38

FUENTE: Proyecto de Derecho Agrario

Tabla 11

Análisis de regresión lineal simple  
Capital total excluyendo el valor de la tierra  
En función de seguridad de la tenencia

Zona	Coefficiente de regresión (b)	Coefficiente de correlación (r)
Pital	11.901	0.34
Nicoya	11.426	0.38
Coto Brus	1.334	0.24
Parrita	11.936	0.32

FUENTE: Proyecto de Derecho Agrario

Tabla 12

Análisis de regresión lineal simple  
Capital total excluyendo la tierra  
En función del tamaño de la finca

Zona	Coefficiente de regresión (b)	Coefficiente de correlación (r)
Pital	180	0.63
Nicoya	576	0.79
Coto Brus	24	0.26
Parrita	436	0.95

FUENTE: Proyecto de Derecho Agrario

**Tabla 13**

Análisis de regresión lineal simple  
Valor del ganado en función del tamaño de la finca

Zona	Coefficiente de regresión (b)	Coefficiente de correlación (r)
Pital	125	0.67
Nicoya	402	0.80
Coto Brus	18	0.32
Parrita	256	0.94

FUENTE: Proyecto de Derecho Agrario

Es también interesante notar en la TABLA 14 que hay una asociación positiva entre el valor del ganado y los niveles de seguridad de tenencia. Para las zonas de Nicoya y Parrita este resultado es una consecuencia de la asociación positiva entre la seguridad de tenencia y el tamaño de la finca conjuntamente con la asociación positiva encontrada entre el tamaño de la finca y el valor del ganado. Este no es el caso para la zona de Pital donde aún encontramos una asociación positiva entre el tamaño de la finca y el valor del ganado, no encontramos una asociación positiva entre los niveles de seguridad de tenencia y el tamaño de la finca. La TABLA 15 sugiere una posible explicación al mostrar que el capital por manzana excluyendo el valor de la tierra y del ganado está asociado positivamente con los niveles de seguridad de tenencia en la zona de Pital. El valor creciente de la relación tierra-capital a medida de que el nivel de seguridad aumenta, resulta en una mayor productividad de la tierra a mayores niveles de seguridad de tenencia que se refleja en la asociación positiva entre el valor del ganado y los niveles de seguridad de tenencia, aún cuando éste último no esté asociado positivamente con el tamaño de la finca. Esta relación es totalmente opuesta en las zonas de Nicoya y

Parrita, pero no en la zona de Coto Brus donde la explotación ganadera no es tan importante.<sup>(10)</sup>

En las tablas 7-18 del Apéndice se muestran los resultados del análisis de regresión múltiple para las diferentes formas de capital. Ahí también puede notarse el alto grado de dependencia lineal entre las variables explicativas en todas las zonas, excepto

**Tabla 14**

Análisis de regresión lineal simple  
Valor del ganado en función de la seguridad de la tenencia

Zona	Coefficiente de regresión (b)	Coefficiente de correlación (r)
Pital	7.157	0.31
Nicoya	7.937	0.38
Coto Brus	600	0.20
Parrita	8.509	0.39

FUENTE: Proyecto de Derecho Agrario

**Tabla 15**

Análisis de regresión lineal simple  
Capital total excluyendo el valor de la tierra y del ganado  
en función de la seguridad de la tenencia

Zona	Coefficiente de regresión (b)	Coefficiente de correlación (r)
Pital	109	0.21
Nicoya	-249	-0.18
Coto Brus	11	0.17
Parrita	-40	-0.28

(10) Los gráficos 66-111 muestran los resultados del análisis de regresión lineal simple entre el capital total fijado y cada una de las variables explicativas usadas en este análisis. Se muestran también, los gráficos para los análisis de regresión múltiple que permite que cambie únicamente una variable explicativa mientras las otras se mantienen constantes en su valor promedio para la zona respectiva.

en Pital y en algunos casos también en Coto Brus. Mientras que en las otras zonas de estudio el coeficiente neto de regresión para la seguridad de tenencia resulta no ser significativamente diferente de cero, en la zona de Pital es significativamente diferente de cero en todos los casos. Este resultado por supuesto, reafirma la observación hecha anteriormente en relación con el valor bruto de la producción de la finca y en donde dijimos que la tierra y la limpieza de ésta, aún cuando son una forma importante de inversión, no incluyen todo el proceso de formación de capital. Por ejemplo, en Nicoya las variaciones en el nivel de la seguridad de tenencia manteniendo constantes los otros factores que se han considerado explícitamente en la ecuación de regresión múltiple, no están asociados con aumentos en el valor de las diferentes medidas de capital. Pero en Pital, la seguridad de tenencia está asociada con niveles crecientes en el valor del capital aún cuando el tamaño de la finca y el porcentaje del área de la finca que está siendo cultivada se mantengan constantes. La razón de este resultado puede ser otra vez la ausencia de una medida de tecnología en la zona de Pital y la posibilidad de una asociación positiva entre este factor y el valor del capital por un lado, y una asociación positiva entre los niveles de tecnología y los niveles de seguridad de tenencia por otra parte.

Para los propósitos de este estudio el ingreso familiar se definió como el ingreso neto proveniente de la operación de la finca más cualquier otro ingreso sin importar su fuente. La actividad más importante fuera de la finca en la generación de ingreso, fue el trabajo como asalariado en las fincas vecinas. Es interesante notar que el coeficiente de determinación de la ecuación de regresión múltiple para el ingreso familiar, no es tan alto como los obtenidos para el valor bruto de la producción de la finca o para las diferentes formas de capital. La explicación es por supuesto que existe una relación inversa entre el valor de la producción de la finca y la proporción del ingreso familiar que se generó en actividades fuera de la finca. Esta relación inversa tiende a disminuir las diferencias en el ingreso familiar a diferentes niveles de seguridad de tenencia, que fueron muy marcadas cuando se analizó el valor de la producción de la finca. La naturaleza de los resultados sin embargo, son muy similares a los obtenidos del análisis de la producción de la finca y deben interpretarse de una manera

similar. Estos resultados se encuentran en las tablas 19-27 del Apéndice y en los gráficos 112-157 del Apéndice.

En resumen hemos mostrado que hay suficiente evidencia para concluir que la seguridad de tenencia juega un papel muy importante en el proceso de desarrollo de las fincas, pero que no puede y de hecho no opera en el vacío. Hemos identificado alguno de los factores a través de los cuales opera y afecta el desarrollo de la finca. El proceso del desarrollo económico de la agricultura puede, por lo tanto, acelerarse si la seguridad de tenencia se suplimenta a través de un programa de titulación por ejemplo, conjuntamente con servicios técnicos, mejores mercados o algunos otros programas o servicios. El suplir estos servicios es importante porque hemos mostrado que el dar seguridad de tenencia en una situación donde estos otros factores están ausentes, no resulta necesariamente en un aumento en la producción de la finca.

## Parte V

### Sumario y evaluación

El enfoque de este estudio es la relación entre la seguridad en la tenencia de la tierra y el desarrollo agrícola. La falta de seguridad en la tenencia de la tierra como factor adverso que afecta el desarrollo agrícola de Costa Rica ha sido identificada en la forma de miles de pequeños y mediados agricultores que ocupan tierras que pertenecían al dominio estatal (reservas nacionales) quienes no tienen un título legal de sus derechos de propiedad. Basados en los mejores datos obtenidos, estimamos que hay 48.000 dueños de finca que no tienen título. También estimamos que el área ocupada por estos propietarios en precario fluctúa entre 800.000 a 1,000.000 hectáreas. Estos propietarios sin título se distinguen de los estimados 16.000 a 20.000 precaristas que están ocupando fincas ya tituladas a nombre de terceros. El proveer seguridad en la tenencia de la tierra a los ocupantes en tierras de reservas nacionales es esencialmente un problema de procedimiento que puede ser más eficientemente resuelto a través de un programa a gran escala de titulación de tierras. El proveer seguridad en la tenencia de la tierra a precaristas en tierras privadas, por otro lado, involucra una decisión compleja legal y social. Así pues los dos problemas requieren un tratamiento separado.

La Parte II del estudio examina la política legislativa respecto al dominio de tierras públicas, particularmente desde 1900. Una revisión de las principales leyes decretadas, especialmente las leyes de Cabeza de Familia muestran que estas leyes han jugado un importante papel en estimular a miles de personas del Valle Central hacia las tierras distantes a éste. Estas leyes prometían a cada ciudadano el derecho de denunciar y adquirir tierras en el dominio estatal. El derecho de adquirir dado a todos en estas leyes, combinado con la tendencia en los colonizadores de igualar el trabajo de limpieza de la tierra con derechos de propiedad forman la base

de los "derechos consuetudinarios de propiedad" reclamados, por los ocupantes.

La política legislativa también ha contado con las tierras públicas como medio de compensar a los ciudadanos por servicios especiales, y como medios de elevar los ingresos públicos. Cuando la presión aumentó sobre la tierra arable en la Meseta Central causó a los agricultores sin tierra o minifundistas ocupar tierras no cultivadas o abandonadas, entonces la respuesta legislativa al problema del precarismo tomó la forma de cambiar las fincas invadidas por grandes lotes de tierra de lo que aparentemente eran tierras no ocupadas de dominio estatal.

Las reservas nacionales o baldíos han pues servido al legislador como medio de evadir el afrontar los problemas de la economía agrícola y de la tenencia de la tierra en una forma realista.

Las normas del Código Civil costarricense con respecto a la propiedad y posesión están basadas en el Derecho Civil Español y contemplan la relación dominica que tienen poca trascendencia en lo relativo a los problemas de inseguridad de la tenencia de los ocupantes de tierras de las reservas nacionales y de los precaristas en tierras privadas. Estos ocupantes y precaristas existen aparte de las instituciones legales formales que se han construido alrededor del Código Civil, y del Derecho registral. Aunque se han promulgado leyes especiales para conciliar las reglas del Código Civil con los problemas prácticos de los precaristas (por ejemplo las leyes de información posesoria y las normas especiales que protegen a los precaristas con más de un año de posesión), la laguna entre la filosofía legal del Código Civil y los objetivos legislativos para resolver los problemas de los precaristas se mantiene en igual condición. En varios aspectos de importancia, la legislación especial ha modificado tácitamente las reglas del Código Civil. Sin embargo, las reglas del Código Civil se continúan aplicando por las cortes para resolver los conflictos de tenencia de la tierra. Los resultados son frecuentemente "malos" tanto desde el punto de vista económico como social. Tienden a mantener derechos de propiedad "absolutos" sobre los intereses competitivos sociales y económicos de poner la tierra agrícola a un uso productivo. Así los ocupantes que han trabajado su tierra por largos períodos de tiempo corren el riesgo de que se esgrima contra ellos un título antiguo. El conflicto entre la filosofía legal del Código Civil y los "derechos



consuetudinarios de propiedad" contribuye así a la inseguridad de la tenencia.

Este estudio a señalado que la ausencia de la norma sobre prescripción extraordinaria para adquirir el dominio por medio de la posesión es una omisión significativa. Manifiesta el conflicto entre el Código Civil y "los derechos consuetudinarios de propiedad". A diferencia de la mayoría de los países de Derecho codificado, el Código Civil costarricense únicamente permite la adquisición de propiedad por medio de la prescripción ordinaria, por ejemplo, mediante 10 años de posesión con justo título y buena fe. El propósito de la prescripción es el de depurar los títulos legales defectuosos. La persona que compra tierras y registra un título legalmente defectuoso puede sin embargo adquirir su propiedad después de 10 años de posesión. Pero, la prescripción ordinaria no ayuda a resolver el problema de proveer seguridad en la tenencia a las personas que tienen "derechos consuetudinarios de propiedad" excepto como base para un procedimiento de titulación o información posesoria. Si el ocupante no tiene un título inscrito en el Registro de la Propiedad —y miles no lo tienen— la norma de la prescripción ordinaria no sirve en un pleito subsecuente contra un propietario con título inscrito que pueda haber abandonado su finca o no haber tomado jamás posesión de ella. Los preceptos legales sobre prescripción extraordinaria por otro lado, permitirían a los colonizadores u ocupantes en tierras de reserva nacional el adquirir el dominio por operación de la ley si han mantenido posesión continua por un período de tiempo especificado aun cuando nunca hallan registrado su título. La adopción en Costa Rica de la prescripción extraordinaria sería de mucha utilidad en resolver casos en los que el ocupante sin título descubre que la tierra que ha estado cultivando por tantos años está titulada a nombre de terceros. La prescripción también mejoraría el valor de las tierras en el mercado, por lo menos cuando el comprador pudiera probar la posesión de aquellos de quienes adquirió por todo el período de posesión establecido por la ley.

La Parte II del estudio también examina las leyes de información posesoria y como han sido usadas para proveer de título a los ocupantes de tierras de la reserva nacional. Actualmente hay dos procedimientos de titulación de tierras en vigencia: la ley de 1941 que establece un procedimiento judicial y la reciente ley de

1970 que establece un procedimiento ante el ITCO. Ambos procedimientos de titulación imponen al propietario la obligación de iniciar la acción de titulación. Los costos legales y de agrimensura son altos, más allá de la posibilidad de los ocupantes; menos de 500 títulos son expedidos cada año bajo estos procedimientos.

Hay dos diferencias importantes entre estos procedimientos de titulación. El procedimiento judicial (ley de 1941) fija en 300 hectáreas el límite máximo que puede titularse (o 300 hectáreas para tierra de pasto adquiridas en o antes de 1939). El procedimiento administrativo (ITCO) no pone ningún límite a la cantidad que puede ser titulada excepto que para titular áreas mayores de 100 hectáreas se requiere un documento público (ejemplo: carta-venta protocolizada). La segunda diferencia se refiere a las restricciones impuestas sobre el título otorgado bajo estos procedimientos. El procedimiento judicial no impone ninguna limitación a las enajenaciones, pero no se consolida el dominio en favor del solicitante sino hasta que haya transcurrido el período prescriptivo de 3 años desde que el título supletorio ha sido inscrito en el Registro Público. El procedimiento administrativo, por otro lado, impone restricciones a las enajenaciones por un período de 3 años siguientes a la inscripción. El dominio absoluto se adquiere por el denunciante después de transcurrir el período de 3 años.

La coexistencia de dos procedimientos distintos de titulación de tierras complicaría la implementación del Programa de Titulación del ITCO. Primero, puede haber una tendencia a aplicar alguna de las normas de alguno o de ambos procedimientos al Programa de Titulación de Tierras. Puesto que el Programa se propone conferir títulos en todos los casos en que alguien se tenga de buena fe como propietario, no es conveniente la aplicación de otras reglas. Segundo, el hecho de que el ITCO no tiene una jurisdicción exclusiva sobre la titulación de tierras también puede ocasionar problemas. Al menos resulta necesario un procedimiento para titular tierras hasta que el Programa de Titulación de Tierras, completa el trabajo de proveer títulos a todos los dueños de fincas en el país. Puesto que el Programa contempla un método de trabajo de área por área, los procedimientos de titulación deben estar al alcance de los dueños que no pueden aprovechar de los beneficios del Programa hasta dentro de varios años. El enfoque más

correcto sería mantener el procedimiento de titulación administrativa del ITCO y derogar la ley de informaciones posesorias de 1941. Esto traería todos los asuntos de titulación de tierras bajo la jurisdicción del ITCO.

La Parte III del estudio contiene un análisis económico de la seguridad de la tenencia y la relación entre seguridad de la tenencia y otros factores importantes que afectan la producción agrícola. análisis económico está basado en estudios de casos de 195 fincas localizadas en cinco diferentes zonas de Costa Rica. La seguridad de la tenencia de estas fincas fue clasificada según la prueba documental de propiedad; a las fincas tituladas se les dio la más alta clasificación de tenencia y a las fincas no tituladas se les dio una menor clasificación dependiendo tanto del valor subjetivo como del objetivo de tener documentos de propiedad. La seguridad de la tenencia clasificada en esta forma y otros cinco factores (tamaño de la finca, porcentaje de la tierra en producción, período promedio de posesión, porcentaje de productos vendidos, y nivel de tecnología) fueron correlacionados usando un análisis de regresión múltiple con un número de indicadores de la funcionabilidad de la finca tales como el valor bruto de la producción de la finca, ingreso neto de la finca, y el capital fijo total. Los resultados del análisis de regresión múltiple muestra claramente que el valor neto de la producción de la finca sube con niveles ascendentes de seguridad de la tenencia. Los niveles de ascendencia de seguridad de tenencia se correlacionaron bien con la mayoría de los otros factores, especialmente el tamaño de la finca, porcentaje de tierra en producción, porcentaje de productos vendidos y niveles de tecnología. Cuando estos últimos factores se mantuvieron constantes, se encontró que la seguridad de la tenencia ya no se correlacionaba con el valor bruto de la producción de la finca, o sea, que el efecto positivo que la seguridad de la tenencia tiene en la producción de la finca se siente casi en su totalidad a través de los otros factores principales que fueron identificados. En otras palabras, la presencia de la seguridad de la tenencia por sí sola no necesariamente estará acompañada por una mayor producción de la finca; otros factores de producción como el del acceso a capital (por medio del crédito), y la tecnología también deben estar presentes para que la producción de la finca se eleve. Pero si el acceso a capital, tecnología y otros factores elevan la producción de la finca, elevan la producción

de la finca, la elevarían aún más si se hicieran acequiables junto con la seguridad de la tenencia.

### Implicaciones para el Programa de Titulación de Tierras y Desarrollo Agrícola

Contemplando el desarrollo agrícola desde el punto de vista de los problemas de inseguridad de la tenencia, creemos que la agricultura en Costa Rica puede ser dividida en 3 categorías representando diferentes niveles o etapas de desarrollo. Para simplificar, asumimos, que la mayoría de las fincas en una zona geográfica dada se pueden calzar en algunas de estas 3 categorías:

#### Categoría I

- a. Se están formando nuevas fincas por medio de la colonización espontánea;
- b. No-existencia o infraestructura extremadamente cruda, particularmente en términos de facilidades de transporte y mercadeo.
- c. Inversiones en la finca prácticamente limitadas al trabajo de limpieza de la tierra poco o nada de inversión en tecnología;
- d. Muy pocas fincas están tituladas. Tamaño promedio de las fincas es alto (ej. 100 mz.).

#### Ejemplos

Valle de Coto Brus, Sarapiquí, Los Chiles y Llanuras de Guatuso.

#### Categoría II

- a. Las fincas en el área han sido colonizadas por 20-30 años;
- b. Infraestructura limitada pero servible —caminos todo el año, algunas facilidades con los bancos y en la venta;

- c. Los operadores de la finca están empezando a usar fertilizantes y otros factores de producción tecnológica;
- d. Casi la mitad de las fincas están tituladas. Los propietarios ponen la titulación de sus fincas en la más alta prioridad.

### Ejemplos

Cantón de San Carlos (excepto por las áreas al Norte del Río San Carlos). Colinas a lo largo de la Costa Pacífica, Provincia de Puntarenas (Parrita-Quepos).

### Categoría III

- a. La tierra ha sido colonizada y cultivada por lo menos en 2 generaciones;
- b. La infraestructura está relativamente avanzada —camino utilizables todo el año y una red de caminos secundarios sirve a la mayoría de las fincas;
- c. Las inversiones de la finca involucran un uso limitado de tecnología pero es posible el acceso a ésta;
- d. La mayoría de las fincas están tituladas o han estado por varias generaciones.

Proceso de fragmentación de la tierra (minifundios) ocurre simultáneamente con la concentración de la tierra, hay fincas muy pequeñas a la par de las grandes.

### Ejemplos

Meseta Central; Centro y Norte de Nicoya; Valle del General.

En cada una de las tres categorías, la seguridad de la tenencia se correlaciona hasta cierto punto con la mayor producción de la finca, pero del análisis económico hecho en la Parte III debe haber quedado claro que la seguridad de la tenencia tendrá el impacto más notable en las áreas de Categoría II. En las áreas de Categoría I la seguridad de la tenencia (posesión de un título legal sobre la tierra) tendrá un impacto mínimo a menos que y

hasta que se abran caminos utilizables todo el año y se establezcan algunas facilidades bancarias y de mercado. En otras palabras, la seguridad de la tenencia no opera en un vacío, únicamente puede operar a través de otros factores como el acceso al capital y a los mercados. En las áreas de la Categoría II, donde existen el acceso a los mercados y otros factores de producción importantes, aunque sea en forma limitada, el mayor impacto inmediato de la provisión de títulos sería el de elevar la producción agrícola debido principalmente a que mejoraría los factores de producción existentes. En las áreas de Categoría II, la seguridad de la tenencia ya ha sido lograda hasta cierto punto, ya sea porque la mayoría de las fincas tienen título o porque las fincas han sido poseídas por largos períodos de tiempo y esto hasta cierto grado, de una seguridad semejante a la de tener el Título inscrito en el Registro de la Propiedad. En cada una de estas categorías de áreas, pero particularmente en las dos primeras, el proveer seguridad en la tenencia mediante títulos legalmente sancionados tendrá un efecto positivo en el desarrollo agrícola únicamente si al agricultor-beneficiario se le puede asegurar acceso al crédito, servicios técnicos y tecnología. Desde el punto de vista del planeamiento de la estrategia, el solo hecho de proveer títulos no mejoraría mucho la producción agrícola. Este punto ha sido ya expuesto en el análisis de la Parte III, donde se mostró que la seguridad de la tenencia correlacionaba muy bien con la presencia de otros factores de desarrollo tales como capital, acceso a la tecnología, y el grado en que la producción de la finca pueda venderse. Además, esto se desprende de la experiencia del ITCO en materia de titulación durante los últimos 10 años. Los agricultores que en el pasado se han beneficiado de la parcelación y programas de titulación del ITCO no parecen haber mejorado su posición tanto como se esperaba, principalmente porque no se les proveyó con crédito adecuado, servicios técnicos y tecnología.

En resumen, hay implicaciones importantes que deben tomarse del análisis presentado en este estudio. Primero, es sumamente importante que se provea de crédito y asistencia técnica a los agricultores que vayan a recibir títulos bajo el Programa de Titulación de Tierras del ITCO. La provisión de títulos bajo este programa ciertamente aumentará las oportunidades de estos agricultores para participar más activamente en la economía agrícola. Sin embargo, un título por sí solo no aumentaría significativamente la

producción agrícola de subsistencia del agricultor. A la seguridad de la tenencia se le debe dar un oportunidad de operar a través de otros factores de producción; en este sentido, la seguridad de la tenencia (la provisión de títulos sobre la tierra) es una condición necesaria pero no suficiente al desarrollo de la agricultura.

Segundo, el análisis sugiere que el Programa de Titulación de Tierras tendría efectos más inmediatos si se implementa en ciertas áreas, como las clasificadas como de Categoría II, que tienen algunas facilidades bancarias y de mercadeo, y un sistema de caminos utilizables todo el año. No solamente están los agricultores de estas áreas más interesados en recibir el beneficio del Programa de Titulación sino que son mayores las probabilidades de un mejor rendimiento de las inversiones en titulación en estas áreas y con ello se contribuiría mucho más al desarrollo agrícola.

## ASISTENCIA LEGAL: TEMAS MODERNOS Y VARIACIONES\* \*\*

MAURO CAPPELLETTI y JAMES GORDLEY

### SEGUNDA PARTE: Variaciones sobre un Tema Moderno

JAMES GORDLEY †

La primera parte de este artículo describió el desarrollo de los modernos enfoques de ayuda legal para los pobres. Allí se puso de relieve que las tentativas del siglo XIX fueron una combinación de ley y de caridad.<sup>(1)</sup> Disposiciones legales concretas señalaron al pobre el camino a seguir, por medio del cual teóricamente podría obtener servicios legales; la responsabilidad de procurar tales servicios, sin embargo, fue abandonada a los esfuerzos caritativos de los Colegios de Abogados organizados. En nuestro siglo este enfoque ha sido desacreditado en favor de uno nuevo, el cual, aunque todavía informal e indefinido, presenta no obstante ciertas características comunes: la ayuda legal es un derecho a ser protegido por la fuerza de la ley; tal protección requiere una acción estatal positiva que debe dar protección no sólo de manera meramente formal, sino de manera real y efectiva.

Este enfoque moderno es suficientemente amplio como para dar cabida a diversas concepciones sobre la ayuda legal. Mientras que la Primera Parte se ocupó de la composición de los rasgos

\* Este artículo fue posible realizarlo gracias a la cooperación del Consejo Italiano de Investigaciones y de la Fundación Agnelli de Turín. Si bien los autores comportan una preocupación y una visión común, han optado por separar en dos partes los escritos. Cualquiera de las partes puede ser leída separadamente, no obstante su interdependencia, y esta división refleja las responsabilidades y las contribuciones de los autores.

\*\* Traducción al castellano del profesor Rubén Hernández.

(†) B. A. 1967, M. B. A. 1968 Universidad de Chicago; J. D. 1970, Universidad de Harvard; Becario Investigador, Instituto de Derecho Comparado, Universidad de Florencia, 1970-71.

(1) Ver primera parte, texto anexo a las notas 50-84 *supra*.

comunes del moderno enfoque, la Segunda Parte examinará sus variaciones tal y como se manifiestan en los modernos programas de ayuda legal en el mundo. Más particularmente, tres diferentes sistemas de ayuda legal serán examinados, cada uno de los cuales constituye una variación de este moderno enfoque; cada uno de ellos presenta además sus propios puntos fuertes así como también sus limitaciones, y basado en una distinta concepción de la ayuda legal.

Las diversas concepciones de ayuda legal pueden ser desarrolladas dentro del marco común del moderno enfoque, porque el mundo moderno no ha podido ponerse de acuerdo en la manera de cómo "un derecho" debe ser protegido. Los países socialistas sostienen que la división de la sociedad en clases económicas es la fuente de la injusticia política y social; ellos consideran que han protegido los derechos de las masas por el hecho de haber forjado un nuevo orden sin clases.<sup>(2)</sup> Las naciones occidentales, en cambio, continúan a proteger los viejos derechos "individuales" de sus ciudadanos, y han afrontado nuevas exigencias de igualdad social y económica comprometiéndose a la protección de una variedad de nuevos derechos "sociales". Entre las naciones occidentales, sin embargo, esta respuesta a las nuevas exigencias ha causado una ulterior controversia entre los diversos métodos de proteger los derechos. Un método, tradicionalmente empleado para proteger la mayoría de los derechos políticos, es legalístico e individual, y se preocupa de asignar a los individuos sus propios derechos y responsabilidades en conformidad con ciertos patrones relativamente fijados legalmente. En contraste al anterior, un método más nuevo de salvaguardar derechos es de tipo administrativo y social y se expresa mediante el combatimiento de algunas condiciones sociales perniciosas por medio de una distribución eficiente y elástica de los recursos provistos por el Estado. Como se verá oportunamente, estas diferencias entre Este y Oeste y entre las diferentes naciones occidentales, han producido ideas contrapuestas sobre la forma cómo el derecho de ayuda legal debe ser garantizado. Comencemos por analizar los programas de ayuda legal en los países socialistas.

(2) Ver texto anexo a notas 3-17 *infra*.

## I.—Ayuda legal en los países socialistas

Un breve examen de la ideología marxista es necesaria para entender la tendencia socialista hacia la ayuda legal. La teoría marxista sostiene que la desigualdad política y social, lo mismo que la injusticia, se deben a la división de la sociedad en clases económicas. En la sociedad "burguesa" la fuente de la injusticia es la división entre el proletariado y la burguesía dominante. En teoría, la clase de intereses de la burguesía produjo el "formalismo" legal del último siglo en el cual la protección de las leyes, aunque teóricamente al alcance de todos, era en realidad accesible sólo a los ricos. Con la victoria revolucionaria del proletariado sobre la burguesía, los medios de producción pasan a manos del proletariado, y se crea la sociedad sin clases poniendo así fin a las injusticias de la desigualdad social y política.

En la teoría marxista original, la dictadura revolucionaria del proletariado tenía que ser seguida, poco después, por la desaparición tanto del Estado como del Derecho, los que serían reemplazados por la "voluntad" colectiva del proletariado. Sin embargo, la concepción original ha cambiado en muchos aspectos durante el medio siglo transcurrido desde la Revolución rusa. Por ejemplo, la ideología soviética ha abandonado la posición de que la ley es necesariamente un fenómeno negativo. Desde los años 30, la doctrina oficial ha interpretado el principio de la "legalidad socialista" en el sentido de que la ley alcanza su más alta fase de desarrollo bajo el socialismo, sin tomar en cuenta si deberá o no desaparecer cuando se llegue al último estudio del comunismo.<sup>(3)</sup> Similarmente, la Unión Soviética ha pasado de sus intentos iniciales por abolir la profesión legal organizada, al reconocimiento de que, para el próximo futuro, tiene que desempeñar un valioso papel en la sociedad soviética.<sup>(4)</sup>

Sin embargo, hay algunos principios marxistas que no han sido abandonados. La ideología oficial ha proclamado el haber logrado una sociedad sin clases y, por ello, el fin de la explotación de una clase sobre la otra. Las actuales divisiones en la sociedad

(3) Para darse cuenta de este cambio en la posición oficial hacia la ley, véase H. BERMAN, JUSTICE IN THE U.S.S.R. 29-65 (1963).

(4) Para una descripción de las luchas del Colegio de Abogados soviético, véase id. 31, 68, 76, 80; J. HAZARD, SETTLING DISPUTES IN SOVIET SOCIETY 118-19, 297-98 (1960).

soviética son llamados "estratos" en vez de clases y se consideran que no son hostiles entre sí.<sup>(5)</sup> Para el marxista, la abolición de la lucha de clases debe significar que las fuentes de la desigualdad política y social han sido destruidas. Así, cuando la Unión Soviética reconoce la injusticia en su propia sociedad, atribuye la injusticia a una traición de parte de los enemigos del Estado.<sup>(6)</sup>

La creencia de que la sociedad sin clases ha sido alcanzada y que la fuente de las injusticias políticas y económicas ha sido destruida, tiene profundas implicaciones para los tentativos soviéticos de procurar ayuda legal al pobre. En la Europa Occidental y en los Estados Unidos, la ayuda legal es enfocada como un programa comprensivo de asistencia estatal dirigida y que asegura al sector más pobre de la sociedad todos aquellos servicios legales que los sectores más ricos pueden asegurarse por sí mismos. Los programas de ayuda legal suponen una desigualdad económica tan grave entre los ciudadanos, que por ello se necesitan programas comprensivos. La existencia en la Unión Soviética de tales programas comprensivos de ayuda legal iría contra la creencia de que dentro de su territorio se ha logrado alcanzar la sociedad sin clases.

De acuerdo con lo dicho, no existe en la Unión Soviética un programa de ayuda legal en el sentido Occidental. En cambio, existen varias disposiciones aisladas en el Derecho soviético que alivian las cargas de los ciudadanos soviéticos en un estilo un tanto asistemático. El Código de Procedimientos Civiles de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, por ejemplo, exime a las partes del pago de las costas procesales en ciertos tipos de juicios. Se otorgan exenciones para demandas referentes a reclamaciones de salarios, acciones de alimentos debidos, algunas clases de reclamos por injurias personales, reclamos por asuntos concernientes a la seguridad social, acciones derivadas de hechos delictuosos y acciones derivadas de relaciones administrativas.<sup>(7)</sup> Tales disposiciones fueron establecidas para abarcar casos en los que se creía que el Estado tenía un interés particular, más bien que como una política de ayuda al

(5) H. BERMAN, *supra* nota 3, en 46-47.

(6) Usualmente, estos enemigos han sido identificados como "Troskistas o Bukharinistas fracasados". *Id.* en 48, 54, 67.

(7) RSFSR Código de Procedimientos Civiles, en el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles de la URSS 1964 (A. Kiralfy 1966).

pobre. Por ello, tales disposiciones no pueden ser consideradas en manera alguna como parte de un programa de ayuda legal.

El embrión de un programa de ayuda legal aparece en dos pequeñas disposiciones anexas del Código, permitiendo pero no requiriendo, a una corte o a un juez exención de una parte de las costas procesales, o que amortigue su responsabilidad por tales costas, "dependiendo de su posición económica".<sup>(9)</sup> Estas disposiciones, sin embargo, carecen de la extensión y completeza de las numerosas secciones del Código Alemán de Procedimientos Civiles que regulan la ayuda legal, del tono de las regulaciones sobre ayuda legal en Inglaterra, y de las numerosas disposiciones estatutarias de las legislaciones francesa e italiana.<sup>(10)</sup>

La forma en que los servicios de los abogados es prestada al pobre es también extremadamente simple. Aquellos ciudadanos que requieren asesoramiento legal se presentan ellos mismos a la oficina de una "colectiva" de abogados. Puede ser perdonado el cobro de honorarios por consultas legales. Sin embargo, esta práctica es insignificante dada la típica tarifa nominal que cuesta dicha consulta.<sup>(11)</sup> En modo similar, los honorarios de abogado para litigios efectivos están fijados por el Estado en sumas que están al alcance de la mayoría de los ciudadanos<sup>(12)</sup> y el condonar el pago de tales honorarios, en casos calificados de necesidad, se deja a la libre discreción de los procuradores locales.<sup>(13)</sup> Si por ayuda legal enten-

(8) Pecori, *Il "costo" del processo civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica*, 25 REVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 261, 264-65 (1970).

(9) URSS Código de Procedimientos Civiles 80-81.

(10) Para un amplio, veraz y detallado estudio de los principales aspectos de los programas de asistencia legal en Occidente desde el siglo 19, véase Parte uno, texto anexo notas 50-83 *supra*.

(11) El máximo costo por asistencia legal es de 50 kopecs. Pecori, *supra* nota 8, en 269. Los "Colegios" de Abogados de la URSS están regulados por la ley del 25 de julio del 1962. Para una traducción y comentario véase Friedman & Zile, *Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice*, [1964] WIS. L. REV. 32.

(12) para una descripción de los continuos esfuerzos del gobierno soviético para controlar los honorarios percibidos por los abogados, véase V. GSOVSKI & K. GRZYBOWSKI, GOVERNMENT, LAW AND COURTS IN THE SOVIET UNION AND EASTERN EUROPE 559-64 (1959). Actualmente, los clientes pagan los honorarios a una oficina en donde trabaja el abogado a un salario fijo, y la oficina paga al abogado después de realizar ciertas deducciones para compensar a los abogados que intervienen en casos en que no se deben cobrar honorarios. E. L. JOHNSON, AN INTRODUCTION TO THE SOVIET LEGAL SYSTEM 232-33 (1969).

(13) El artículo 6 de la Ley del 25 de julio, 1962, establece que en ciertos casos que son determinados por el Ministerio de Justicia, el director local de una oficina legal puede excusar a un cliente de pagar los honorarios. En su mayoría, estos casos son similares a aquéllos en

demos un programa extenso y sistemático para brindar al pobre los servicios legales que el rico puede pagar, tal sistema no existe en la Unión Soviética.<sup>(14)</sup>

Por otra parte podríamos usar el término "asistencia legal" para describir cualquier sistema diseñado a asegurar que la asistencia que un cliente recibe no depende de su posición económica. En este sentido, el entero sistema legal soviético constituye un sistema de asistencia legal. Los honorarios de los abogados están fijados a niveles bajos, de tal forma que los servicios legales supuestamente estén a la disposición de todos sobre las mismas bases. La profesión legal en la Unión Soviética se considera como un cuerpo de servidores públicos que ayuda a las cortes en la aplicación de la ley proletaria para una sociedad proletaria.<sup>(15)</sup>

En realidad, es minimizada la importancia del papel del abogado en los litigios; se espera del juez soviético que asuma una responsabilidad independiente para determinar "la verdad objetiva" de un caso, con preferencia a que decida neutralmente sobre las divergencias de los adversarios.<sup>(16)</sup> El juez, asume, en cierta forma, un papel paternal; la ley misma es concebida como un medio de educación y de instrucción. De acuerdo con un jurista, este paternalismo permea el Derecho soviético.<sup>(17)</sup> Mientras estos caracteres no son deducciones estrictas de la teoría marxista, sin embargo representan esfuerzos por realizar la concepción marxista de eliminar la desigualdad política y social en el nuevo orden del Estado de los trabajadores.

que las costas procesales están prohibidas por el Código de Procedimientos Civiles, como según el Código, una de estas circunstancias es la posición financiera del cliente. Pecori, *supra* nota 8, en 166-67. El poder del juez para nombrarle defensor a un indigente, requiere el visto bueno de los directores de oficina. E. L. JOHNSON, *supra* nota 12, en 233.

- (14) Naturalmente, el bajo costo de la consulta y de la asistencia no es un programa de asistencia legal en este sentido; estos bajos honorarios no son tarifas establecidas para el pobre, sino que son los honorarios que se le cobran a todo el mundo.
- (15) Así, a medida que la Unión Soviética se mueve de un énfasis en la justicia popular hacia una profesionalización del gremio, la justificación para el cambio, según una autoridad en procedimiento civil, fue que los abogados tuvieron un papel importante como "una ayuda a la Corte en la lucha por la legalidad socialista y también brindar asistencia legal a las grandes masas de trabajadores". A. F. Kleinmn, citado en J. Hazard, *supra*, nota 4, en 199. Hoy, las responsabilidades del abogado soviético hacia la sociedad como representado por el Estado se extiende más allá de aquellas del abogado occidental como un empleado de una Corte. E. L. JOHNSON, *supra* nota 12, en 234-35.
- (16) Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil Procedure-Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, 69 MICH. L. REV. 847-79 (1971).
- (17) "El juez desempeña la parte de un padre o un guardián; en verdad, todo el sistema legal es paternal". H. BERMAN, *supra*, nota 3, en 284. Para una óptima explicación del significado del Derecho paternal en la Unión Soviética, véase *id.* en 177-384.

En qué medida ha sido realizada esta concepción de la justicia es todavía una pregunta abierta. Hay carestía de investigación disponible en Occidente de cómo el sistema trabaja en la práctica. Podemos señalar, sin embargo, algunos de los peligros inherentes a los cuales está expuesto. Un peligro surge del hecho de que los abogados colectivos dependen de sus clientes para los honorarios. El resultado puede ser que los bufetes colectivos se asientan en áreas donde los honorarios son fácil y regularmente obtenibles, y que los abogados gasten una indebida proporción de su tiempo en negocios que produzcan honorarios. Un segundo peligro, inherente a cualquier sistema de control de precios, nace del hecho que los honorarios son fijados a bajos niveles por el Estado. Un "mercado negro" puede desarrollarse en el cual los clientes paguen honorarios irregulares por servicios legales. Todavía otro peligro es que aún los bajos honorarios establecidos por el Estado pueden estar más allá de la capacidad de pago de los ciudadanos más pobres; en realidad, es difícil imaginar un nivel de honorarios que sea igualmente apropiado por el jefe de una empresa estatal, el trabajador de una fábrica estatal y el labriego. Más aún, cuando al hombre pobre le es negada la ayuda por cualquiera de estas razones, su situación es seria ya que no tiene la alternativa de un sistema extenso de ayuda legal al cual recurrir.

Así el enfoque soviético de ayuda legal tiene tanto un lado positivo, como otro negativo. La visión de una sociedad sin clases ha engendrado un sistema legal dedicado a proveer justicia a las masas, pero esta misma visión es un obstáculo a cualquier tentativa sistemática de procurar justicia en términos especiales al segmento más empobrecido de la sociedad.

## II—Ayuda Legal como un Derecho Jurídico

Las naciones occidentales, en contraposición a los países socialistas, han continuado protegiendo muchos antiguos derechos políticos o individuales, mientras simultáneamente satisfacen la demanda de justicia social mediante la protección de nuevos "derechos sociales" de los ciudadanos hacia la igualdad económica y social.<sup>(18)</sup> El nacimiento de estos derechos sociales ha engendrado

(18) La distinción entre derechos políticos y derechos sociales es discutida en la parte primera, nota 84, *supra* y anexo al texto.

numerosos programas estatales diseñados para protegerlos. Debido a estos nuevos programas, las naciones Occidentales tienen ahora dos métodos básicos y alternativos de proteger un derecho. Pueden seguir el enfoque esencialmente jurídico del siglo pasado combinándolo, donde fuera necesario, con una positiva acción estatal. Alternativamente, pueden establecer programas estatales de servicios sociales, parangonando a los modernos organismos de bienestar social. En esta sección será examinada la primera alternativa de proteger el derecho de ayuda legal mediante la combinación de la vieja tentativa judicial con la acción estatal positiva; la segunda alternativa será discutida en la sección siguiente.

#### A. Implicaciones del enfoque

El enfoque tradicional de la protección de los derechos ha sido esencialmente legalista e individual: abarca la promulgación de las normas legales que definen las obligaciones del Estado, el otorgamiento de los remedios judiciales y cuasi-judiciales en caso de que estas obligaciones estatales no sean cumplidas. El fin de esta tentativa es otorgar a cada individuo sus propios derechos y responsabilidades; los medios para ello son el proveer patrones legales objetivos y asegurar su aplicación imparcial.<sup>(19)</sup> De estos medios y fines brota el poder y la gloria de esta tentativa tanto en el siglo pasado como en el actual. Nuestra concepción de libertad está todavía permeada por la idea de una asignación justa de derechos y responsabilidades a los individuos; nuestra concepción de igualdad, por la idea de uniformar patrones imparciales que sean aplicados a todos. La penetración de estas ideas en la Unión Soviética en la guisa de "legalidad socialista" demuestra esta fuerza. Esa fuerza no es sólo un producto del siglo diecinueve, sino también de toda nuestra tradición legal.

Las naciones no-comunistas no solo se han basado en esta concepción tradicional a proteger numerosos antiguos derechos po-

(19) Véase H. BERMAN, *supra* nota 3, en 46-65, 74-77. Para ulteriores evidencias de la importancia de este enfoque, uno puede notar el esfuerzo norteamericano de reformar el sistema de seguridad social en los terrenos jurídicos. Un crítico ha sugerido que a los beneficiarios de la seguridad social les sea dado un "título" de sus beneficios; este título es recibir la rigurosa clase de protección judicial que se les da a los derechos de propiedad. Véase Reich, *The New Property* 73 YALE L. J. (1964). En esencia este enfoque es un esfuerzo de dar al moderno derecho social la clase de protección tradicionalmente otorgada a los viejos derechos políticos.

líticos; sino que también la han extendido para proteger muchos de los derechos sociales nuevos. El marco de semejante extensión es obligatorio cuando la protección de un moderno derecho social, tal como el derecho de huelga, requiera la tradicional garantía contra la interferencia estatal. También es obligatorio, sin embargo, cuando un nuevo derecho social está íntimamente ligado con un antiguo derecho político que está protegido de la manera tradicional. Tal es el caso del moderno derecho de ayuda legal, el que tradicionalmente ha estado ligado al derecho político de igualdad de acceso a las Cortes. Debido a tal vinculación, el siglo XIX garantizó protección legal al derecho de ayuda; sin embargo, el derecho permaneció en buena parte como caridad, dado que la desconfianza en la acción positiva del Estado y la preocupación de una igualdad puramente formal condujeron a confiar en los servicios caritativos de los Colegios de Abogados. Como esa desconfianza se hundió en el confronto de la preocupación por una efectiva igualdad, fue natural intentar la combinación de tal acción con la tentativa tradicional de proteger los derechos políticos.

Antes de investigar las instancias específicas de estos esfuerzos, debemos examinar las implicaciones generales del enfoque tradicional para un programa de ayuda legal. Este enfoque hace énfasis en las normas uniformes imparcialmente aplicadas en el otorgamiento de derechos y responsabilidades a los individuos.

Estas características a la vez dan al programa su estructura básica. El énfasis en la uniformidad e imparcialidad misma tiene tres implicaciones específicas. Primero, el programa requiere criterio uniforme de elegibilidad y procura un nivel uniforme de asistencia a todos los calificados. Los problemas afrontados por el programa son manejados en forma congruente con estas aspiraciones. Por ejemplo, una carestía de fondos es resuelta haciendo más difíciles de llenar los requisitos de elegibilidad o reduciendo el nivel de ayuda otorgado, con preferencia a permitir una falta de uniformidad en la prestación de la ayuda. Segundo, el programa está administrativamente estructurado para asegurar que estos criterios permanezcan uniformes y sean uniformemente aplicados. Así, el programa trata de establecer criterios desde una fuente nacional centralizada y aplicar los criterios en un procedimiento cuasi-judicial que no sea discriminatorio. Tercero, y como consecuencia de ello, la eficiencia del programa en distribuir recursos, para elevar al máximo los ser-



vicios prestados, está limitada en forma inherente. Los fondos son gastados para asegurar uniformidad administrativa que podría haber sido, de otra forma, gastada en la provisión de servicios de ayuda legal. Más aún, confiando en patrones legales uniformes, el programa se evita de tomar decisiones sobre una base flexible y casuística, aunque de esta forma el programa fuere más eficiente.

La estructura del programa está también afectada por el énfasis en el enfoque tradicional sobre los derechos y las responsabilidades de los individuos. Primero, las patrones del programa y la asistencia que procura están diseñados para permitir a los individuos la protección de sus derechos legales. La ayuda legal es vista como un tipo de arsenal en que los pobres son pertrechados antes del litigio con las armas naturalmente poseídas por los ricos. Segundo, el programa confía al pobre, en forma más o menos amplia, la responsabilidad individual para reconocer sus problemas, para traerlos a conocimiento del programa, y decidiendo en qué forma se debe proceder una vez que la ayuda legal ha sido otorgada. Tercero, mediante el énfasis en los derechos y responsabilidades individuales, el programa únicamente ataca problemas que trascienden las capacidades o intereses individuales sólo por coincidencia. El programa puede promover los intereses de un grupo social o de una clase sólo en la medida en que estos intereses sean congruentes con los intereses individuales de sus miembros. Más aún, confiando responsabilidad a los individuos, el programa puede sobrepasar los intereses individuales únicamente en la medida en que esta responsabilidad sea inteligentemente asumida.

## B. Puesta en práctica del enfoque

Encontramos estas características del enfoque tradicional en los programas de asistencia legal de muchas naciones modernas. Para nuestros propósitos, será mejor comentar únicamente dos de tales programas —el inglés y el alemán— en vez de pasar revista a varios de ellos. Estos dos programas son típicos de aquéllos de muchas otras naciones: el programa inglés tiene fuertes analogías con los de Escocia, Canadá y algunos experimentos norteamericanos,

canos,<sup>(20)</sup> mientras que el programa alemán es similar al de Austria y algunas partes de la península escandinava.<sup>(21)</sup>

## I.—Orígenes:

Los programas de asistencia legal, tanto en Alemania como en Inglaterra, revelan un compromiso temprano de proteger la asistencia legal como un derecho individual de acceso a las Cortes. El programa moderno alemán se desarrolló directamente a partir del sistema del siglo XIX, en el que la ayuda legal era concebida parcialmente como un derecho político y parcialmente como un asunto de caridad. Muchos de los aspectos formales y caritativos han sido sustituidos y lo que permanece es un moderno programa fuertemente encauzado hacia un enfoque esencialmente jurídico. Este compromiso se evidencia en el hecho de que la asistencia legal está garantizada, junto con otros elementos de imparcialidad procesal, por el Código Alemán de Procedimientos Civiles y la administración se confía a las Cortes.<sup>(22)</sup>

(20) La asistencia legal en Escocia es obtenible casi en igual forma que en Inglaterra. En Canadá, Ontario y Alberta han adoptado programas similares que pueden eventualmente ser extendidos a otras provincias que todavía dan ayuda sobre las bases de la concepción del siglo 19. Las principales diferencias entre el plan de Ontario y el sistema inglés es que los abogados canadienses son pagados únicamente en un 75% de sus honorarios legales normales en casos de asistencia legal, en contraposición al 90% que reciben en Inglaterra y que el sistema de honorarios del Canadá hace innecesaria la asistencia en muchos casos. Una pequeña descripción del programa es dada en G. Watson, *Civil Procedure in Canada* (unpublished memorandum contributed to the *International Encyclopedia of Comparative Law*). Véase también Martin, *Legal Aid in Ontario*, 10 CAN. B. J. 473 (1967); Parker, *Legal Aid-Canadian Style*, 14 WAYNE L. REV. 471 (1968). En los Estados Unidos, la Oficina de Oportunidades Económicas ha financiado pequeños experimentos sobre bases similares, aunque la insuficiencia de fondos y la naturaleza experimental del programa han resultado en bajo rendimiento de servicios legales y en una estructura administrativa simplificada. Véase Schlossberg & Weinberg, *The Role of Judicare in the American Legal System*, 54 A.B.A.J. 1000 (1968). para una crítica en relación con los experimentos, véase Voorhees, *The OEO Legal Services Program: Should the Bar Support It?*, 53 A.B.A.J. 23, 26-27 (1967).

(21) El programa austriaco es muy similar al alemán y tiene casi idénticas normas de elegibilidad. Véase ZIVILPROZESSORDNUNG 1895 (AUSTRIA) §§ 63-73. Tal vez el programa de asistencia legal más desarrollado en la península escandinava sea el de Suecia. Las normas de elegibilidad del sistema sueco son similares, aunque no idénticos, a las alemanas. La ayuda legal es otorgada a una parte si es incapaz de litigar por su propia cuenta y si no es "obviamente de menor importancia" para la parte el que su caso sea conocido por los tribunales. Como el sistema alemán, esta determinación es hecha por la corte competente para conocer el caso. El Consejero es citado por la Corte y permitido de cobrar los gastos "necesarios" y "razonables" honorarios de parte del Estado. Véase R. GINSBURG & A. BRUZELIUS, *CIVIL PROCEDURE IN SWEDEN* 74-76 (1965); Ginsburg & Bruzelius, *Professional Legal Assistance in Sweden*, 11 INT'L & COMP. L. Q. 997 (1962).

(22) Véase ZPO §§ 114-27 (C. H. BECK 1958).

La génesis del programa inglés refleja un compromiso semejante, pero de manera diferente. Algunos caracteres básicos del programa inglés difieren del alemán: en vez de integrar su programa dentro del procedimiento civil y de confiar su administración a las Cortes, los ingleses decretaron un estatuto completamente separado y ahora confían la administración del programa a la Sociedad Legal (Law Society), la asociación nacional de procuradores.<sup>(23)</sup> Este estatuto, sin embargo, es considerado más como un "privilegio" político, que como una extensión de la seguridad social del Estado. El Procurador General, solicitando su pronta adopción, lo llamó el privilegio del pequeño hombre ante las cortes de justicia británicas.<sup>(24)</sup>

Más aún, la administración del programa está confiada a una asociación privada, precisamente debido al temor de que el directo control gubernativo conduzca a interferir los derechos políticos individuales.<sup>(25)</sup> Finalmente, como se dijo en la parte primera, apoyarse en la Sociedad Legal también caracterizó el sistema híbrido que precedió a las reformas inglesas de 1949.<sup>(26)</sup> Así, el nuevo programa inglés, como el alemán, puede ser visto como un intento de purificar el viejo programa de sus características carita-

(23) Legal Aid and Advice Act of 1949, 12 & 13 Geo. 6, c. 51. En casos criminales, sin embargo, los ingleses, como los alemanes, han escogido un programa administrado por las cortes. The Criminal Justice Act of 1967, c. 80 establece, en términos generales, que la ayuda legal será otorgada por defensores criminales, nombrados por el Juez o el Secretario de la Corte competente para conocer el caso. Véase *id.*, 73-74. La asistencia puede ser otorgada a un solicitante cuyos medios sean tales que requiera de la asistencia financiera si está enjuiciado por homicidio o si el acusador está accionando desde la División Criminal de la Corte de Apelaciones o de la Corte Marcial de Apelaciones a la Cámara de los Lores. *Id.*, 75 (1). En otros casos, puede ser otorgada cuando el solicitante llene el examen financiero y "aparezca a la Corte aconsejable hacerlo en aras de la justicia". *Id.*, 75 (1). Estas normas son aplicadas por las Cortes aunque puede requerir la ayuda de la Comisión de Beneficios Suplementarios para evaluar los recursos del solicitante, y debe hacerlo en caso de que el solicitante así lo requiera. *Id.*, 77. Como en el programa de ayuda civil, el solicitante es requerido de contribuir al costo de su caso si está en capacidad de hacerlo. *Id.*, 76. El solicitante aceptado es autorizado para escoger cualquier litigante autorizado. *Id.*, 82. El abogado está autorizado para percibir "una remuneración respetable" por su trabajo. *Id.*, 83 (2). La única función de la Sociedad Legal bajo este programa es el aprobar los honorarios cobrados por los abogados en los casos ante las Cortes de las Magistraturas, dado que tales honorarios son los únicos pagados del fondo de asistencia legal utilizado para financiar ayuda en casos civiles. *Id.*, 81 (4). Para una completa descripción del programa de asistencia en casos criminales, véase E. MOERAN, PRACTICAL LEGAL AID 238-310 (1969).

(24) 459 PARL. DEB., H. C. (5th ser.) 1221 (1948).

(25) B. ABEL-SMITH & R. STEVENS, LAWYERS AND THE COURTS 327 (1967). Véase SOCIETY OF CONSERVATIVE LAWYERS, ROUGH JUSTICE 7 (1968).

(26) Véase parte primera, nota 69 supra.

tivas, de retener su enfoque de asistencia legal como un derecho político tradicional, y de integrar esta enfoque con una positiva acción estatal.

## 2.—Patrones y beneficios:

En concordancia, tanto los programas alemán como inglés tienen el tipo de criterio y procuran el tipo de asistencia que semejante enfoque a la asistencia legal implica. Los dos programas han buscado uniformidad e imparcialidad, la primera meta básica de semejante enfoque, procurando patrones cuasi-legales para regular la elegibilidad gubernativa. En el programa inglés, la elegibilidad financiera está determinada por un conjunto de normas muy elaboradas, administradas por el Ministerio de Seguridad Social.<sup>(27)</sup> Por lo general, las entradas y las rentas del solicitante son medidas en relación con cifras tope, máximas o mínimas, después de realizar ciertas deducciones específicas por gastos básicos de vida. Si los ingresos y las rentas del solicitante están por debajo del mínimo, no paga nada por la asistencia legal; si están por encima del máximo, por el contrario, no tiene derecho a ninguna ayuda. Si su posición económica lo sitúa entre estos límites máximos y mínimos, el solicitante está legitimado para la asistencia legal, pero se le obliga a contribuir con los gastos del juicio; dicha contribución se establece de acuerdo con el monto de su ingreso y de sus rentas, una vez hechas las deducciones.<sup>(28)</sup> Las normas

(27) Legal Aid and Advice Act of 1949, 12 & 13 Geo. 6, c. 51, § 4 (6). La minuciosa elaboración de estas normas ha sido una fuente de crítica de los partidarios del programa estilo norteamericano de Oficinas Legales en los barrios. Véase Brooke, *Report of the Advisory Committee on Legal Advice and Assistance*, 33 MOD. L. REV. 432, 436 (1970).

(28) Las normas usadas en la determinación de los ingresos disponibles están contenidas en Legal Aid (Assessment of Resources) Regulations, STAT. INSTR. 1960, No. 1471, scheds. 1 & 2. Para la disposiciones gubernativas que regulan el impuesto de contribuciones, véase Legal Aid and Advice Act of 1949, 12 & 13 Geo. 6, c. 51, §§ 3 & 4. Cuando un solicitante simplemente busca consejo legal, antes que asistencia para litigar, la misma técnica es usada para determinar sus recursos y se le solicita una contribución si sus ingresos caen dentro de ciertos límites. Las normas son considerablemente más simples, sin embargo, dado que funcionario de la oficina a la que se dirige el solicitante de asistencia legal debe determinar sus ingresos. *Id.*, § 7. Además a este programa reglamentario, la Sociedad Legal funciona un programa por su propia cuenta en que el solicitante, sin tomar en cuenta su ingreso financiero, puede recibir hasta una hora y media de consejo legal al costo de £ 1 por cada media hora. E. MOERAN, *supra* nota 23, en 18-10. Bajo ambos programas, los solicitantes son compensados mediante la prestación de consejo legal, a cambio de tarifas bastante bajas. *Id.* en 14.

alemanas aspiran a similares resultados, pero a través de medios menos elaborados. En vez de complicadas normas de elegibilidad, la ley alemana establece un principio general, que es definido y aplicado por las Cortes sobre la base de caso por caso: un solicitante puede recibir ayuda únicamente si no puede asumir los costos del litigio, sin perjudicar su subsistencia y la de su familia.<sup>(29)</sup> Similarmente, ambos programas establecen normas uniformes de alcance nacional para determinar si un solicitante tiene razones suficientes para litigar. La norma inglesa establece que el solicitante debe mostrar "que tiene suficientes motivos para emprender, defender o ser parte (en procesos), y que la ayuda legal puede serle rehusada si se considera que no existe razón para que la reciba en las particulares circunstancias de su caso".<sup>(30)</sup> Esta norma general es definida por disposiciones suplementarias dictadas por la Sociedad Legal y por la praxis de los funcionarios de los Comités de Ayuda Legal que estudian las solicitudes.<sup>(31)</sup> En Alemania, los casos de los solicitantes deben tener "una razonable perspectiva de éxito", y no deben parecer "caprichosos".<sup>(32)</sup> Esta norma es a su vez definida por las decisiones de las cortes alemanas.<sup>(33)</sup>

Además, las normas de elegibilidad, lo mismo que la clase de asistencia procurada, hacen énfasis en los derechos y responsabilidades de los individuos. La meta básica de ambos programas es colocar al pobre en la misma posición de aquellos que poseen medios, y su meta aparece en la forma en que las normas de elegibilidad han sido definidas. En Inglaterra, la Sociedad Legal ha interpretado la norma general de "razonabilidad" en el sentido de que el solicitante debe recibir ayuda si un abogado privado lo

(29) ZPO § 114 (1) (1958) ("ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts").

(30) Legal Aid and Advice Act of 1949, 12 & 13 Geo. 6, c. 51, § 1(6).

(31) Para una descripción de este proceso, véanse notas 46-49 infra y el texto adjunto. Uno puede, por supuesto, ser escéptico acerca de la uniformidad que las normas inglesas y alemanas pueden lograr en la práctica.

(32) ZPO § 114(1) (1958). Este fue adoptado en 1931 para reemplazar los requisitos más liberales en que el solicitante muestra que su caso tenía posibilidades de éxito. Law of June 10, 1931, [1931] RGBl. 1 537.

(33) Como se hizo notar en la primera parte de este artículo, sin embargo, este énfasis en las normas uniformes está referido a los casos llevados ante el Amtsgerichte, o cortes de jurisdicción limitada, donde la concesión de servicios legales gratis a discreción del juez. Véase parte primera, nota 147 supra y texto adjunto.

aconsejase en un caso particular a un cliente privado, que cuenta con posibilidades económicas moderadas de plantear el litigio.<sup>(34)</sup>

En Alemania, un caso es definido como "caprichoso" cuando una parte en la misma situación del solicitante, pero que sin embargo no solicite ayuda legal, rehusa tomar acción legal en vista de su posibilidades de recuperación.<sup>(35)</sup> Ambas normas conciben al pobre como colocado en la misma posición de un posible litigante de clase media, excepto por las barreras financieras de un litigio; ambas definiciones sujetan la concesión de la asistencia a circunstancias similares en las que un litigante de clase media trataría de proteger judicialmente sus propios derechos.

En forma similar, la clase de ayuda que ambos programas otorgan está diseñada para colocar a la persona asistida en la misma posición "vis a vis" que su abogado tendría con un cliente normal. En Inglaterra, la Sociedad Legal confecciona listas de abogados y consultores privados dispuestos a realizar trabajo de asistencia legal.<sup>(36)</sup> La gran mayoría de los abogados ingleses han ofrecido sus servicios.<sup>(37)</sup> Cuando a un pobre se le otorga la asistencia legal, recibe un certificado que lo autoriza para escoger libremente cualquier abogado incluido en las listas. En Alemania, los jueces nombran un abogado para asistir a una persona entre todos los procuradores autorizados para litigar ante la corte.<sup>(38)</sup> En la práctica, las personas que reciben asistencia legal están normalmente autorizadas para escoger el abogado de su predilección.<sup>(39)</sup> Tanto en el programa inglés como en el alemán, se espera que el

(34) Véase E. SACHS, LEGAL AID 82 (1951); Pollock, *Legal Aid as a Social Service-The Cobden Trust Report*, 67 LAW SOC'Y GAZ. 399, 400 (1970). No existe fuente escrita autorizando esta interpretación; fue simplemente desarrollada por la Sociedad Legal en el curso de su experiencia.

(35) "Die Rechtsverfolgung ist auch dann als mutwillig anzusehen, wenn mit Rücksicht auf die für die Beitreibung des Anspruchs bestehenden Aussichten eine nicht das Armenrecht beanspruchende Partei von einer Prozessführung absehen oder nur einen Teil des Anspruchs geltend machen würde". ZPO § 114(1) (1958).

(36) THE LAW SOCIETY, LEGAL AID HANDBOOK 227-29 (3rd ed. 1966) (Legal Aid and Advice Schemes §§ 20-26).

(37) E. MOERAN, *supra* nota 23, en 5; Utton, *The British Legal Aid System*, 76 YALE L. J. 371 (1966).

(38) Stohr, *The German System of Legal Aid: An Alternate Approach*, 54 CALIF. L. REV. 801, 807 (1966).

(39) Esto es verdadero debido a que la mayoría de los solicitantes son asignados al abogado que los ha asistido en la solicitud de la ayuda. *Id.* en 806-807.

abogado de asistencia legal trate a su cliente en igual forma que trataría a un cliente privado. El abogado recibe a su cliente en su oficina particular en las horas normales en que presta sus servicios profesionales. Su conducta hacia los clientes asistidos está regulada por las normas profesionales ordinarias. En realidad, la única diferencia que el sistema permite es que en los casos de asistencia legal, el abogado cobre al Estado los honorarios que le es permitido cobrar, en vez de cobrar al cliente sus honorarios normales.<sup>(40)</sup>

Ambos programas derivan sus normas de una fuente nacional centralizada: en Inglaterra a través de la Ley de asistencia y consejo legal ("Legal aid and advice act") y de regulaciones, planes e instrucciones supletoria, y en Alemania a través del Código. Además, ambos programas descansan en estructuras administrativas judiciales o cuasi-judiciales para asegurar la continua uniformidad y la aplicación imparcial de estas normas.

Para fines administrativos, Inglaterra está dividida en doce "áreas" cada una con una oficina de área; las áreas estas subdivididas en unidades más pequeñas, cada una de ellas con su propia oficina local.<sup>(41)</sup> Estas oficinas están atendidas por empleados de la Sociedad Legal que manejan los asuntos financieros y administrativos, pero salvo pequeñas excepciones, no pueden decidir si un solicitante está legitimado a la asistencia legal.<sup>(42)</sup> Como lo señalan

(40) Para la diferencia entre la compensación económica de abogados en casos de asistencia legal y en casos no asistidos, véase al parte primera, nota 145 supra y texto anexo.

(41) Véase THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 222-24 (Legal Aid and Advice Schemes §§ 3-10). La administración es, por supuesto, mucho más simple en el caso de consejo legal. Los solicitantes simplemente se presentan ante el consultor de su escogencia y éste decide si el solicitante es elegible. Legal Advice Regulations, STAT. INSTR. 1959, No. 47, § 3(1). La autorización del Comité del Área es necesario, sin embargo, antes de que el consejo puede ser prestado por más de una hora y media o que el mismo asunto sea conocido por más de un consultor. Id. § 2(6). El consultor puede brindar sólo consejo legal en forma oral. Legal Aid and Advice Act of 1949, 12 & 13 Geo. 6, c. 51, § 7(2). La única excepción es la de que el consultor puede asistir al solicitante en la preparación de la solicitud de asistencia legal y consignar por escrito que el consejo legal ha sido dado. Id. § 7(2); THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 294. Ni los programas de asistencia ni los de consejo abarcan la redacción de testamentos ni de contratos. Para las normas que regulan la elegibilidad del programa de consejo, véase nota 28 supra.

(42) El secretario de la Oficina Local puede conceder, pero no rechazar, solicitudes por su propia autoridad si la solicitud es para procedimientos de actos prejudiciales, o si la demanda para determinar el procedimiento judicial a seguir todavía no ha sido formulada y el hacerlo cueste más de £ 100. The Legal Aid (General) Regulations, STAT. INSTR. 1971, No. 62, §§ 5(1), 5(3). El secretario puede también expedir certificados de emergencia para asistencia legal en casos de urgencia, pero estos certificados caducan en un breve lapso de tiempo y el Comité debe decidir si continúa o no la asistencia. Id. § 11.

amos anteriormente, la elegibilidad económica del solicitante es determinada en forma independiente por el Ministerio de Seguridad Social.<sup>(43)</sup> La "razonabilidad" de la demanda de servicios del solicitante es determinada, en primer lugar, por los Comités Locales de Certificación ("Local Certifying Committees"). Estos comités consisten de tres a cinco miembros nombrados por la Oficina local para trabajar en las solicitudes de ayuda. Los miembros son escogidos entre una gran cantidad de consultores y abogados privados que voluntariamente se han ofrecido para tal trabajo. Después de cada reunión, el Comité de Certificación es disuelto y se nombra uno nuevo para la siguiente reunión.<sup>(44)</sup> El Comité Local de Certificación estudia las solicitudes en una reunión informal, aceptando o rechazándolas de acuerdo con el conocimiento de la ley y con cualesquiera instrucciones recibidas de parte del Secretario de la Oficina Local concernientes a las normas del programa de asistencia legal.<sup>(45)</sup>

Para asegurar uniformidad en las decisiones de los Comités Locales de Certificación, un solicitante al que se la haya denegado ayuda en base a razones diversas de su elegibilidad financieras está legitimado para apelar ante el Comité de Área. Los Comités de Área son nombrados sobre bases ad hoc dentro de un conjunto de Abogados voluntarios. Una vez nombrados, los Comités de Área realizan una audiencia informal en la cual, a diferencia de la reunión del Comité local, el solicitante o su abogado están autorizados a comparecer.<sup>(46)</sup> El Secretario de la Oficina de Área tiene una función análoga de instruir miembros del Comité sobre los patrones establecidos por la Sociedad Legal. No hay apelación ulterior a la

(43) Véase nota 27, supra.

(44) La lista de la que son sacados los miembros escogidos del comité es hecha por el Comité Local, y los Comités de Certificación son definidos como subcomités ad hoc a través de los cuales sus poderes y deberes son ejercitados. La organización y funciones de los Comités Locales están prescritos por THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 223-26 (Legal Aid and Advice Schemes §§ 8-18). Cerca de un quinto de los profesionales voluntariamente han servido en los Comités locales y de Área. Pollock, *supra* nota 34, en 400.

(45) Véase THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 225 (Legal Aid and Advice Schemes § 14). El formidable conjunto de instrucciones de la Sociedad Legal ha sido publicado para la guía de comités y consultores y está recogida en Digest of Notes and a Digest of Statements in THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 271, 293.

(46) The Legal Aid (General) Regulations, STAT. INSTR. 1971, No. 62, § 10(4). El solicitante debe también suministrar ulteriores datos para sostener su reclamo. Id. El adversario del solicitante no asiste ni a las reuniones del Comité local ni de área.

decisión del Comité de Area. Además de oír apelaciones, el Comité de Area tiene otras funciones, siendo la más importante la aprobación de cualesquiera medidas poco usuales o costosas que un abogado desee tomar para un cliente asistido y la aprobación de peticiones para apelar de decisiones adversas de Cortes inferiores.<sup>(47)</sup>

Finalmente, varias técnicas administrativas existen para asegurar la uniformidad en las decisiones de los Comités de Area. Una es limitando el tamaño del conjunto del cual se extraen los miembros de los comités ad hoc; usualmente incluye únicamente cerca de treinta abogados. Como resultado, los miembros de la lista se familiarizan con las normas del programa. Una segunda técnica es el convocar mensualmente a reuniones a los secretarios de las Oficinas de Area en un esfuerzo por alcanzar acuerdos comunes en asuntos nuevos o dificultosos. Cualquier conclusión alcanzada es comunicada informalmente a los secretarios de las oficinas locales.<sup>(48)</sup> Finalmente, se realizan reuniones anuales de todo el conjunto del que se escogen los miembros del Comité, con el propósito de informar a los miembros de los problemas o divergencias que han surgido en los patrones del programa.<sup>(49)</sup> Mientras que la medida en la cual esta estructura alcanza uniformidad es incierta, un esfuerzo considerable en tal sentido ha sido innegablemente realizado. En realidad, la completa estructura semeja una serie de cortes —aunque admitiendo que con jueces legos— un procedimiento informal, y ninguna “Corte Suprema” que conozca apelaciones sobre las decisiones del área.

(47) Id. § 15(6) (medidas poco comunes o costosas); THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 223 (Legal Aid and Advice Schemes § 6(8)). El Comité de Area, a través de sus subcomités ad hoc, tiene el poder general de nombrar Comités Locales y supervisar su trabajo, administrando los fondos del programa y nombrando a los Comités locales y supervigilando su trabajo, y en general atendiendo las quejas contra los abogados encargados de los casos de asistencia. Id. § 6. Puede también específicamente aprobar que otras partes intervengan en los procedimientos, otorgar consejo adicional y procurar ciertos reportes de los expertos. The Legal Aid (General) Regulations, STAT. INSTR. 1971, No. 62, §§ 15(3), 15(5). El Comité de Area tiene también el poder de descargar o revocar certificados de asistencia local cuando, por ejemplo, han sido innecesarios, o fueron fraudulentamente obtenidos, o cuando la persona ayudada no ha pagado su contribución. Id. § 12.

(48) Estas reuniones no están establecidas en forma reglamentaria, pero se celebran en forma consuetudinaria.

(49) Una reunión general anual debe celebrarse de todos los abogados en un Area que sirven en Comités del Area y en el Comité local. THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 226-27 (Legal Aid and Advice Schemes § 19). Además, una Area puede realizar una reunión separada con sus miembros, pudiendo los miembros de la lista local celebrar también las suyas propias.

El sistema alemán busca uniformidad más directamente, confiando la administración a los tribunales comunes. Una persona que busca asistencia debe solicitarla ante un tribunal con jurisdicción sobre su caso; la corte entonces señala una audiencia. A menos que se crea que las comparecencias no tengan ningún propósito útil, al solicitante le está permitido asistir a la audiencia para discutir la plausibilidad de su caso, así como su elegibilidad financiera, y su oponente es invitado a comparecer y a oponerse a la solicitud.<sup>(50)</sup> La corte está legitimada para exigir la presentación de documentos y testigos no partes en la audiencia, aunque raramente lo hace.<sup>(51)</sup> Como fue observado en la primera parte de este artículo, muchos de estos aspectos que hacen la audiencia asemejarse al juicio mismo, son reliquias del formalismo del siglo XIX que son crecientemente criticadas e informalmente abandonadas.<sup>(52)</sup> Sin embargo, el abandono del formalismo no socava la naturaleza cuasijudicial de los procedimientos. A medida que el juez deja de juzgar los hechos alegados por un solicitante y aplica las normas del programa al caso bajo su estudio sin ver más allá de las peticiones del solicitante la audiencia deja de semejar a un juicio únicamente para aparecer el examen de un non habiente.<sup>(53)</sup> El solicitante puede apelar la decisión del juez ante una corte superior, tal y como si fuese una decisión ordinaria, y puede atacar la decisión en la corte Constitucional o aún ante la Corte Europea de los Derechos Humanos cuando sus recursos ordinarios hayan sido agotados.<sup>(54)</sup>

Por razones aparentes, estos dos sistemas administrativos ponen un gran énfasis en los derechos individuales y en las responsabilidades de los solicitantes de asistencia legal. Sería muy difícil

(50) ZPO § 118a (1958). Aunque la audiencia sea o no convocada, el solicitante tiene el derecho de ser oído, ya sea oralmente o en forma escrita. Véase la primera parte, nota 150 *supra*.

(51) Véase Stohr, *supra* nota 38, en 802-03.

(52) Véase parte primera, notas 155-159 y texto anexo.

(53) Un investigador norteamericano obtuvo la impresión, después de entrevistar a dos jueces alemanes en Heidelberg, que la audiencia preliminar normalmente semeja la audiencia de "un general demurrer under California law". Stohr, *supra* nota 38, en 803.

(54) El solicitante rechazado puede apelar a la siguiente corte superior: después de plantear dicho recurso, ningún otro le es permitido interponer en el curso normal. ZPO § 568 (1958); A. BLOMEYER, ZIVILPROZESSRECHT; ERKENNTNISVERFAHREN 587 (1963). Ejemplos de control sobre los procedimientos alemanes de asistencia legal por la Corte Constitucional y bajo la Convención europea de los Derechos Humanos son dados en la primera parte, texto anexo, notas 252 & 254 *supra*.

solicitar asistencia sin los servicios de un abogado y asumir la carga de presentar los hechos jurídicamente relevantes en una solicitud, llamando la atención hacia las normas uniformes del programa que la autorizan a uno a la asistencia, y plantear una apelación en una aplicación errónea de estas normas. Consecuentemente, la gran mayoría de los solicitantes, en ambos programas, depende de la ayuda del abogado para asegurarse la asistencia legal.<sup>(55)</sup> Sin embargo, a pesar de esta ayuda —en algunas formas, debido a ella— la responsabilidad individual del solicitante es muy pesada. En primera instancia, debe reconocer que tiene un problema legal. Esta labor puede nunca haber sido fácil para el hombre pobre cuya formación cultural podría alienarlo de las normas de la ley, pero es mucho más difícil para él en el moderno Estado asistencial donde su vida está estrechamente afectada por una complicada madeja de legislación. El programa alemán casi no le procura ninguna ayuda en su área. La asistencia proveída por el programa inglés es marginal: recientemente, la Sociedad Legal ha intensificado sus esfuerzos para anunciar el programa de asistencia legal y ha nombrado miembros coordinados para establecer relaciones con una gran variedad de instituciones de seguridad social.<sup>(56)</sup>

Una vez que el pobre reconoce que tiene un problema legal, debe escoger a un abogado que lo asesore para solicitar asistencia y llevar su caso, si la asistencia fuese otorgada. La carga de seleccionar al abogado, que el litigante de clase media considera cosa normal, puede ser muy pesado para el pobre que puede saber

(55) E. MOERAN, *supra* nota 23, en 76; Stohr, *supra* nota 292, en 806-07.

(56) La Sociedad Legal todavía no ha nombrado un número sustancial de oficinas de coordinación, parcialmente porque el nuevo servicio fue concedido para ser adjuntado al esquema de £ 25 que todavía no ha sido puesto en vigor. La meta del servicio es el estimular el servicio social de las agencias para poner casos en manos de abogados locales y proveerlos con una información de antecedentes. Además, los consejeros legales tienen que ser nombrados sobre las bases rotativas de medio tiempo para dar consejo oral en asuntos que no justifican su encargo a un procurador. Estos consejeros operarán a través de las Oficinas de Ayuda Local y de Área, aunque en algunas áreas, "centro permanentes de consejeros serán establecidos. Estos centros darán consejo, pero no se harán cargo de ningún litigio. La Sociedad Legal ha tentativamente sugerido que algunos de los centros que se hagan cargo de litigios, pueden ser establecidos en áreas de mucha necesidad. Para una descripción del servicio coordinado de asesoría, véase *Legal Advice and Assistance*, 119 NEW L. J. 733 (1969); REPORT OF THE ADVISORY COMMITTEE ON THE BETTER PROVISION OF LEGAL ADVICE AND ASSISTANCE, app. A (Cmd. 4249, 1970). El Reporte del Comité de Asesoría propuso la gradual expansión de los servicios de coordinación antes que su establecimiento inmediato. REPORT OF THE ADVISORY COMMITTEE ON THE BETTER PROVISION OF LEGAL ADVICE AND ASSISTANCE, *supra*, en 9. Esta proposición ha sido combatida como poco realista, e injusta para el pobre que necesita tal servicio ahora. Brooke, *supra* nota 27, en 434.

aún menos de los abogados de lo que sabe de las leyes.<sup>(57)</sup> En Alemania, esta carga en cierta forma está aligerada por el nombramiento de abogados hecho por el juez para solicitantes a quienes se ha otorgado asistencia; sin embargo, el solicitante sólo puede beneficiarse de este nombramiento si ha solicitado exitosamente la asistencia, sin la ayuda de un abogado.<sup>(58)</sup> En Inglaterra, los administradores del programa simplemente proveen al solicitante con una lista de consultores y lo dejan escoger por sí mismo.<sup>(59)</sup>

Habiendo escogido un abogado, el solicitante debe visitarlo en su oficina privada durante sus horas normales de bufete, explicarle los hechos del caso, discutirlos con él, y captar el sentido de lo que el abogado le dice. En conformidad con ello, el solicitante debe dominar su temor de dialogar con un profesional desconocido sobre asuntos que le son también poco o nada familiares y sacar tiempo para ello de sus propias horas laborales.<sup>(60)</sup> Más aún, debe comunicarse con un hombre que tiene una formación cultural diferente y un muy diverso enfoque conceptual de la vida. Este problema se agrava por el hecho de que ambos programas se apoyan en los servicios de abogados privados.<sup>(61)</sup> Tales abogados están

(57) Véase SOCIETY OF LABOUR LAWYERS, JUSTICE FOR ALL 53 (Fabian res. ser. 273, 1968). En New Haven, Connecticut, el OEO llevó a cabo un experimento de acuerdo con el sistema inglés, en el que los solicitantes estaban autorizados para escoger un procurador entre la lista de abogados que habían ofrecido sus servicios. Se estimó que el 55% de los solicitantes no sabían nada acerca de las personas incluidas en la lista. Schlossberg & Weinberg, *supra* nota 20 en 1002-03.

En Inglaterra, los administradores del programa suministran al solicitante con una lista de abogados y lo dejan escoger por sí mismo. Véase THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 227, 229 (Legal Aid and Advice Schemes §§ 20 & 24). En Alemania, mientras los abogados son nombrados por el juez para asesorar a los solicitantes a quienes les haya sido acordada la asistencia legal, los solicitantes no son asistidos en la búsqueda de un abogado que los ayude a obtener la asistencia legal.

(58) Como fue observado, la enorme mayoría de los solicitantes alemanes tiene un abogado en el momento en que realizan la solicitud. Según un investigador el procedimiento seguido para asignar un abogado el resto de los solicitantes está encaminado a realizar las asignaciones de acuerdo con el orden de los nombres que aparecen en la lista, desviándose del orden sólo cuando un caso presenta asuntos particularmente delicados. Stohr, *supra* nota 38, en 807.

(59) Véase THE LAW SOCIETY, *supra* nota 36, en 227, 229 (Legal Aid And Advice Schemes §§ 20 & 24).

(60) Existe el consenso, bastante expandido en Inglaterra, de que estos factores alejan la gente de buscar ayuda legal. Véase SOCIETY OF CONSERVATIVE LAWYERS, *supra* nota 25, en 19; SOCIETY OF LABOUR LAWYERS, *supra* nota 57, en 22.

(61) El problema de comunicación, por supuesto, no está enteramente resuelto, aún cuando un abogado es empleado por el Estado para encargarse exclusivamente de los problemas de la gente. Véase Wexler, *Practicing Law for Poor People*, 79 YALE L. J. 1049, 1052 (1970); Matthews & Weiss, *What Can Be Done: A Neighborhood Lawyers Credo*, 47 B. U. L. REV. 231, 243 (1967).

generalmente acostumbrados a tratar con gentes de la clase media y no tienen particular experiencia en comprender todas las complejas ramificaciones de las dificultades de los pobres. Este problema se intensifica una vez que la decisión ha sido tomada en relación con la solicitud. Si la ayuda es denegada, el solicitante y su abogado deben discutir si algún recurso les está permitido interponer; en qué forma la apelación debe ser interpuesta y qué deberá hacerse con el caso mientras se resuelve el recurso interpuesto. Si la ayuda es otorgada, el abogado debe delinear las posibles alternativas legales al cliente, sopesar sus méritos, y darle consejo; el cliente debe entender las alternativas y el consejo indicados y tomar una decisión inteligente. En resumen, debido a que la estructura administrativa semeja una serie de tribunales, debido al hecho de que el solicitante obtiene la ayuda a través de esta estructura y que luego en los tribunales acciona con la ayuda de abogados privados, y dado que también los abogados tratan al solicitante como un cliente normal, el pobre debe asumir las responsabilidades de un cliente normal. Estas responsabilidades incluyen la inteligente vigilancia sobre los derechos por cuya reparación se acciona, en la misma medida en que lo haría un cliente de clase media.

#### 4.—Limitaciones:

Debido a las normas de los dos programas, a la clase de ayuda procurada y a que su estructura administrativa hacen énfasis en la uniformidad y en los derechos y responsabilidades individuales, los programas sufren de ciertas limitaciones connaturales. Primero, ambos programas, por el hecho de recalcar normas uniformes imparcialmente aplicadas, deja de enfatizar sobre la distribución eficiente de recursos para procurar un máximo de servicios legales. El ejemplo más claro de esta limitación es el hecho de que la estructura administrativa necesaria para asegurar uniformidad e imparcialidad es costosa, y pagar este costo necesariamente reduce los fondos que pueden ser gastados en ayuda legal. En Inglaterra, el costo administrativo del programa de ayuda legal fue de £ 2, 312,339 en el año 1969-70. Esta cifra es muy alta considerando que la suma total otorgada por el gobierno para ayuda en casos civiles, en ese año, fue de £ 8,202, 285, y que los consul-

tores privados y abogados que formaron parte de los comités de decisión, únicamente son pagados con un honorario nominal por sus servicios.<sup>(62)</sup> Los costos administrativos han sido suficiente altos para provocar una considerable crítica en los experimentos norteamericanos en que se ha utilizado el modelo inglés, aunque debido a su naturaleza experimental, estos programas han sido menos elaborados y consecuentemente menos imparciales en su maquinaria administrativa.<sup>(63)</sup> Desgraciadamente, no se dispone de ninguna cifra sobre los costos administrativos del programa alemán debido a que su administración se incluye dentro de la estructura regular de los tribunales.

El énfasis en la uniformidad e imparcialidad, sin embargo, limita la eficiencia aún en una forma más fundamental. Un aspecto esencial de las normas jurídicas es que son relativamente inflexibles; aún si estas normas estuviesen diseñadas a procurar una cantidad máxima de servicios legales en la forma más eficiente, no serían dejadas de lado en casos individuales cuando ellas fueron contrarios al interés en la eficiencia. Más aún, implícito en la decisión de confiar la administración a un sistema cuasi-judicial manejado por expertos legales, tales como el abogado inglés o el juez alemán, está la consecuencia de que el sistema será menos sensible en sus demandas de eficiencia práctica. El punto de referencia para aplicar normas será el hecho de si el procedimiento es justo al solicitante, en vez de parar mientes si conviene a los intereses de la administración; el punto de referencia para aplicar las normas

(62) LEGAL AID AND ADVICE, REPORT OF THE LAW SOCIETY AND COMMENTS AND RECOMMENDATIONS OF THE LORD CHANCELLOR'S ADVISORY COMMITTEE 1969-70, apps. A. & 10 (1971). Los miembros de los comités son pagados por sus gastos de viáticos y honorarios nominales por asistencia, pero en 1969-70 tales gastos aumentaron a únicamente £ 98, 702. La suma más alta de los gastos administrativos que los salarios de los empleados de la Sociedad Legal que maneja el sistema. Este renglón, por sí solo, costó £ 1,518.898 en el mismo año. Id. en app. 10. Aun los números que hemos dado para el costo administrativo total no es completo, dado que no incluye los costos extra en que incurrió el Comité de Beneficios Suplementarios para determinar la elegibilidad financiera de los solicitantes. Estos costos extra son, sin duda alguna, sustanciales, pero no han sido contabilizados y por ello no hay forma de ser conocidos. P. BENENSON, THE FUTURE OF LEGAL AID 25 (Fabian res. ser. 191, 1957).

(63) Los costos administrativos en estos experimentos son altos, comparados con aquéllos de las oficinas legales de un vecindario norteamericano. Naturalmente, debido a que esta maquinaria administrativa es menos elaborada, sus gastos son bajos en relación con los costos en Inglaterra. En un experimento realizado en Wisconsin con el modelo inglés, el 30% del presupuesto fue utilizado en gastos administrativos, pero el director reclamó que sólo el 10% fue usado en asuntos puramente administrativos y que el resto lo fue en propósitos educativos y de investigación. Schlossberg & Weinberg, *supra* nota 20, en 1001.

será el determinar si están lógicamente en concordancia con normas más altas, en vez de establecer si son económicamente eficientes. Para dar un breve ejemplo, tanto los programas ingleses como alemanes, han afrontado el problema de determinar cuándo la ayuda debe ser retirada a un caso particular, debido a que las perspectivas de éxito han variado. Mientras los dos sistemas resuelven este problema en diferentes formas, ambas soluciones resultan de un análisis de lo que es justo y de lo que está acorde con el espíritu del estatuto relevante.<sup>(64)</sup> Ninguno de los programas resuelve el problema sopesando los beneficios marginales de ayuda continua en un caso dudoso contra los beneficios marginales de desviar tal ayuda hacia otro solicitante. Una segunda limitación en ambos programas es que su énfasis en los derechos y las responsabilidades individuales impiden cualquier intento de afrontar problemas que trascienden intereses y capacidades individuales. Debido a que los intereses de una clase no siempre coinciden con aquéllos de sus miembros individuales, un programa que enfatiza la reparación de los derechos individuales, debe correspondientemente desenfatar los intereses de clase a la que pertenece. En los programas ingleses y alemanes esta desenfatación de los intereses de clase aparece como una negativa a procurar asistencia, simplemente para promover los intereses de una clase social y en una negativa de evaluar el significado social de los casos tomados a su cargo. Ningún programa financiará "casos de prueba" para cambiar las leyes que afectan a los pobres, a menos que puede ser justificado por el interés inmediato del litigante individual.<sup>(65)</sup> De manera similar, ningún programa financiará esfuerzos para reformas legislativas, tales como de organización y presión política. Más aún, ambos programas

(64) En el programa inglés, el Comité de Area puede expedir un certificado si considera que existen "razonables posibilidades" de que la demanda de un cliente asistido ya no exista o de que éste ha insistido en realizar gastos injustificables. *The Legal Aid (General) Regulations*. STAT. INSTR. 1971, No. 62, § 12 (3) (b). En adición, § 5 de la Ley de 1949 que permite que "certificados de demanda" sean expedidos en un caso dudoso, de tal forma que un abogado pueda ser compensado por la investigación preliminar del caso, antes de que un certificado completo sea expedido. *THE LAW SOCIETY*, *supra* nota 36, en 297. En Alemania, el reglamento autoriza el retiro de la ayuda legal en cualquier momento que se descubra que alguno de los prerequisites reglamentarios no haya sido satisfecho. ZPO § 121 (1958). Para decisiones judiciales interpretativas de esta norma, véase la primera parte, nota 159, *supra*.

(65) En Inglaterra, donde los requisitos reglamentarios es simplemente uno de "razonabilidad", la Sociedad Legal ha clarificado que tales casos de prueba no reúnen las condiciones requeridas. Como Seton Pollock ha puesto de relieve, "lo que no es chistoso es el uso del solicitante de ayuda legal como un guineo para resolver leyes dudosas o la producción de asuntos relativos al poder de policía público". Pollock, *supra* nota 34 en 400.

tienden a denegar ayuda en casos de cuantía tan baja que un litigante privado. No entablaría ninguna acción judicial para recuperar el dinero adeudado, sin tomar en cuenta la importancia que tales casos puedan tener para los pobres como un todo. Así, muy pocos defensores están representados en las Cortes de los Condados ingleses, adonde los pobres son más frecuentemente demandados, debido a que la mayoría de estos casos son juicios por deudas de ventas a plazos en que están de por medio pequeñas sumas de dinero.<sup>(67)</sup> En Alemania, una situación similar existe en la "Amtsgerichte", donde la asistencia es otorgada en forma poco frecuente y a menudo no es otorgada por abogados regulares.<sup>(68)</sup> Aunque la denegatoria de ayuda en tales casos puede no constituir un gran perjuicio para una determinada persona, el efecto derivado sobre el pobre puede ser severo y el resultado de denegar asistencia puede ser el denegar a los pobres la efectiva protección de la ley en muchas de sus transacciones. Finalmente, ambos programas otorgan al pobre la misma cantidad de servicios legales que un litigante privado, situado en similar situación, normalmente adquiriría. Como resultado, ningún programa puede distribuir sus recursos entre los casos asistidos, en proporción a su importancia para combatir la pobreza como una condición social. El hombre que es mordido por el perro de su vecino recibe la misma asistencia que la víctima de la brutalidad policiaca, que las violaciones al Código de inquilinato, o que una usura.

En forma semejante, mediante el énfasis en la responsabilidad individual, ambos programas están limitados por la capacidad individual del hombre pobre: esta limitación los estrecha todavía para promover sus intereses individuales. Como fue notado, ambos programas normalmente confían al pobre el determinar sus problemas legales, escoger su abogado, y consultar al abogado en su

(66) Para un ataque sobre esta limitación del programa inglés, véase Liell, *Why not Neighbourhood Law Offices?*, 111 SOL. J. 763, 765 (1967).

(67) *THE CONSUMER COUNCIL, JUSTICE OUT OF REACH* 15 (1970). Las Cortes de condado también llevan los casos de evicción. Ha sido estimado que el 68% de los inquilinos sujetos a evicción ilegal no han tenido ayuda legal. Véase Wegg-Prosser, *Justice Denied*, 113 SOL. J. 866 (1969).

(68) Una porcentaje mucho menor de casos recibe asistencia en la Amtsgerichte que en la Landgerichte. Para estadísticas, véase la parte primera, nota 160 *supra*. El juez Hiendl ha señalado que aún cuando la asistencia es dada en un caso Amtsgerichte, es raro para un procurador ser nombrado para otorgarlo. Hiendl, *Der Justizbeamte als Aemenvetreter nach* § 116 ZPO, 13 NJW 1749 (1960).



bufete privado durante las horas regulares de oficina. Los críticos del sistema inglés, al menos, han señalado que una enorme cantidad de problemas legales nunca llaman la atención del programa de asistencia legal, debido a que muchos pobres son muy ignorantes de la ley y muy intimidados por las circunstancias respecto a la clase media, para asumir estas responsabilidades.<sup>(69)</sup> Ni el programa británico ni el alemán han desviado recursos significativos de la ayuda a los pobres, quienes han exitosamente asumido tales responsabilidades, para ayudar a otros pobres que no lo han hecho. Más aún, como fue observado, en ambos programas el abogado trata al solicitante o litigante tal y como trata a un cliente privado. Como resultado, el pobre debe articular en forma coherente su problema para comunicárselo a un hombre que tiene una formación cultural diferente a la suya, y tener la suficiente inteligencia para entender lo que se le dice y para escoger entre las alternativas legales que se le presentan. Inevitablemente, estas tareas son difíciles para el pobre que debe moverse en un mundo que hasta cierto punto le es extraño y ocuparse de él a sus propios términos.<sup>(70)</sup> Inevitablemente, muchos serán incapaces de hacerlo. Además, el abogado que ayuda al cliente pobre, encontrará difícil desprenderse de sus propios hábitos, cultura, conceptos y educación para proveerlo con la asistencia que el cliente de clase media no necesita. Ha sido observado, con frecuencia, que los problemas legales del pobre están frecuentemente enmarañados en una red de dificultades extralegales, tales como encontrar trabajo, casa o el tratar con los órganos de la seguridad social en el Estado moderno.<sup>(71)</sup> Los abogados privados que no están familiarizados con los problemas de la pobreza y que usualmente dejan a sus clientes resolver sus propios problemas sociales y económicos, deben concentrar su atención en los problemas legales de los pobres, dejando al pobre la responsabilidad por estas dificultades afines. Así, dando al beneficiario de la asistencia los derechos y responsabilidades de

(69) E. g., SOCIETY OF LABOUR LAWYERS, *supra* nota 57, en 2; Liell, *supra* nota 66, en 763; Wegg-Prosser, *supra* nota 67, en 866. Para una humorística descripción de las peripecias de un pobre tratando de solicitar asistencia legal a través de la estructura administrativa inglesa véase P. BENENSON, *supra* nota 62, en 3-8.

(70) J. CARLIN, J. HOWARD, & S. MESSINGER, CIVIL JUSTICE AND THE POOR. ISSUES FOR SOCIOLOGICAL RESEARCH 58 (1967). Para un detallado estudio de la inhabilidad de los hombres pobres para usar la ley como un litigante normal, véase *id.* en 61-75.

(71) Véase Albert & Weiss, *Neighborhood Lawyers - An American Experiment*, 118 NEW L. J. 667, 668 (1968).

un cliente normal, ambos programas están limitados por la capacidad de los pobres de asumir sus propias responsabilidades.

Debe ser enfatizado que estas limitaciones en los programas ingleses y alemanes son el resultado de las mismas metas que estos programas persiguen: normas uniformes imparcialmente aplicadas para proteger los derechos de los individuos y permitirles sopesar plenamente la responsabilidad de sus vidas. Estas metas han inspirado a muchas naciones la estructura de sus programas de asistencia legal basados en los de Alemania e Inglaterra. Más aún, la persecución de tales metas puede conducir a otras naciones a la adopción de un enfoque similar mediante la modificación de los programas que han heredado del siglo pasado. En Francia e Italia, donde los programas de asistencia legal del siglo XIX han continuado funcionando,<sup>(72)</sup> los esfuerzos de la reforma fundamentalmente han sido dirigidos a eliminar el procedimiento formalista, compensando los abogados en los casos de asistencia legal, distribuyendo tales casos en forma más equitativa entre los abogados privados.<sup>(73)</sup> Si tales esfuerzos de reforma tienen éxito como pareciera en ambos países<sup>(74)</sup> los resultados serán muy similares en enfoque a los programas inglés y alemán. Francia e Italia mantendrían normas nacionales uniformes definiendo la elegibilidad para obtener asistencia legal.<sup>(75)</sup> Adoptaron ya fuese la estructura administrativa del modelo alemán, o más probablemente, mantendrían su actual estructura en la que comisiones de asistencia legal de composición mixta están adjuntas a los tribunales para oír las solicitudes de asistencia. En el último caso, conservarían una versión simplificada de su

(72) Véase la primera parte, texto adjunto, notas 91-142 *supra*. Debido a que los programas italiano y francés han cambiado tan poco desde el último siglo, no serán discutidos en esta segunda parte con detalle.

(73) Véase e. g. M. Cappelletti, *La giustizia dei poveri*, in PROCESO E IDEOLOGIE 547 (1969); Vigoriti, "Fumus boni iuris" e diritto d'azione e di difesa (art. 24 Cost. e art. 15, n. 2, legge sul gratuito patrocinio) 21 RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE 284 (1966). J. ABEILLE, UNE CERTAINE REFORME 57-58 (1970); I. A. JOLY, PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION 261 (1969). Naturalmente, tanto en Italia como en Francia semejantes críticas han sido tales reformas, como medidas temporales hasta que un programa estatal pueda ser puesto en práctica empleando abogados asalariados de tiempo completo que se hagan cargo de los casos de las personas pobres. E. g., P. FROTIER DE LA MESSELIERE, L'ASSISTANCE JUDICIAIRE (ETUDE HISTORIQUE ET PRATIQUE) 145-46 (1941). En Italia, tales propósitos han sido recientemente impulsados en forma vigorosa siguiendo el ejemplo de las oficinas legales de vecindario norteamericano. Véase Denti, *A propósito di riforma del gratuito patrocinio*, 92 FORO ITAL. V 152 (1969).

(74) Véase parte primera, notas 113-17, 142 *supra* y textos adjuntos.

(75) Para una descripción de las normas italianas y francesas, véase parte primera, textos anexos, notas 91-142 *supra*.

actual procedimiento administrativo cuasi-judicial.<sup>(76)</sup> Y en ningún caso continuarían la asignación de abogados privados para representar a los pobres.<sup>(77)</sup> Así, aún cuando sólo podemos imaginar los detalles de las posibles reformas, es razonable esperar que en su despertar el enfoque básico que hemos visto en Inglaterra y Alemania cubriría casi toda la Europa Occidental.

### III.—La Asistencia Legal como un Derecho de Seguridad Social

Como fue observado el enfoque a la asistencia legal que encontramos en Inglaterra y Alemania se desarrolló a partir del enfoque tradicional de la protección de los derechos que América y Europa han heredado del siglo XIX.

Los programas inglés y alemán son intentos para integrar ese enfoque tradicional y la moderna exigencia de que el Estado actúe positiva y efectivamente para garantizar el derecho de asistencia legal. En énfasis que estos programas ponen en la uniformidad y en los derechos y responsabilidades es parte de la tradición que se merece conservar, particularmente cuando están en juego los tradicionales derechos políticos. Sin embargo, la asistencia legal no está exclusivamente conectada con el derecho político tradicional de acceso a los tribunales. Está ligado también a la moderna lucha contra la pobreza y por lo tanto a tales "derechos sociales" modernos como los derechos a una dieta adeudada, a una casa decente, y a la atención médica. Mientras algunos modernos derechos sociales han sido protegidos adaptando al enfoque tradicional del siglo pasado a las nuevas exigencias, otros han sido protegidos mediante programas que rompen radicalmente con el molde tradicional. Los últimos programas ofrecen un segundo enfoque al problema de la asistencia legal.

#### A. Implicaciones del enfoque:

El enfoque alternativo de la asistencia legal implica el establecimiento de un programa estatal concreto, financiado hasta el

(76) Para una sucinta descripción de la estructura administrativa francesa e italiana, véase *id.*

(77) Véase nota 73 *supra*.

límite que coacciones políticas y presupuestarias lo permitan y que está dirigido por expertos especializados en la administración de la seguridad social. El fin de este enfoque es combatir y aminorar una condición social particular o un complejo de condiciones; sus medios es la distribución racional de limitados recursos para producir el mayor impacto. De estos medios y fines surge el poder del enfoque. Atacando amplias condiciones sociales, tales como los tugurios o la malnutrición, promueve una efectiva igualdad económica y social. Distribuyendo recursos para lograr la máxima eficiencia, lucha por otorgar asistencia que los necesitados efectivamente podrán usar, en vez de tener meramente la libertad formal de hacerlo. Así, tiene el poder de tratar directamente con las brechas entre igualdad formal y genuina, que han causado la desilusión de las ideas del siglo XIX. Particularmente en asuntos que abarcan materia de seguridad social, lo directo de este enfoque lo ha hecho más atractivo que alternativas más tradicionales. Este nuevo enfoque tiene muchas implicaciones específicas para los programas de asistencia legal que la utilizan como modelo. El énfasis en la distribución racional de los recursos para obtener los máximos resultados afecta el programa en tres maneras. Primero, las normas de elegibilidad y la clase de ayuda procurada son determinadas por consideraciones administrativas de lo que será más efectivo. Las normas del programa no son diseñadas para asegurar uniformidad nacional. En vez de ello, procuran suficiente flexibilidad para permitir que las normas sean adaptadas a las condiciones locales y a las particulares exigencias, y al mismo tiempo, son suficientemente rígidas para asegurar que las variaciones locales estarán subordinadas a un propósito común. Segundo, la administración del programa está estructurado de acuerdo con un criterio funcional diseñado para dar al programa el impacto más amplio posible. Si estos criterios son aplicados racionalmente al problema de la asistencia legal, la estructura administrativa escogida será altamente descentralizada, bastante dependiente de la iniciativa del servicio local y de las unidades administrativas y geográficamente dispersas sobre una área amplia. En esta forma cada unidad se encargará de un gran número de problemas legales; será capaz de obtener el máximo de beneficio de cada dólar de asistencia mediante la expansión de sus esfuerzos entre numerosos casos, asistiendo cada caso hasta el punto de recuperación disminuida.

Tal estructura también permite la experimentación y la flexible adaptación a las condiciones locales. Tercero, estas normas y su estructura necesariamente tienden a tratar arbitrariamente con el individuo receptor de ayuda en el caso particular —uno de los más significativos errores del programa.

La meta de combatir grandes condiciones sociales tiene también tres implicaciones específicas para el programa. Primero, las normas del programa y de la clase de ayuda que otorga enfatizan la persecución de intereses de clase, antes que intereses de carácter puramente individual. El esfuerzo es para modificar condiciones sociales y cambiar leyes antes que proteger meramente lesiones individuales. Segundo, la estructura administrativa desenfatisa la responsabilidad asignada al pobre; éste es visto más bien como una víctima de las condiciones sociales. Consecuentemente, esta estructura enfatiza la accesibilidad de servicios, la relación de los problemas sociales y jurídicos, lo mismo que la adaptación a la experiencia cultural de la comunidad pobre. Los procedimientos están orientados hacia las necesidades del pobre en su conjunto, antes que a los deseos expresados por los pobres en forma individual. Tercero, y como resultado de estas características, el programa tiene dificultades afrontando las necesidades individuales del pobre. Hasta cierto punto, los recursos son desviados de la satisfacción de estas necesidades hacia preocupaciones sociales más amplias. Además, el intento de ir más allá de los deseos expresados por los individuos crea el riesgo de basar las decisiones en concepciones idiosincráticas de lo que es bueno para el pobre.

Por supuesto, este enfoque difiere radicalmente de nuestra concepción normal del derecho como un medio de protección de los derechos individuales ante los tribunales. Es, sin embargo, un aspecto de lo que la primera parte de este artículo denominaba "la respuesta legal" del mundo moderno a los problemas de asistencia legal.<sup>(78)</sup> Allí la expresión fue usada para contrastar las modernas ideas con las concepciones históricas, en que la recepción de asistencia era una contingencia abandonada a la caridad o a los intereses políticos de poderosos individuos. El nuevo enfoque protege el derecho a la asistencia a través de ley estatutaria, libera su protección de la dependencia en la iniciativa privada, y se basa en las exigencias de política pública, y de esta manera es "Derecho"

(78) Véase parte primera, texto adjunto 85-90 *supra*.

dentro del sentido de la expresión. Es, por supuesto, una clase de Derecho muy diferente. Tiene un carácter dinámico antes que estabilizador y social antes que personal. Está orientado hacia tareas comunes antes que a responsabilidades individuales y procura una protección relativa antes que por categorías. No es la ley del abogado, del litigante y del tribunal; es la ley del experto, de la comunidad, del plan.<sup>(79)</sup>

## B. Puesta en práctica del enfoque:

Cuando volvemos los ojos hacia Europa para observar los intentos de poner en práctica tal enfoque encontramos algunas de sus características esparcidas a lo largo del continente, pero en ningún lugar organizados en un programa completo y viable. Inglaterra tiene una cadena de "Oficinas de consejo al ciudadano" (CAB's) geográficamente dispersada a través del país y financiada en gran parte por los gobiernos locales. Están diseñadas para trabajar en conjunto con otras agencias de servicio social para poner el ciudadano en contacto con la maquinaria de la seguridad social estatal. Consecuentemente, brindan asistencia en una enorme variedad de problemas, lo mismo que en asuntos legales, y están dirigidos por hombres preparados para enfrentarse a las dificultades del pobre. La asesoría es disponible durante las horas de la tarde

(79) Mientras las coacciones ideológicas han impedido a la Unión Soviética de establecer un programa comprensivo de asistencia legal planeado, la planificación, sin embargo, está muy extendida dentro del ámbito de su economía. El resultado ha sido una tensión entre nuestra concepción normal de la "ley" y la nueva ley del "plan". H. BERMAN, *supra* nota 3. en 97-151. La descripción, del profesor Berman de la diferencia entre "ley" y "plan" en la economía soviética es muy similar a nuestra distinción entre "un enfoque de asistencia legal orientada en forma "jurídica" y otra, en cambio, orientada desde el punto de vista del "bienestar". El autor considera a la "ley" como personal, estabilizadora y preocupada por los derechos y responsabilidades individuales, mientras que el "plan" es social, dinámico y preocupado con la máxima utilización de recursos. Si tenemos algún desacuerdo al respecto, es en cuanto él concibe la descentralización como un atributo de la "ley" y la integración como un atributo del "plan". Id. en 101. Esto es, por supuesto, una descripción válida para la experiencia soviética. Analíticamente, sin embargo, sería un error identificar la descentralización con el enfoque jurídico. En cambio, debería nacerse una distinción entre la forma en que la descentralización y la integración son concebidas. La ley descentraliza la aplicación de las normas para asegurar Justicia en el caso particular y centraliza la creación de normas para asegurar uniformidad. El plan descentraliza las decisiones en el interés de la flexibilidad, pero lo subordina a un nivel superior de decisiones en el interés del cumplimiento coordinado a un problema. El grado en que un enfoque es más centralizado que otro, depende de lo que ha sido planeado. La planificación de la economía soviética será comparativamente centralizada debido a la necesidad de coordinación, pero la planificación del sistema de asistencia legal será comparativamente descentralizada.

con un mínimo absoluto de formalidad.<sup>(80)</sup> El CAB's, sin embargo, se circunscribe a brindar consejo legal. No utiliza abogados ni se hace cargo de litigios.<sup>(81)</sup> Como resultado, el CAB's se ha detenido bien lejos de una tentativa completa comprensiva para poner en práctica el nuevo enfoque de protección a la asistencia legal.

Suecia tiene una cantidad de oficinas municipales de asistencia legal, distribuidas a lo largo del país, que sí otorgan a los residentes locales una amplia gama de servicios legales. Sin embargo, debido a su extenso programa nacional de asistencia legal, que funciona como aquél de Alemania, Suecia nunca ha desarrollado estas oficinas en un programa sistemático y completo, con características distintas y propias; en consecuencia, las oficinas de asistencia legal son pocas y parecen haberse confinado a sí mismas a un papel suplementario; por ejemplo, procuran los mismos servicios del programa regular a personas que económicamente están fuera de los límites financieros.<sup>(82)</sup>

Finalmente, en Italia encontramos un sistema de asistencia legal que utiliza abogados regulares a diferencia del CAB's, y que está al mismo tiempo ampliamente extendido y estrechamente dedicado a asuntos de seguridad social, diferente a las oficinas municipales suecas. Tales programas están patrocinados por los

(80) Recientemente, hay cerca de 500 CAB's en Inglaterra que tienen a su cargo un total de 1 millón  $\frac{3}{4}$  de asuntos anualmente. En 1965, 354, 800 de estos asuntos eran referidos al Derecho de familia, 289, 600 y 101,440 relacionados con el comercio o con problemas del consumidor. SOCIETY OF LABOUR LAWYERS, *supra* nota 57, en 24. Cerca el 70% de los trabajadores del CAB son voluntarios y el otro 30% empleados profesionales; pero los voluntarios incluyen trabajadores sociales casados y profesionales retirados. *Id.* en 30, n. 2.

(81) El CAB's generalmente tiene un consejero legal honorario que es un abogado y que puede evacuar consultas legales que le formulen los trabajadores del CAB o bien realizar sesiones de consejo legal para gente pobre durante las tardes. *Id.* en 24. Mientras es un consenso general que el programa CAB es valioso y algunos arguyen que sus responsabilidades deberían ser extendidas, algunas propuestas permitirían al CAB's hacerse cargo de litigios. El Comité Consultivo de Ayuda Legal ha propuesto ligar al CAB's en forma más cercana con los consejeros privados, a través de un servicio de coordinación. REPORT OF THE ADVISORY COMMITTEE ON THE BETTER PROVISION OF LEGAL ADVICE AND ASSISTANCE, *supra* nota 56, en 12. Se ha propuesto, sin embargo, asimilar al CAB's en una Corporación Nacional de los Derechos de los Ciudadanos, la que emprendería los litigios y eventualmente transformaría el CAB's en un programa comprensivo de asistencia, de acuerdo con el modelo de las oficinas legales de los vecindarios norteamericanos.

B. ABEL-SMITH & R. STEVENS, IN SEARCH OF JUSTICE 270-71 (1968). Indagado el CAB dijo que le gustaría tener más consejeros legales. A. PATERSON, A REPORT ON LEGAL AID AS A SOCIAL SERVICE 23 (1970).

(82) En 1961, existían sólo 15 oficinas legales municipales. Cerca un tercio de aquéllos que recibieron ayuda en litigios en estas oficinas, se encuentran fuera de los límites financieros de elegibilidad del programa regular. Tales personas pueden, sin embargo, ser solicitadas de contribuir con los costos de sus casos. R. GINSBURG & A. BRUZELIUS, *supra* nota 21, en 77.

sindicatos, los a la vez están afiliados a varios partidos políticos italianos. Los servicios legales son utilizados como una herramienta organizada, dado que sólo los miembros de tales sindicatos tienen acceso a ella; son parte de un complejo de beneficios que el sindicato y el partido concede para demostrar que se preocupan por el bienestar de sus afiliados. Naturalmente, la limitación fundamental es que estos programas son dirigidos en forma privada, buscando poder político, en vez de serlo en forma pública para el bienestar social de todos los ciudadanos.<sup>(83)</sup>

### 1.—Orígenes:

Cuando dejamos Europa y nos volcamos hacia los Estados Unidos, sin embargo, encontramos estas características combinadas en un programa completo que desarrolla el enfoque que hemos descrito. Desde su concepción, el Programa de Servicios Legales de la Oficina de Oportunidades Económicas (OEO) fue diseñado como parte de un ataque coordinado a la pobreza como condición social. El programa nació como uno de los "programas de acción comunal" autorizados por la Ley de Oportunidades Económicas, y la Ley misma fue considerada como la vanguardia de una "Guerra contra la miseria".<sup>(84)</sup> La administración del programa fue encargada al OEO, que se especializa en administrar programas de servicio social y que está dirigido por hombres expertos en asuntos de seguridad social.<sup>(85)</sup> El primer director nacional del programa con-

(83) Mientras que estos programas de ayuda han sido generalmente rechazados por los tratadistas italianos, están brevemente descritos en D. MARAFIOTI, L'ASSISTENZA GIUDIZIARIA AI NON ABBIENTI 41 (1960). Es interesante notar que estos programas en cierta forma son reminiscencia de la solución política a los problemas de ayuda legal a la antigua clientela romana. Véase la parte primera, texto adjunto, notas 4-22, *supra*.

(84) El título II de la Ley autorizada concede fondos federales para cubrir el 90% de costo de los programas aprobados de acción comunal. La Ley de Oportunidades Económicas de 1964, 42 U.S.C. §§ 2701-981 (1964). Poco después de que la ley entre en vigor, el OEO decidió que los programas de servicio legal podían considerarse aptos para recibir fondos del programa de acción comunal. Reformas a la ley en 1965 han clarificado expresamente que está permitida la utilización de los fondos que la ley específicamente no definió. Economic Opportunity Amendments of 1965, Act of Oct. 9, 1965, Pub. L. No. 89-253, § 12, 79 Stat. 973, reformando Economic Opportunity Act of 1964, § 205(a), 42 U.S.C. § 2785(a) (1964). El dictamen del Senado sobre las reformas explicaba que sus propósitos eran los de clarificar que la ley "no tenía la intención de excluir otros tipos de actividades relacionadas con el propósito de programas de acción comunal, tales como los servicios de asistencia legal a los pobres, orientación familiar, organización de actividades comunales". 14 U. S. CODE CONG. & AD. NEWS 3509 (1965).

(85) Para una descripción de la organización y dirección del programa, véase Pye, *The Role of Legal Services in the Antipoverty Program*, 31 LAW & CONTEMP. PROB. 211 (1966).

tinuamente puso énfasis en la meta de combatir las grandes condiciones sociales antes de concentrar sus esfuerzos en las necesidades individuales de servicios legales. Tal y como lo dijo en 1965, "Me pregunto todos los días cómo los abogados que representan a los pobres, derrotarán el ciclo de la pobreza. Este es el propósito de la Oficina de Oportunidades Económicas, y a menos que justifiquemos nuestra contribución a ese propósito, el programa que dirijo no es propiamente parte de la Guerra contra la Miseria . . .".<sup>(86)</sup>

## 2.—Normas y Beneficios:

El programa ODEO tiene todas las características que hemos descrito como básicas del nuevo enfoque a la asistencia legal. Las normas del programa y la clase de ayuda provista enfatizan la racional distribución de recursos para lograr un máximo impacto en la lucha contra los problemas de la pobreza. Las normas de elegibilidad son establecidas localmente dentro de los límites fijados por amplias directivas nacionales en forma tal que la ayuda puede ser dada donde sea más efectiva, bajo diversas condiciones locales.<sup>(87)</sup>

El contrapeso a esta flexibilidad es el poder del OEO de revisar los programas locales de acuerdo con los objetivos nacionales. Antes de que un programa local sea establecido, sus directores presentan un proyecto de los fondos que se requieren y las normas que regularán el gasto de tales fondos. Si los directores nacionales están convencidos que darle fondos al programa sería la forma más efectiva de usar su limitado presupuesto y que las normas del programa se conforman a ciertos requisitos escritos, el financiamiento es aprobado.<sup>(88)</sup> El programa entonces queda sujeto a revisiones periódicas, pudiendo cortarse o aumentarse sus fondos. El propósito de adaptar las normas locales dentro de límites de la política nacional en esta manera, es el suministrar un balance efi-

(86) Discurso de E. Clinton Bamberger, National Legal Aid and Defender Association's Annual Meeting, Scottsdale, Arizona, Nov. 18, 1965.

(87) Un programa de servicios legales es normalmente operado como una unidad independiente mediante un contrato anual, antes que como una agencia gubernamental. Las normas del programa son establecidas por una Junta de Síndicos que están limitados sólo por los términos del contrato. Véase Nota, *Neighborhood Law Offices: The New Wave in Legal Services for the Poor*, 80 HARV. L. REV. 805 833-34 (1967).

(88) Id. Otra fuente de control sobre la planificación local es el hecho de que un porcentaje de los fondos del programa deben provenir de fondos no federales. Estas fuentes estarán interesadas en controlar cómo se gastan tales fondos.

ciente entre la planificación local y nacional. Las normas de elegibilidad son creadas con suficiente precisión para el control administrativo, pero son bastante indeterminadas para determinar quién en realidad recibirá asistencia legal.<sup>(89)</sup> Más aún, la clase de asistencia procurada se deja en gran parte a la discreción de los administradores locales.<sup>(90)</sup> Así, el programa realmente no tiene del todo normas como las que hemos visto en Inglaterra y Alemania, más bien tiene un conjunto de prioridades para el uso efectivo de sus fondos.

Estas prioridades están dirigidas hacia la meta de exterminar la pobreza.

Al otorgamiento de servicios legales le es dada una prioridad considerable ya que un camino de combatir la pobreza es la de ayudar a los menesterosos a encontrar reparación a sus lesiones individuales de carácter jurídico.<sup>(91)</sup> Algunas oficinas se han visto obligadas, debido a la escasez de sus fondos, a concentrarse exclusivamente en tales servicios,<sup>(92)</sup> pero esta tendencia ha sido combatida por los administradores dentro del programa y por sus mantenedores fuera de él,<sup>(93)</sup> que han señalado que los intereses de los hombres pobres individuales no son congruentes con los intereses de los pobres como clase social y que consecuentemente el programa no debe solo "proveer un abogado a una persona pobre

(89) Según A. Kenneth Pye, un alto administrador del programa, "cualquiera que sea la clase de organización, nueva o vieja, debe reconocerse que lo exiguo de los fondos y la enorme cantidad de casos requieren que se establezcan prioridades y que los recursos sean distribuidos para llenar tales necesidades. Es dudoso si cualquier organización pueda representar todos los solicitantes elegibles y dedicar todavía alguna porción sustancial de sus esfuerzos para cambiar las instituciones asociadas con la pobreza". Pye, *supra* nota 85, en 244.

Véase Matthews & Weiss, *supra* nota 61, en 241; Wexler, *supra* nota 61, en 1055. Es paradójico e interesante que muchas de la "injusticia burocrática" de los servicios legales que los abogados han atacado en otras organizaciones federales de seguridad social se deben precisamente al hecho de que estas organizaciones no tienen fondos para otorgar asistencia a todas las personas que llenan los requisitos de elegibilidad.

(90) Para una descripción de la variedad en la clase de asistencia procurada por las distintas oficinas locales, véase Nota, *supra*, 87, en 813-22.

(91) El profesor Geoffrey C. Hazard en sus argumentos ha sugerido que ayudar al pobre a remediar sus lesiones individuales bajo la ley vigente puede ser sólo el tipo válido de asistencia que puede ser otorgado. Hazard, *Social Justice Through Civil Justice*, 36 U. CHI. L. REV. 699, 708-10 (1969).

(92) Véase Nota, *supra* 87, en 822.

(93) Véase Pye, *supra* nota 85, en 244.

en un caso particular y desofisticada".<sup>(94)</sup> La defensa de los pobres como clase ha sido procurada en varias maneras. El litigio de "casos de prueba" para reformar las leyes que afectan a los pobres ha sido estimulado y algunas oficinas tienen "unidades de reforma legal" especializadas para realizar dicha tarea.<sup>(95)</sup> Casi todas las grandes oficinas se han comprometido en esfuerzos para promover reformas legislativas y muchas de ellas tienen departamentos para investigación legislativa.<sup>(96)</sup> Estas actividades se combinan con los esfuerzos para asistir grupos de gente pobre formados también para combatir el problema común de la pobreza. Mientras algunas oficinas han tratado activamente de organizar tales grupos, otros han desempeñado un papel pasivo al proveerlos sólo con asistencia legal.<sup>(97)</sup> Existe un conflicto bastante considerable dentro del programa de servicios legales, en el sentido de establecer los límites a los que debe llegar una oficina local en la organización o apoyo de actividades militantes o aún ilegales de tales grupos, dirigidas a reformar la ley.<sup>(98)</sup> No obstante, este conflicto no oscurece el consenso general, expresado en las normas nacionales del programa, que la promoción de intereses de clase, a través de la acción co-

(94) Discursos de E. Clinto Bamberger, en el Colegio de Abogados de Pennsylvania, en febrero 20, 1966. Similarmente, Mr. Bamberger señaló: "Queremos abogados que no sean simplemente consejeros legales para individuos atrapados en la pobreza, sino más bien un articulado portavoz para la quinta parte de nuestra población que vive en condiciones de pobreza... Los abogados imbuidos de las mejores tradiciones de nuestro Colegio pueden hablar por el inarticulado, pueden constituir un reto contra las sistemas que generan los ciclos de pobreza, pueden hacer que personas de poder e influencia se interesen en ellos". Discurso dirigido por E. Clinton Bamberger, en el Colegio de Abogados de la ciudad de Baltimore, el 15 de diciembre de 1965.

(95) Sin embargo, han habido considerables ataques sobre la efectividad de la prueba de casos de litigio, provenientes de todas partes del espectro político. Véase Hazard, *supra* nota 91; Wexler, *supra* nota 61.

(96) Nota, *supra* nota 87, en 816.

(97) Id. en 816-20. Uno de los principales propósitos del programa, tal y como lo describen en el citado artículo de Edgar y Jean Cahn, fue el establecimiento de grupos de pobres orientados hacia la reforma. Cahn & Cahn, *The War on Poverty: A Civilian Perspective*, 73 YALE L. J., 1317, 1331 (1964).

(98) Véase Pye, *supra* nota 85. Wexler, que está fuera del programa, sostiene que la principal tarea de los programas de ayuda legal debería ser el "ayudar a la gente pobre a organizarse ellos mismos", dado que "si la pobreza es controlada, lo será por la misma gente pobre" "...trabajando juntos". Wexler, *supra* nota 61, en 1053. Matthews & Weiss, quienes están dentro del programa sostiene que "no es mediante la organización de clubes o protestando que el abogado tiene efecto (aunque él puede ayudar en tales tareas), sino dentro de un marco legal más tradicional". Matthews & Weiss, *supra* nota 61, en 241. El punto importante, sin embargo, es que estas posiciones radicales diferentes son defendidas en términos de un solo criterio: el criterio de lo que debe ser más efectivo para atacar la pobreza.

munal y de los esfuerzos de las reformas de ley, es de vital importancia.<sup>(99)</sup>

### 3.—Administración:

La tensión de distribuir los recursos para un máximo impacto en la lucha contra la pobreza, aparece en la estructura administrativa del programa así como en sus patrones y en el tipo de asistencia que otorga. La característica del programa es la descentralización de servicios y de funciones administrativas entre oficinas legales de vecindario geográficamente dispersas. Estas oficinas son pequeñas, por lo general, tienen menos de siete abogados,<sup>(100)</sup> y están localizadas en las comunidades pobres para asegurar el mayor contacto con los indigentes. En esta forma, cada abogado está rodeado por una gran cantidad de problemas legales. Típicamente, un abogado de vecindario tendrá a su cargo unos quinientos diferentes casos cada año.<sup>(101)</sup> Naturalmente, cuando cada abogado dispersa la prestación de sus servicios en forma tan amplia, el costo del programa por caso es mucho menor que si cada abogado tomara a su cargo tan pocos clientes como un litigante privado e hiciera un trabajo tan completo para cada cliente.<sup>(102)</sup> El OEO ha financiado programas experimentales basados en el mo-

(99) Todos los programas de asistencia legal establecidos por el OEO requieren que establezcan como uno de sus objetivos, la reforma de las leyes sustanciales que afectan a los pobres. OFFICE OF ECONOMIC OPPORTUNITY, GUIDELINES FOR LEGAL SERVICES PROGRAMS 8 (1967).

(100) Se ha dicho que la oficina típica tiene un cuerpo de siete abogados que trabajan tiempo completo. Stumpf & Janowitz, *Judges and the Poor: Bench Responses to Federally Financed Legal Services*, 21 STAN. L. REV. 1058, 1059 (1969). Sin embargo, el promedio debe ser mucho menor, dado que el programa sólo tiene cerca dos veces abogados de tiempo completo que el respectivo número de oficinas. Véase Voorhees, *supra* nota 20, en 25.

(101) Stumpf & Janowitz, *supra* nota 100, en 1059.

(102) Existe un considerable desacuerdo sobre la forma en que el abogado de vecindario debe tratar muchos casos en un año y al mismo tiempo dar un alto grado de servicio. El promedio anual estimado es entre 150 o 200 a 600 casos. Véase nota, *supra* nota 87, en 822-23. Esta discusión tiene a ser improcedente porque, en esencia, el promedio de servicios es arbitrario. El punto importante es que los servicios del abogado a clientes privados alcance el nivel que establece la preocupación del abogado por su reputación y forma de vida, la preocupación del cliente por la competencia, y la preocupación de los Colegios de Abogados por prácticas éticas; en contraste, el abogado de vecindario no tiene ninguna norma pero sus propios deseos conflictivos de hacer lo más que puede por el mayor número de personas y la presión del programa de obtener el máximo rendimiento del dinero invertido. Inevitablemente, un abogado de vecindario rodeado por problemas legales, tenderá a diluir sus esfuerzos en forma más fácil que su colega privado, su costo por caso será menor y no será capaz, en consecuencia, de realizar todo el trabajo completo.

delo británico de pagar abogados privados para que se hagan cargo de casos de asistencia y dicho organismo ha llegado a la conclusión de que el costo del sistema de los abogados de vecindario es mucho menos caro por caso.<sup>(103)</sup> Debido a su bajo costo, el programa puede obtener el máximo de efectividad en la solución de los problemas legales de los pobres, aún si el pobre no recibe la cuidadosa atención que un litigante de clase media puede adquirir. Una pequeña cantidad de ayuda dada a muchos clientes puede resolver mayor número de problemas legales que una gran cantidad dada a una sola persona.<sup>(104)</sup> Como resultado de la eficiencia del programa, el OEO ha estado reticente a financiar nuevos experimentos de acuerdo con los lineamientos del sistema inglés.<sup>(105)</sup>

Esta estructura administrativa no fue escogida no sólo por su eficiencia, sino también debido a que esta eficiencia está polarizada hacia el combatimiento de la pobreza. "El concepto de vecindario" sobre el que están basados las oficinas de asistencia legal rompió radicalmente con el punto de vista de que el hombre pobre se encuentra básicamente en la misma posición del rico, pero que necesita ayuda del Estado para romper las barreras económicas de litigio. En vez de ello, vio a los pobres como víctimas de un ciclo vicioso de penalidades económicas y sociales, alienación de la sociedad, desconfianza y desesperación. Cualquier tentativa para resolver problemas legales aislados para los pobres considerados individualmente, no podría romper el círculo vicioso de que tales problemas eran apenas una parte y de esa forma no estaban en capacidad de "derrotar el ciclo vicioso de la pobreza".<sup>(106)</sup> Más

(103) Schlossberg & Weinberg, *supra* nota 20, en 1003.

(104) Esta es una solicitud de lo que un economista llamaría la ley de los rendimientos decrecientes. Un abogado privado, actuando racionalmente, gastaría dinero en el caso de un cliente hasta el costo marginal de que los mayores gastos sean iguales a los beneficios marginales que serán ganados por el cliente. Un abogado de vecindario, actuando racionalmente, dividirá sus limitados fondos entre los clientes hasta que el beneficio marginal del incremento de dólares gastados en los clientes sean iguales. El primero trataría de obtener el máximo beneficio de cualquier cliente; el último, tratará de obtener el máximo beneficio obtenible de los limitados fondos gastados.

(105) Schlossberg & Weinberg, *supra* nota 20, en 1003.

(106) Véase nota 86, *supra* y texto adjunto. La concepción del pobre como una víctima de la alienación y la desesperación, de una clase de enfermedad social, es básica para la concepción de las oficinas legales de vecindario. Véase Cahn & Cahn, *supra* nota 97, en 1331. Estos autores y aquellos otros que han seguido su línea de pensamiento, sin embargo, han firmemente rechazado el enfoque del trabajador social hacia el pobre, el que tiende a reducir sus injusticias y agravios a problemas de índole clínica. J. Carlin, J. Howard, & S. Messenger, *supra* nota 70, en 24-28; Cahn & Cahn, *supra* nota 97, en 1322. No obstante, el pobre todavía es concebido como atrapado dentro de un círculo de pobreza; el círculo se ha hecho responsable por una falla a enfrentar adecuadamente las injusticias.

aún, tales intentos estarían socavados por la desconfianza del pobre hacia la ley y al sistema legal.<sup>(107)</sup> La solución del "concepto del vecindario" era establecer un grupo de abogados que sirvan al pobre tiempo completo y que fuese sensitivo para interpretar la interrelación de sus problemas sociales, económicos y jurídicos. Estos abogados se esperaba que se convirtiesen en parte de las comunidades pobres en que trabajasen, para hacerse conocidos de los miembros de la comunidad, para aprender a entender sus problemas, y, sobre todo, para ganarse su confianza.<sup>(108)</sup> Ellos desde luego manejarían tantos problemas jurídicos individuales como su tiempo se los permitiese, pero deberían tener otras funciones más distintivas.

Una función era el ir más allá del problema legal inmediato, hacia sus antecedentes sociales, económicos y culturales. El abogado de vecindario no sería sólo para defender al pobre contra una notificación de llamada a juicio, sino también para ayudarlo a encontrar casa; ni tampoco para apelar simplemente una decisión de los directores de la seguridad social, sino además para ayudarlo a encontrar empleo. El abogado tenía que estar enterado de los recursos de la comunidad y estar en contacto con las organizaciones comunales y gubernamentales que pudiesen otorgar ayuda a sus clientes.<sup>(109)</sup> En forma similar, el abogado de vecindario tenía que comprender que la reticencia del pobre a buscar ayuda legal y a asumir las responsabilidades de los clientes normales, era simplemente parte del mismo círculo vicioso. Esta reticencia iba a ser combatida localizando oficinas en lugares fácilmente accesibles, manteniéndolas abiertas en horas convenientes, reduciendo al máximo las formalidades y ganándose la confianza de la comunidad.<sup>(110)</sup> Ganándose la confianza de la comunidad, el abogado podría cumplir una segunda función: la educación legal de los pobres. Considerada en forma limitada, la función educativa requería que el abogado informase al pobre de sus derechos legales por medio de panfletos, reuniones y conferencias.<sup>(111)</sup> A grandes rasgos, se requería un intento para comunicar a los pobres el sentido de

(107) Véase, e.g., J. CARLIN, J. HOWARD, & S. MESSINGER, *supra* nota 70, en 61-76.

(108) Véase nota, *supra* nota 87, en 809-10.

(109) Cahn & Cahn, *supra* nota 97, en 1350.

(110) Nota, *supra* nota 87, en 809-10.

(111) Id. en 820-22.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

cómo funciona la ley para resolver los problemas. Una tercera función era comunicar los problemas de la comunidad al resto de la sociedad. El abogado de vecindario fue concebido para convertirse en el representante de los inarticulados e indefensos —en un sentido real—, el representante de la comunidad considerada como un todo.<sup>(112)</sup>

A pesar del consenso general, al menos en teoría,<sup>(113)</sup> en relación con estos aspectos del papel desempeñado por el abogado de vecindario, la interpretación del "concepto de vecindario" ha causado considerables disputas internas. Los mantenedores más conservadores del programa consideran que la principal tarea del abogado de vecindario en su lucha contra la pobreza, es ayudar a resolver los problemas legales individuales. Consideran que las oficinas de vecindario deberían funcionar en forma bastante semejante a los bufetes privados, aunque la poca familiaridad del pobre y su desconfianza de la ley, evidentemente deben modificar el papel del abogado. Tales personas hacen énfasis en la coordinación del programa con otras agencias de servicio social, organizaciones tradicionales de asistencia legal y el Colegio de Abogados; por el contrario, desenfatan la reforma de leyes, la organización comunal y el control comunal.<sup>(114)</sup> Los mantenedores de mentalidad liberal, por el contrario, creen que el programa debería enfocar su atención en los grupos de intereses de los pobres. Consideran que las oficinas de vecindario deberían encontrar a los líderes comunales, posibilitarlos a dar su opinión en las políticas del programa, y trabajar activamente para trasladar sus problemas en cambios efectivos de la ley. Los proponentes de este punto de vista enfatizan que concediendo a los pobres un articulado portavoz de sus problemas comunes, la pobreza espiritual, la desesperación y la resignación

(112) Véase nota 94, *supra*. La idea inicial de Edgar y Jean Cahn era buscar líderes locales que estuviesen cerca de la pobreza para palpar sus necesidades y la hubiesen superado en forma suficiente para poder articular algunas de ellas. El abogado de vecindario podría luego articular estas necesidades en relación con el resto de la sociedad. Cahn & Cahn, *supra* nota 97, en 1322. Los autores admitieron que ésta constituía apenas una respuesta parcial y que el vasto volumen de los "pobres silenciosos" debería ser representado en una forma más directa? Id. en 1333? El problema, sin embargo, es cómo representar la gente que es "silenciosa". Véase nota 127, *infra*.

(113) Véase Hazard, *supra* nota 91, en 699, 702.

(114) Para una descripción de este punto de vista del programa en conflicto con otros puntos de vista, véase Nota, *Competition in Legal Services Under the War on Poverty*, 19 Stan. L. REV. 579 (1967).

pueden ser atacadas, al igual que sus dificultades materiales.<sup>(115)</sup> Finalmente, los sostenedores radicales del programa, —que en el conjunto del programa tienen poca influencia sobre su política— han querido que el abogado de vecindario se transforme fundamentalmente en un organizador político. Su tarea sería, en consecuencia, la de catalizar la formación de grupos que combatirían las leyes existentes mediante protestas militantes.<sup>(116)</sup>

Mientras estas divergencias a veces parecen enormes, es importante notar que todas ellas comparten un propósito común. Tal y como ha señalado un estudioso, todas conciben el propósito de el programa como la disminución de la pobreza.<sup>(117)</sup> Más aún, todas ellas consideran al pobre como una víctima de las circunstancias sociales, atrapado en un círculo vicioso, antes que considerarlo como un cliente ordinario que simplemente tiene problemas económicos para afrontar el litigar. En realidad, gran parte de esta disputa interna lleva a la pregunta de que hasta qué punto debe desenfanzarse en el pobre considerado individualmente: se debe atacar la pobreza mediante la ayuda de los individuos ubicados en posiciones desventajosas mediante la persecución de intereses de grupo en alianza con líderes de grupos, o por la formación de grupos que pueden luchar por ellos mismos?

#### 4.—Limitaciones:

En cualquier forma que sean resueltas estas preguntas, el programa mantendrá énfasis en el uso racional de los recursos para un máximo impacto sobre la pobreza. Y con este énfasis surgen dos limitaciones inherentes. La primera es que el enfoque de gastar el dinero de la asistencia legal de acuerdo con criterios de eficiencia general, conduce a arbitrariedades desde el punto de vista de los beneficiarios individuales. La flexibilidad de las normas como respuesta a los cambios en política, exigencias locales y eficiencia administrativa es importante para una planificación racional; no obstante, la pone en conflicto con la uniformidad y la imparcialidad que son vitales a la equidad. Así, el Programa de Servicios Legales

(115) Véase, e.g. Cahn & Cahn, *supra* nota 97, en 1318-34.

(116) Véase, e. g., Wexler, *supra* nota 61.

(117) Hazard, *supra* nota 91, en 699-702.



establece normas de elegibilidad por razones administrativas que crea más beneficiarios potenciales que efectivos fondos para prestarles ayuda.<sup>(118)</sup> La consecuencia es que sólo una porción de aquéllos que reúnen los requisitos, reciben asistencia; quien recibe la asistencia está determinado por quien llega a la oficina primero o por quien tiene al caso con las mayores implicaciones sociales o por cuáles patrones informales siente deseos de aplicar ese día al abogado de vecindario.<sup>(119)</sup> Así, no es sorprendente que la elegibilidad para la asistencia legal sea determinada por un procedimiento rápido, eficiente, informal y muy arbitrario. Típicamente, un abogado de vecindario examinará al solicitante sobre sus recursos económicos; hará una estimación general acerca de si puede pagar un abogado y luego le comunicará si puede o no recibir asistencia.<sup>(120)</sup> No es necesario decir, que no existe apelación contra las estimaciones equivocadas. Similarmente, aún después a a un solicitante le ha sido concedida la asistencia, no tiene garantía de la cantidad de asistencia que recibirá. Como ha sido señalado el abogado de vecindario distribuye sus esfuerzos entre una vasta cantidad de clientes, ayudando a cada uno en proporción a la ayuda que según el estima necesitan.<sup>(121)</sup> No hay un patrón uniforme de cantidad de servicio; por ejemplo, la cantidad normalmente dada a un cliente que paga y que está legitimado para recibir asistencia legal. Un segundo defecto del programa nace de su énfasis de atacar la pobreza, en vez de proteger los derechos individuales. Los esfuerzos para perseguir intereses de clase, integrando problemas comunes, atacando leyes existentes y organizando grupos comunales, necesariamente distrae recursos de la ayuda a los hombres pobres con programas peculiarmente individuales. Tanto los abogados, así como los administradores nacionales se han encontrado a sí mismos en constante tensión entre estas dos utilidades de fondos y de personal.<sup>(122)</sup>

Los problemas inherentes de desenfatar la protección de los derechos individuales están íntimamente ligados a los problemas de desenfatar la responsabilidad individual. Hemos observado que el programa trata de hacer bastante accesible al pobre la prestación

(118) Véase nota 89, *supra*.

(119) Wexler, *supra* nota 61, en 1055.

(120) Albert & Weiss, *supra* nota 71, en 667.

(121) Véase nota 104 *supra*, y texto adjunto.

(122) Véase Pye, *supra* nota 85, en 247; nota *supra* nota 87, en 822-28.

de sus servicios, de inspirarle su confianza, de educarlo acerca de la importancia de la ley, de resolver sus problemas sociales y económicos, de articular sus agravios, y bastante frecuentemente de fundar organizaciones que lo incorporen a su seno. Como hemos visto, estos esfuerzos están inspirados en la concepción del pobre como un prisionero de un círculo vicioso. Fuera de toda duda, muchos pobres, en la realidad, encajan perfectamente dentro del esquema de la concepción, al menos en algunos aspectos de su conducta, y se han beneficiado de estos esfuerzos. Pero en muchos casos sin embargo, lo que el programa consigue es transformar una condición socio-económica en un camisa de fuerza psicológica. También fuera de toda duda existen otros pobres que desean los servicios de un abogado para que los defiendan de las leyes actuales, antes que integrarse a organizaciones o que sus agravios sean expresados o sus problemas sociales resueltos. Los millares de pobres que pasaron por las tradicionales oficinas centrales de ayuda legal que existían antes del advenimiento del "Programa de Servicios Legales", preferían que los fondos fuesen gastados en mayor cantidad de abogados antes que en oficinas descentralizadas que les fuesen más accesibles.<sup>(123)</sup> Algunos, inclusive, eran capaces de asumir las mismas responsabilidades que normalmente asume un cliente privado.

Subordinar los deseos individuales expresados de los recibidores de ayuda a una visión de lo que el pobre quiere o realmente desea, distrae recursos para la asistencia de los individuos que no están de acuerdo con esta concepción. Crea también peligros inherentes el hecho de que la concepción pierda contacto con la realidad.<sup>(124)</sup> El hecho de que hombres sinceros, después de años de estrecho contacto con el pobre, ensayen una teoría acerca de la condición en que estos últimos viven, no garantiza que la visión sea correcta. Un abogado muy experimentado está convencido de que la apatía del pobre puede ser acabada sólo mediante el cambio completo del papel tradicional del abogado;<sup>(125)</sup> otros abogados igual-

(123) Antes del inicio de los programas del OEO, los servicios legales eran prestados a cerca de 400,000 personas anualmente, Pye, *supra*, nota 85, en 213. A pesar de que las normas de elegibilidad eran estrictas, los casos eran asumidos por méritos y, con frecuencia, categorías enteras de casos, tales como divorcio y asuntos de seguridad social, eran ignorados. Albert & Weiss, *supra* nota 71, en 667.

(124) El profesor Hazard concluyó de los resultados de una indagación preliminar que la solución de los problemas legales individuales corresponde a la idea que el pobre tiene de lo que la ayuda legal significa. Hazard, *supra* nota 91, en 712.

(125) Wexler, *supra* nota 61.

mente experimentados, han llegado a conclusiones diametralmente opuestas.<sup>(126)</sup> Ambas concepciones no pueden ser completamente correctas y si ambas fuesen adoptadas en un vecindario, algunos de los pobres tendrían que sufrir el costo de las concepciones equivocadas de otras personas. Este riesgo no puede ser superado permitiendo al pobre el controlar la política de las oficinas de vecindario, como muchos lo han sugerido. El control en manos del pobre significa simplemente control de la oficina por los líderes locales que tienen sus propias concepciones y que son tan proclives a la idiosincrasia como cualquier otro.<sup>(127)</sup> A menudo, puede ser necesario para un hombre ir más allá de los deseos expresados por otro y decidir lo que realmente necesita y quiere, pero se requiere una cierta arrogancia y los riesgos de incurrir en errores son enormes. Cuando un programa intenta eliminar una condición social antes que satisfacer deseos individuales expresados, se corren tales peligros, pero las consecuencias de las equivocaciones son sufridas por el pobre.

Estas limitaciones no oscurecen las grandes ventajas del programa norteamericano. Dicho programa ha jugado un papel activo en la lucha contra la reforma social y sin duda ha conseguido mayores beneficios por dólar gastado en su ejecución, que cualquier otro programa similar en el mundo. Estas ventajas han conducido a considerables debates en los países europeos sobre si tal programa debe complementar o suplantarse del todo a los existentes. En Inglaterra, existen experimentos financiados privadamente de acuerdo con el modelo norteamericano; un proyecto de investigación en gran parte financiado privadamente para recoger mayor información y las recomendaciones del "Partido Laboral" de que se lance un programa piloto para complementar el sistema existente.<sup>(128)</sup> En Ita-

(126) Matthews & Weiss, *supra* nota 61.

(127) Existe una sola alternativa de apoyarse en expertos ajenos al programa o de escoger líderes locales que estén íntimamente relacionados con los problemas de la pobreza. Esto es para permitir al "pobre silencioso", la gran masa de gentes que no pueden efectivamente usar los procedimientos existentes para reparar sus agravios, de representarse ellos mismos. Por definición, sin embargo, el desadaptado encontrará muy difícil al acomodar la política del programa para adaptarlo a la reparación de sus agravios. Para una descripción de las dificultades que el programa ha tenido tratando de lograr la participación directa del pobre, véase nota, *supra* nota 87, en 829.

(128) La recomendación del "Partido Laboralista" se encuentra en SOCIETY OF LABOUR LAWYERS, *supra* nota 57. El proyecto de investigación está financiado por una donación de £ 22,000 de la Fundación Nuffield al Instituto de Administración Judicial de Birmingham y por otra donación mayor de £ 150,000 de la misma fundación para realizar investigación a escala nacional. *The Need for Legal Services*, 121 NEW L. J? I (1971). La oficina legal

lia, han habido debates académicos acerca de si un programa de oficinas de vecindario debería ser adoptado con preferencia a otro basado en el modelo inglés.<sup>(129)</sup> El enfoque norteamericano ha surgido claramente como al que marcha a la vanguardia en el mundo contemporáneo.

#### IV.—Problemas de escogencia

La presencia de modernos enfoques para procurar ayuda legal levanta la pregunta de cuál alternativa es preferible. Esta sección considerará el problema de escoger entre un enfoque que trata la asistencia legal como un derecho jurídico y otra que lo enfoca como un derecho de seguridad social. Sería inapropiado en este contexto, comentar la otra alternativa sea la encontrada en los programas de asistencia legal de los países socialistas. Como fue indicado, los méritos del enfoque socialista dependen en mucho del realismo de la visión marxista de la sociedad sin clases.<sup>(130)</sup> Una evaluación de esta concepción sin embargo, iría más allá de los límites del presente estudio. Más aún, dado que la mayoría de las naciones occidentales muestra pocos signos de desear la reconstrucción de sus sociedades de acuerdo con los lineamientos soviéticos, ulteriores consideraciones del enfoque soviético tendrían poca relevancia para los problemas de escogencia que actualmente enfrentan.

Cuando volvemos nuestra mirada hacia las dos alteraciones occidentales nos encontramos en un dilema. Tal y como este artículo continuamente lo ha puesto de manifiesto, los dos tipos de programas difieren en sus metas y en sus métodos. Cuando la asistencia legal es considerada como un derecho jurídico, la meta es permitir a los pobres el proteger sus derechos individuales y el método es el de depender en la aplicación uniforme de normas im-

de vecindario, con carácter experimental ha sido establecida en North Kensington, y está financiada por contribuciones caritativas, y emplea un abogado de tiempo completo y un oficinista. En los primeros cuatro meses se atendieron 1000 clientes. Id. en 2. Goza de la total colaboración de la Sociedad Legal. Wegg-Prosser, *The North Kensington Neighbourhood Law Centre*, 67 LAW SOC. GAZ. 634 (1970). Otras oficinas similares están bajo estudio. *The Guardian*, Junio 17, 1971, en 11.

(129) Véase, e. g., Denti, *supra* nota 75.

(130) Véase texto adjunto notas 3-17, *supra*.

parciales. Cuando la ayuda legal es concebida como un derecho de seguridad social, la meta es combatir la pobreza como una condición social y el método se apoya en el planeamiento racional para lograr la distribución más efectiva de recursos. A pesar de que estas metas y métodos no se encuentran siempre en conflicto, a menudo lo están y una decisión a enfatizar una, será por lo tanto una decisión a desenfatar la otra. A la larga, sólo será posible escapar de este dilema, cuando se resuelva el más amplio problema de integrar el derecho tradicional con el nuevo Derecho de planificación social y económico. La solución de tal problema requerirá una gran cantidad de pensamiento crítico acerca de nuestro método de análisis, de nuestras instituciones y de nuestros propios valores. A corto plazo, debemos proceder con precaución, con el conocimiento de que no todas nuestras esperanzas pueden ser satisfechas.

Esto no significa que el problema de seleccionar un sistema de asistencia legal es simplemente una escogencia no racional entre dos patrones valorativos y competitivos. En primer lugar, los creadores del programa deben comprender el alcance verdadero de la escogencia que realizan, antes de realizarla, de modo que puedan hacer la más inteligente posible. Deben reconocer cuándo el diseño de un programa promueve o compromete un principio, y debe modelar este diseño en tal forma que aún el principio escogido para ser relegado a un segundo plano, no se vea infringido más allá de lo necesario.

Segundo, los promotores del programa deben explorar programas intermedios que sean el resultado de un compromiso entre las metas y los métodos descritos. Por supuesto, todos los programas que hemos analizado realizan una especie de tal compromiso. En Inglaterra y en Alemania, el derecho del pobre a la asistencia legal no es protegido con el mismo rigor imparcial con que lo está el derecho de propiedad del hombre moderno; el programa norteamericano no subordina el problema individual al social ni la justicia a la eficiencia con el mismo fervor que lo hacen otras agencias que prestan servicios sociales. Pero existen muchos otros tipos de soluciones de compromiso que podrían ser formulados. Un tipo de compromiso sería tomar, por ejemplo, las recomendaciones del Partido Laboral inglés y, en efecto, dividir los fondos para asistencia legal en dos programas separados, cada uno tratando de realizar un enfoque diferente. En un nivel más sofisticado, algunas características de cada enfoque podrían ser com-

binadas en forma relativamente pura. Por ejemplo, un programa podría procurar ayuda a través de abogados públicos especialmente entrenados en los problemas de la pobreza, pero determinando la elegibilidad por medio de la aplicación imparcial de normas uniformes. Tal programa podría centrar sus esfuerzos en combatir la pobreza, pero haciendo algún sacrificio en la planificación racional y en compensación por un mayor grado de equidad a los individuos. En un nivel aún más alto de sofisticación, un programa podría tratar la asistencia legal simultáneamente como un derecho jurídico y como un derecho de seguridad social, dependiendo en los problemas específicos del solicitante. Así, por ejemplo, se podría tomar el enfoque del programa de asistencia criminal del Distrito de Columbia y procurar asistencia a través de una agencia de asistencia legal en asuntos grandes, pequeños o especializados y, en otros casos, por medio de abogados privados.<sup>(131)</sup> Aunque cualquiera de estas soluciones intermedias requerirán compromiso entre escalas competitivas de valores, tales compromisos pueden ofrecer las opciones más atractivas. Finalmente, la decisión de los promotores del programa deberá depender del contexto en que se realiza. El factor más importante que da forma a este contexto es el comprometer al gobierno para que procure los fondos para la asistencia legal. Si el gobierno pensara distribuir mayores cantidades de dinero que cualquier gobierno antecesor, la mejor escogencia sería dos programas completos y comprensivos, cada uno tratando de realizar un enfoque radicalmente diferente. En esta forma, cada programa supliría las desventajas del otro; lo que al pobre le fuese denegado por un programa, podría serle concedido por intermedio del otro. Si, por el contrario, el gobierno proveyese sólo de fondos nominales, la mejor solución sería un programa como el norteamericano. Con tan poca cantidad de dinero disponible no habría forma de asegurar una genuina imparcialidad y una efectiva protección a los derechos individuales. Simultáneamente, las ventajas del programa norteamericano en promover reformas y obtener el máximo beneficio de cada dólar de ayuda gastado, sería crucial.

Entre estos dos extremos, la escogencia de un programa debería estar en mucho influenciada, aunque raramente determinada, por los factores culturales, institucionales y económicos en el contexto de la decisión. Las ventajas de un programa similar al nor-

(131) Véase la parte primera, texto adjunto notas 196-97, *supra*.

teamericano son más importantes en áreas en que existe una profunda escisión entre el abogado de clase media y el pobre, o donde el pobre sólo tenga una pequeña noción del funcionamiento de las leyes. Los modelos ingleses y alemanes son más atractivos en áreas donde una fuerte disciplina profesional puede prevenir la especulación de los abogados o donde los honorarios pueden ser cobrados al litigante perdedor para reducir el costo del programa. La áreas agrícolas tendrán dificultades procurando oficinas de vecindario, simplemente por razones geográficas. Mucho puede depender de las peculiaridades nacionales o regionales. Por ejemplo, la introducción de abogados de vecindario en partes del sur de Italia podría ser seguido por intentos de los abogados de adquirir poder personal y prestigio, mediante el uso de sus posiciones.

En el análisis final, si no aparece claramente una escogencia definitiva luego de haber examinado todos estos factores, y si los creadores del programa están divididos en sus preferencias por uno de los dos sistemas de valores en conflicto y no están anuentes a resolver esta divergencia mediante una solución compromisoria, la mejor escogencia sería probablemente un programa basado sobre el modelo inglés o bien sobre el alemán. Tal programa se convierte cada vez más apetecido, a medida que el problema de la pobreza es cada día menos grave y que el pobre aprende también a asumir las responsabilidades que el sistema coloca sobre ellos. Un programa basado en el esquema norteamericano tiene la tendencia opuesta de degenerar con el tiempo, a medida que el entusiasmo inicial se desvanece, lo mismo que a medida que la condición social del pobre mejora, y que el sistema desarrolla sus propias concepciones de lo que el pobre necesita y quiere. Más aun, el programa norteamericano presenta el peligro de crear una escisión permanente entre la justicia obtenida por el rico y la justicia obtenida por el pobre.

## SOBRE LA JUSTICIA EN LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Por el LIC. ROLANDO SOTO JIMENEZ(\*)

Quizás una de las formas de ejercer control adecuado sobre las actividades de una comunidad integrada (Comunidad económica) es mediante el equilibrio de poderes de los órganos creados dentro del proceso de cohesión. Significa esto que el proceso de la integración debe estar dotado de órganos ejecutivos, legislativos y judiciales. Pero no basta tampoco esta configuración tripartita de poder, para poder afirmar, que en la región se ejercerá un magnífico control de dicho proceso. Una entidad ejecutiva débil, enfrentada a un órgano legislativo poderoso, en vez de fomentar armonía, constituye un germen de descomposición latente.

Por esta razón se hace necesario un examen aquí somero, de las posibilidades teóricas y prácticas que existen alrededor del establecimiento de una Corte o Tribunal de Justicia, en el ámbito regional.

Una opinión poco aceptada en la actualidad, manifiesta gran aversión por la creación de Tribunales de justicia dentro del marco de la integración regional. Estiman sus adeptos que los movimientos de integración económica, en razón de su fluidez y dinamismo, no son susceptibles de un control judicial, que por lo general está provisto de técnicas especiales que desarrollan el proceso. Dicho formalismo de la juridicidad, —dicen—, no es el camino más lógico que debe tomar la integración, con el propósito de controlar los actos comunitarios y las violaciones que pueden suscitarse con respecto a los tratados. Los sustentantes de esta tesis, en su mayoría economista y planificadores del desarrollo, son en cambio amplios partidarios de los Tribunales o Comisiones de Arbitraje, por cuanto según su opinión, vienen a expeditar los trámites de solución de controversias.

(\*) El autor es un conocedor y estudioso de los asuntos de integración. Realizó sus estudios de post-grado en las Universidades de New York y Amsterdam. Actualmente tiene a su cargo la cátedra de Derecho Económico en la Facultad de Derecho, de nuestra Universidad.

Experiencias de este tipo de administración de la justicia pueden palparse tanto en el ámbito del Mercado Común Centroamericano (MCCA), como en el de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). El MCCA, desde su inicio a partir de la suscripción del Tratado General, en 1960, estableció un mecanismo para la solución de las controversias, el cual aparece en el artículo XXVI de dicho instrumento.

De acuerdo al Tratado General, pueden señalarse dos tipos de solución para "las diferencias que surgieron sobre la interpretación o aplicación de cualquiera de sus cláusulas". En efecto, la primera de ellas vendría a ser la utilización de alguno de los Consejos (el Ejecutivo o el Económico), según fuere el caso, los cuales, luego de oír a las partes y de analizar la situación, fallarían como órganos de justicia meramente técnicos, y en muchos casos, políticos. No puede decirse otra cosa, por cuanto la integración de los mencionados entes, obedece a razones técnicas y políticas y no a bases que normalmente dan lugar al nombramiento de un juez o magistrado.

El segundo tipo de solución que nos presenta el Tratado General, consiste en el expediente del arbitraje. El antes citado artículo XXVI señala en forma breve la forma de integración del Tribunal arbitral, que obedece a los siguientes lineamientos: Si las partes en conflicto, no han podido ponerse de acuerdo con el primer tipo de solución (utilizando a algunos de los Consejos), entonces se les ofrece una última oportunidad mediante el arbitraje. Cada parte contratante y no sólo las partes en conflicto, deberán proponer a la Secretaría General de la Organización de Estados Centroamericanos los nombres de tres magistrados de sus respectivas cortes o tribunales supremos de justicia. Este mecanismo, tomando en cuenta los signatarios del Tratado General, nos arroja un total de quince candidatos para integrar el tribunal comunitario. La misma OEA conjuntamente con los delegados de los países miembros del mercado común, designarán en definitiva a un árbitro por cada parte contratante, lo que equivale a un tribunal compuesto con cinco magistrados.

Luego de integrado el tribunal arbitral y de recibidas las pruebas y los alegatos pertinentes, éste deberá emitir su laudo, con los votos de por lo menos tres de sus miembros, decisión que causará efectos de cosa juzgada para todas las partes contratantes, en lo tocante a interpretación o aplicación del Tratado. La universalidad

del laudo, como elemento introducido en el Tratado es muy beneficiosa, si se toma en cuenta que, en múltiples ocasiones el punto en discusión, a pesar de serlo solamente entre dos partes, resulta de aplicación lógica para todos los miembros de la integración. Cosa similar pero no igual, es el procedimiento del "preliminary judgment" (a título pre-judicial) indicado por el artículo 177 del Tratado de Roma, donde, un litigio meramente local, es pasado para ser resuelto a la Corte de las Comunidades, para que su decisión sea vinculante en forma directa para las partes del caso y en forma indirecta como jurisprudencia, para los conflictos futuros de índole parecida. Por supuesto que tal universalidad, es también ejercida por la Corte Europea, en relación con los fallos de casos sometidos directamente a la misma, sin haber pasado por el procedimiento del llamado "fallo preliminar o anticipado".

En el caso de la ALALC, la situación es bastante parecida a la de Centroamérica, o sea que la solución de los problemas y conflictos surgidos a raíz de la integración, se vienen a resolver mediante mecanismos que dan importante participación a los órganos técnico-políticos del proceso. Una posibilidad de mejorar tal incongruencia, es a nuestro juicio, la creación reciente del Grupo Andino, el cual ha denotado una mayor celeridad y agilización en el manejo del proceso.

Otro sector, quizá el más importante, propugna por la creación dentro de la Comunidad de Cortes Supremas o Tribunales de Justicia "especializados". Se arguye que por lo novedoso de las materias sujetas a la integración y por lo amplio del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, debe establecerse una autoridad jurisdiccional técnica, capaz de resolver con prontitud y justicia, todas las controversias que queden sujetas a su competencia. Un tribunal que a la par de sus facultades para conocer de conflictos limítrofes de los Estados, tuviera las de tramitar en su seno problemas surgidos al amparo del Mercado Común, no sería capaz de emitir fallos ajustados a la realidad del proceso integracionista. Esta tendencia por tecnificar al órgano encargado de la justicia tiene un fuerte asidero en la realidad histórica. Fue cosa corriente en el pasado —y aún en el presente—, ver el desmoronamiento de las Cortes internacionales de Justicia, cuando sus elocuentes fallos no eran acatados por las partes contendientes. Además de que era sumamente difícil el atraer el conflicto hacia la esfera de actuación del Tribunal jurisdiccional, el Estado perdidioso optaba por mantener

el *statu-quo* anterior a la controversia, que no pocas veces era un *statu-quo ante bellum*. Los problemas que podían ser conocidos por dichas entidades internacionales, eran por lo general recalcitrantes, por cuanto implicaban situaciones de rompimiento de relaciones diplomáticas; bloqueo económicos o militares; invasiones de territorios; conflictos limítrofes y otra serie de hechos similares. Así en esta forma, la vida de dichas cortes estaba destinada a ser muy corta y amargada.

Por lo anterior, los partidarios de la tecnificación judicial, en los mercados regionales, prefieren aislar a los nuevos entes, de toda competencia que no concuerde con las materias de estricto contenido integracionista.

Un ejemplo magnífico de este tipo de organización judicial, nos lo da el Tratado de Roma, el que le brinda todo un capítulo a la constitución de la Corte de las Comunidades.

La Corte de las Comunidades consiste de un sola entidad, cuya función es la de proteger a los individuos por actos de la Comunidad y en general, la de velar por que las normas sean observadas en cuanto a la aplicación y la interpretación del Tratado.

Siguiendo los lineamientos de la tendencia doctrinal y práctica que ahora nos ocupa, este tipo de organismo solo se ocupa de las leyes comunitarias pero nunca de la aplicación de las locales o nacionales. Es decir, no es competencia de la Corte europea, el velar por que se cumpla cabalmente la ley de los Estados contratantes, ya que para ello están los tribunales locales y todo el sistema de justicia respectivo. En algunos casos, es lógico que los magistrados europeos deberán entrar a analizar disposiciones de índole localista, pero únicamente con la intención de encontrar relaciones o conexiones de éstas con las normas y preceptos comunitarios.

La revisión de un acto dictado por uno de los organismos comunitarios o de una decisión de un Estado contratante puede tener cabida en ciertos casos específicos a saber: falta de jurisdicción; la violación de reglas de procedimiento; la violación de las disposiciones del Tratado o sus prolongaciones (protocolos, acuerdos, medidas etc.) y el abuso de poder. Otra facultad interesante de esta Corte, es el ya brevemente citado "*preliminary judgement*", mediante el que un tribunal superior local, expresamente se abstiene de fallar el caso y le solicita al ente comunitario que aclare la duda

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

por tratarse de un asunto relacionado con el Tratado o sus prolongaciones. Aparte de las características mencionadas, el órgano judicial de las Comunidades europeas tiene otras competencias menores, que sin embargo, obedecen a una lógica admirable.

La experiencia europea en este ramo, a pesar de no constituir la última palabra en administración de justicia, sí representa un magnífico esfuerzo humano, por encontrarle solución a un problema tan delicado como lo es la constitución de una corte comunitaria, cuyos fallos realmente se respeten.

Una tercera posición, estima conveniente el establecimiento de Tribunales Comunitarios con amplia facultad para conocer de todas las controversias y conflictos de índole internacional, que pudiesen surgir entre los Estados miembros.

Como podrá inferirse de este planteamiento, la corte que se estableciera en la Comunidad, debería estar ampliamente facultada para "decidir" el derecho en las contiendas de índole internacional que se pudiesen suscitar entre dos o más Estados incluyendo aquí una gran gama de competencias de índole variada. Tanto los problemas limítrofes o de aguas internacionales, como los derivados de la función diplomática o consular o los suscitados a raíz del proceso de integración, vendrían a caer dentro de la esfera de acción de este tribunal.

De nuestra parte, no consideramos conveniente la constitución de una corte tal como la descrita, por cuanto no parece acertado —al menos por algún tiempo—, el conferir a este tipo de órgano, facultades tan variadas y diversas como las arriba comentadas. Parece más lógico, dentro del desenvolvimiento del proceso de la integración Centroamericana, el crear una Corte superior exclusivamente limitada a los problemas derivados del Programa General integracionista. Además, actualmente existen otros organismos y mecanismos panamericanos, dentro de los que es posible el resolver otro tipo de controversias y problemas internacionales no originados estrictamente por el Programa General dicho. (v.g.: la ODECA y la OEA).

Aparte del tipo de competencia que debe dársele o no al tribunal, otra cuestión que requiere estudiarse es la referente al número de tribunales que deben y pueden ser creados en la Comunidad.

Los que propugnan por una "proliferación" de entes judiciales dedicados a conocer de los problemas motivados dentro del

marco de la integración, fundamentan su posición en la multiplicidad de conflictos y disputas que el proceso puede provocar, así como en el mejor conocimiento que tendrían los tribunales de cada materia que se les encomienda. Siguen ellos el modelo que presenta la jurisdicción en cada uno de los Estados miembros, donde lo penal, lo civil, lo administrativo, y lo laboral, son materia de exclusiva competencia de jueces especializados. Pero esta suposición de que parten los proponentes de la tesis, no ha sido confirmada en la práctica por las experiencias de los mosaicos integrados. Al contrario, las controversias que se han suscitado en las Comunidades son escasas y casi siempre de resolución previa al proceso en la Corte. Muchas de ellas lejos de ser conflictivas, sólo tienen la intención de comprobar la validez de una emanación de alguno de los órganos del proceso, o bien aclarar el procedimiento de aplicación de alguno de los instrumentos. Creer que los procesos integracionistas pueden ser cuna de innumerables trastornos y problemas no es una posición saludable y conveniente, máxime cuando lo que se pretende ahora, es demostrar a los incrédulos, que los falsos temores por la integración, —como proceso económico, social y político universal—, son sólo mitos de poca raigambre popular.<sup>(1)</sup>

La tendencia con mayor acogida en relación al número de tribunales con que debe constar la Comunidad, sugiere el establecimiento de una sola Corte de Justicia Comunitaria. Mediante una sola entidad jurisdiccional, especializada en asuntos del Mercado Común, es posible lograr una gran uniformidad de la jurisprudencia, así como en la aplicación e interpretación de los instrumentos de la integración. Además no siendo cierto que los procesos integracionistas son promovedores de constantes conflictos y resquemores entre los Estados, los órganos y los particulares, un solo grupo de jurisconsultos capacitados en las tareas de la vinculación regional, son suficiente para hacerle frente a las controversias que se susciten.

“En consecuencia, —dice Catalano—, una sola Corte de Justicia asegura el respeto al derecho, en la interpretación y aplicación de (...) instrumentos jurídicos diferentes”.<sup>(2)</sup>

(1) Hoy día es generalmente aceptada, por parte de gobernantes, académicos, obreros, profesionales, empresarios y campesinos, la idea de que la integración regional es un imperativo para el desarrollo y la mejora de los pueblos.

(2) Catalano Nicolo. Manual de Derecho de las Comunidades Europeas. INTAL-BID Buenos Aires. 1966, pág. 39.

Es nuestro parecer el que las Comunidades en aras de lograr su mayor perfeccionamiento, no pueden dejar solo en manos de los tribunales nacionales la resolución de los conflictos. El desarrollo de la región como una sola unidad, estará más bien supeditado al grado de control jurisdiccional que existe sobre las emanaciones jurídicas de los órganos ejecutivos, y legislativos. Pero este control no puede ni debe quedar únicamente en manos de la Justicia local. Los intereses protegidos son de mayor rango que los perseguidos por los Estados miembros, como unidades soberanas. Por lo tanto los actos comunitarios, no deben quedar al solo criterio de la jurisdicción nacional. Esto se prestaría para serios trastornos incluso de índole institucional, ya que en muchos casos en que la interpretación de la norma o del instrumento debe hacerse necesariamente en favor del proceso, los jueces locales, no imbuidos de una preparación adecuada, y no negándoles sus buenas intenciones, darían quizás al traste con los objetivos primordiales del movimiento.

Por eso se arguye que “... tal como en materia penal, en la duda se interpreta a favor del reo, y en materia laboral, en la duda se interpreta en favor del trabajador, en materia de integración debemos interpretar a favor del proceso”. sic.<sup>(3)</sup> manifestando con esto la enorme importancia inherente a los fines y objetivos del proceso de integración.

Habiendo analizado brevemente los aspectos doctrinarios y prácticos, más relevantes en referencia a la “justicia” de la integración regional, como proceso universal, debemos observar ahora, el caso de Centroamérica a la luz de los principios vistos.

La Comunidad Centroamericana apartándose de los lineamientos seguidos por la región europea en materia de justicia integracionista, optó tal como se dijo antes, por incluir dentro de su Tratado General de Integración Económica, el procedimiento del “arreglo directo” y el “Arbitraje”, como medios de solucionar las controversias del movimiento. Este proceder no sólo se estableció en el Tratado General, sin que también fue implantado en otros instrumentos, como el Convenio Centroamericano de Equiparación de Gravámenes a la Importación. Así tenemos los artículos XXVI del Tratado y XXII del Convenio, que vienen a regular el proce-

(3) Alfaro José Miguel. El Ordenamiento Jurídico de la Integración. Curso para postgraduados sobre Problemática Jurídica e Institucional Centroamericana. San José, junio y julio de 1967, pág. 13.

dimiento de arreglo directo y el arbitraje, para los conflictos que puedan suscitarse con motivo de su aplicación.

Nuestro ilustre Jurisconsulto don Enrique Guier Sáenz, critica duramente al procedimiento escogido para dirimir controversias y otras cuestiones en la integración Centroamericana. Considera como un grave error el no haber tomado como modelo la famosa Corte de Justicia Centroamericana de 1907, en la que "... se otorgó también por primera vez, en el campo de los tribunales internacionales, la posibilidad de que los individuos de un Estado pudieran demandar al gobierno de otro, sin necesidad de contar para ello con el respaldo de su propio gobierno. Este aspecto de la jurisdicción de la Corte encerraba en sí la novedad de convertir a los individuos en sujetos de derecho internacional...".<sup>(4)</sup>

Los promotores del Tratado General, lejos de guiarse por "... el antecedente vernáculo, tan alabado en su época tanto en América como Europa, y que logró la paz y la seguridad en las relaciones de los Estados centroamericanos, y la reciente experiencia foránea, digna de tomarse como modelo por la seguridad jurídica que significan en la Comunidad Económica Europea el Tribunal de Justicia y su sabia, y orientadora jurisprudencia, dando un salto hacia atrás de más de medio siglo, escogieron la vía del arbitraje para solucionar las controversias..." provenientes del proceso de la integración.<sup>(5)</sup>

El jurista costarricense atribuye tal inconsecuencia institucional a las tendencias que privaron en la reunión de la cual brotó el Tratado General de Integración Económica. Dice don Enrique: "... o bien privó el temor aldeano del mito de la soberanía nacional o bien se impuso el 'economismo' unilateral que abomina sin razón de lo que se llama respectivamente el 'juridicismo'".<sup>(6)</sup>

Preocupada por la acentuada adversión para con lo "judicial", en los procesos de la integración, la delegación costarricense al Segundo Congreso Jurídico Centroamericano de 1964, no contenta con la técnica del arbitraje, señaló los inconvenientes que a su juicio demostraban la poca conveniencia del sistema:

(4) Guier Enrique. *La Justicia en el Mercado Común Centroamericano*. Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 6. Universidad de Costa Rica. págs. 7 a 14.

(5) Gutiérrez Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. ODECA. 1957. págs. 15 y 57.

(6) Guier Sáenz Enrique. Op. Cit. pág. 10.

"a) La incompetencia del tribunal arbitral para conocer y fallar otros asuntos que no sean los que le sometan los Estados signatarios, respecto a la interpretación o aplicación de los tratados respectivos; b) la dificultad insuperable de constituir el tribunal o bien de reintegrarlo cuando uno de los Estados signatarios manifieste su rebeldía o desacuerdo en someter algún asunto a la decisión de los árbitros, y c) la índole misma, transitoria y variable de esos tribunales, y la cual impide la formación de una jurisprudencia estable y orientadora tan necesaria en esta materia".<sup>(7)</sup>

A raíz de esta inquietud, el Segundo Congreso Jurídico recomendó la creación de un tribunal permanente de justicia, destinado a conocer exclusivamente de las diferencias que pudieran surgir con motivo de la interpretación de los instrumentos, o bien para la solución definitiva de otras controversias que resultan de la aplicación de los mismos, tanto entre los Estados miembros, como entre éstos y los demás sujetos, incluyendo las personas físicas o morales.

Siendo este un tema de tanta importancia para el desarrollo armónico de la región, resulta extraño ver cómo después de más de una década de un relativo funcionamiento del proceso de la integración Centroamericana, los abogados litigantes, jueces y juristas del área, no hayan hecho sentir ante los gobiernos con verdadero énfasis, la necesidad de buscar una pronta solución a este problema. Esta falta notoria, de unidad en los criterios de los juristas, es posiblemente uno de los más grandes obstáculos para lograr enmarcar a la integración en un régimen de derecho aceptable.

Pero en la Integración regional de Centroamérica, el problema no se circunscribe solamente a la falta de un tribunal de Justicia Comunitario, sino que por otro lado, funcionando como entidad fantasma, encontramos la Corte de Justicia Centroamericana, que establece la carta de la ODECA.

Dicho organismo jurisdiccional, en vez de llenar las necesidades de la zona integrada, constituye un instrumento anacrónico e ineficaz para resolver los conflictos del Mercado Común. El mismo carece todavía de un mecanismo que regule su procedi-

(7) *Recomendaciones de la Delegación Costarricense al Segundo Congreso Jurídico Centroamericano*, celebrado en Costa Rica en 1964. Citado por Enrique Guier Op. Cit. pág. 11.



miento, así como de una definición clara y concisa de sus competencias y la esfera de su jurisdicción. Por tal razón, ha sido preferible utilizar el Artículo XXVI del Tratado General, que regula la manera de resolver las controversias entre los Estados.

La Corte de Justicia Centroamericana que establece la Carta de la ODECA, "...circunscribe sus atribuciones a la de conocer de los conflictos de orden jurídico que surjan entre los Estados, pero siempre que éstos voluntariamente se los sometan y para elaborar y emitir opiniones sobre proyectos de unificación de la legislación centroamericana".<sup>(8)</sup>

Nótese lo estrecho del ámbito fijado para dicha Corte, ya que se excluyen los conflictos que pueden suscitarse entre un Estado y un órgano del proceso; o bien entre los entes integracionistas y las personas naturales. Tal inconsistencia es casi imperdonable, ya que como es sabido, la nueva carta de la ODECA fue firmada posteriormente a la elaboración del Tratado General.

Otros graves defectos de este Tribunal son los de dejar al criterio de los Estados, el someterse o no a su jurisdicción. "En este sentido, toca a las partes convenir qué tipo de conflicto someten a la decisión de la Corte y ante lo cual puede decirse que esta Corte no varía mayormente de otro tipo de tribunal arbitral que requiere asimismo un tratado compromisorio".<sup>(9)</sup>

La multiplicidad de opiniones en relación con la creación de un tribunal en la Integración Centroamericana, en vez de menguar sigue creciendo a tal punto que una oportunidad, Guatemala presentó a la Comisión *ad-hoc* de Juristas del Istmo, un Proyecto de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. "El propósito era de crear un Tribunal de jurisdicción obligatoria, con tres competencias: 1a.) Toda cuestión o divergencia de tipo internacional que surgiera entre los Estados Centroamericanos; 2a.) El resguardo de los derechos humanos en Centroamérica; y 3a.) La materia de integración Económica".<sup>(10)</sup>

Dicho intento no fue aceptado por los delegados hondureños y costarricenses, por cuanto en materia de integración, ya se había

(8) Problemática Jurídica e Institucional de la Integración de Latinoamérica. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. (Ed. Prov.) Washington D.C. 1967. pág. 490.

(9) Villagrán K. Francisco. La integración Económica Centroamericana. Editorial Universitaria, Guatemala. 1967. pág. 119.

(10) Periódico La Nación. 16 de mayo de 1968.

presentado un proyecto de Corte especializada. La competencia que se le pretendía dar al nuevo Tribunal, para conocer de los Derechos Humanos, fue también objetada ya que "...ésta es materia todavía imprecisa y (...) sin determinar de previo cuáles eran esos derechos, no se podía pretender tutelarlos sin conocerlos".<sup>(11)</sup> La tercera facultad que se le otorgaba fue también desechada ya que "...lejos de crearse un instrumento de concordia, se iba a crear un elemento de discordia...".<sup>(12)</sup>

Dentro de tan desolador panorama de la Justicia del Mercado Centroamericano, no queda más remedio que acudir —transitoriamente a lo establecido por los Artículos XXII, XXVI del Tratado General; XIII del Convenio Centroamericano de Equiparación de Gravámenes a la Importación y el XXV del Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración. Dichos textos han venido operando dentro de sus múltiples inconvenientes. Un intento de perfeccionar el procedimiento de arbitraje, fue dado por el Consejo Económico, cuando el 26 de marzo de 1968, en resolución N° 50, aprobó el Reglamento sobre Procedimientos para Resolver Conflictos del Mercado Común. A pesar de que la intención era la de proteger más adecuadamente los intereses de las personas morales o jurídicas que realizan actividades vinculadas con el programa de integración, el Reglamento parece desprenderse de la técnica imperante, en todos los artículos que le dieron origen.

El artículo 13 referente a las personas naturales o jurídicas que pareciera darle a las mismas, una leve capacidad procesal, viene a declararla nugatoria, cuando exige que dichas personas "...deben poner aquel (conflicto) en conocimiento del Ministerio de Economía del correspondiente país centroamericano, y pedirle su intervención para que el problema se resuelva".<sup>(13)</sup> Es precisamente debido a este artículo 13, que en el Capítulo 1 del Reglamento (sobre Terminología), cuando se define lo que es "Parte" o "Partes", se hace referencia a los "Estados entre los que ha surgido un conflicto y que buscan su solución de conformidad con el procedimiento establecido en este documento".(\*)

(11) Periódico La Nación. Op. Cit.

(12) Periódico La Nación. Op. Cit.

(13) Carta Informativa de la SIECA. N° 78. Guatemala. Abril 15 de 1968.

(\*) El subrayado es nuestro.

Otro grave error cometido por los que elaboraron el Reglamento citado, es el de permitir a los Ministerios de Economía, constituirse en jueces locales de la región, ya que el Ministerio "... no dará curso a pretensión alguna en tanto no verifique, con la mayor exactitud posible, la existencia de los hechos en que aquélla se funde".<sup>(14)</sup>

Recordemos los perjuicios derivados de esta posición fragmentaria y técnica de la jurisdicción en la integración regional, que el mismo CATALANO califica como "perjudicial" para la armonía que debe reinar en la Comunidad.

Los problemas que se le imputan al procedimiento de Arbitraje se manifiestan también en el sistema de defensas contra las resoluciones de los órganos juzgadores. Ejerciéndose la capacidad procesal de los particulares por "interpuesta persona", los recursos que se opongan contra las resoluciones del Consejo Ejecutivo (tribunal a quo), deberán tramitarse a través del Ministerio de Economía, para que éste las eleve al Consejo Económico (Tribunal ad-quem).<sup>(15)</sup>

A nivel Latinoamericano existe la propuesta de la CEPAL, de crear "Los tribunales Ad Hoc de Arbitraje". Según los técnicos, y planificadores de dicho organismo regional, "El tribunal no sería un órgano permanente sino que se constituiría cada vez que fuere necesario". "Tendría competencia para conocer, en primera instancia o segunda instancia, de las reclamaciones deducidas por haber infringido alguna de las partes, compromisos u obligaciones contraídos en el Tratado u otros instrumentos derivados de él".<sup>(16)</sup>

Es notoria la vaguedad con que está concebido este Tribunal, ya que además de carecer de elemento de la "permanencia" tan necesario para la estabilidad y armonía de la jurisprudencia y la seguridad en la región, pareciera que permite instancias en manos de un mismo juez. Por otro lado, los únicos sujetos capaces de acudir a sus estrados, son los "países" o Estados miembros de la Comunidad. Debemos concluir entonces, en que dicho proyecto es sumamente débil, con funciones o competencias demasiado limi-

(14) Artículo 13 párrafo 2do. del Reglamento.

(15) Artículo 47 del Reglamento.

(16) Hacia la Integración Acelerada de América Latina. CEPAL. pág. 190.

tadas, que producirían en la práctica la ineficacia del órgano jurisdiccional.

La intención actual en Centro y Sur América, debe ser la de dotar al proceso de Tribunales de Justicia unitarios que tal como se ha dicho, pueda asegurar el control judicial, no sólo en cuanto a la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos por que se rige el proceso, sino también el de los actos que realizan sus órganos en ejercicio de las distintas competencias que se le han atribuido. Se responde así también al deseo de lograr una participación más directa de los individuos en el arreglo de las controversias.

Si algunas personas pensaron al comienzo, que un movimiento de integración económica, por el hecho de iniciarse con el intercambio comercial, no requería de un organismo judicial competente para conocer y resolver de los conflictos y litigios surgidos a raíz del mismo, ahora no hay duda de que estaban equivocados. La experiencia de Centroamérica lo comprueba. En no pocas ocasiones tanto los órganos del Tratado General u otros, o las empresas y los gobiernos, han realizado actos o gestiones que indirecta o directamente afectan a la integración como estructura jurídica, dotada de ciertos fines específicos que alcanzar.

El hecho de que los gobernantes o las empresas involucradas en tales actuaciones, no hayan hecho caso de las recomendaciones de la Secretaría Permanente o de las decisiones de los Consejos, no puede tomarse como la regla general, con el fin de justificar la imposibilidad de crear un tribunal de justicia comunitario. Siempre habrán personas, que por algún mezquino motivo, pretenden anular la acción lógica y justa del orden jurídico. Para ellos las instituciones de Derecho son buenas y justificadas en el tanto en que les presten beneficios; no así cuando violándoseles, pueden significar un amedrantamiento de las prebendas y privilegios de que gozan. Por eso es que no puede aceptarse tal situación, como el obstáculo número uno para el establecimiento de un órgano de justicia regional, que venga a constituir la última garantía en materia de justicia en la integración.

Ya hemos hablado en líneas anteriores del caso europeo, donde una Corte específica, se ha venido abocando a esta clase de problemas con admirables resultados. Cosa similar podría decirse de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América

o de la Corte Constitucional alemana, las que dentro de sus ámbitos de acción, funcionan a un nivel superior, como garantías de la justicia. Sería muy triste tenerse que convencer de que nosotros los latinoamericanos no estamos capacitados para llevar a cabo una empresa de tanta trascendencia para la vida democrática de nuestros pueblos. Tal conclusión sería catastrófica y desalentadora.

Falta tan sólo el deseo de echar a andar los planes o proyectos que existen, estudiándoles dentro de un plazo prefijado, para así elaborar el esquema definitivo. Experiencias alentadoras las hay; ideas nuevas las tenemos; hombres dinámicos y conocedores del tema están muchos dispuestos a trabajar.

Por supuesto que la participación gubernamental en la toma de la decisión política de creación de tal tribunal, será fundamental e indispensable. En este punto, tenemos nuestras dudas sobre la convicción y celeridad que se puedan esperar de tales esferas en cuanto a este tipo de proyecto. Los acontecimientos de los últimos dos años, que han dado al traste con gran parte del proceso de la integración, nos hace pensar que todavía quedan gobernantes en el área que o bien les falta capacidad para gobernar con miras al futuro o, quizás, son faltos de conocimientos y desconocedores de la historia. A ellos habrá que desplazar tarde o temprano, cuando los medios institucionales o el cambio social lo exijan.

También quedaría por hablar de la clase empresarial, no de toda ella como una unidad, sino de algunos de sus componentes que, en forma miope, no han podido palpar los enormes beneficios que para ellos podría significar la constitución de un verdadero mercado integrado, sobre bases equitativas y democráticas, y como fórmula para el desarrollo. En este caso, una solución viable vendría a ser el dinámico papel que han venido jugando en el proceso de integración, muchas de las cámaras o gremios patronales y obreros, acción que paulatinamente tendrá que convencer a los reacios.

El proceso de integración es mentira que haya fracasado. El fracaso ha sido nuestro, y nuestra es la responsabilidad de llevarlo a cabo. Por eso considero primordial para el proceso de integración Centroamericana, la inclusión dentro de los mecanismos institucionales del mismo, de un órgano comunitario —llámesele como quiera—, que venga a ejercer el control jurisdiccional de los tratados, de los entes y de otras actividades vinculadas con la inte-

gración. A pesar de que parezca insistente sobre este punto y a pesar de la oposición de algunas personas o grupos al respecto, quiero persistir en la idea de que una verdadera reestructuración no sería completa e integral, sin la concepción de un cuerpo imparcial con rango comunitario que venga a servir como de última garantía judicial, para aquellos gobiernos, entidades, empresas o individuos que se sientan afectados o perjudicados por disposiciones o actuaciones emanadas en una forma u otra, del proceso de integración. De nada serviría hablar de "procesos vivos"<sup>(17)</sup> de integración, si lo que se pretende plasmar es un marco institucional "utópico" en el sentido de que se pueda llegar a pensar de que, nosotros los Centroamericanos, no somos capaces de pasar por encima de algo o de actuar en contra de los objetivos del Mercado Común. Eso sería ridículo. No sólo no somos capaces de hacer tales cosas, sino que hasta de irnos a las manos, por conflictos, que de existir mecanismos ágiles, podrían controlarse de antemano.

Sólo un organismo independiente y dotado de facultades amplias y claras en materia de jurisdicción integracionistas, sería capaz de llevar adelante una tarea tan civilizada y lógica como la que aquí indico. Pero aparte de las conveniencias puramente de moralidad y justicia dichas, existen otras de índole práctico y técnico ya esbozadas en líneas anteriores. El hecho de que el control jurisdiccional del proceso quede en manos de las cortes nacionales, a pesar de su integridad, independencia y experiencia en lo tocante a impartir justicia, tarde o temprano iría provocando un cuerpo de "legislación judicial" muy dispar, demasiado variado y hasta incongruente precisamente por la diversidad de centros judiciales. Lo que en Nicaragua podría interpretarse como un acto contrario a los objetivos del proceso, bien podría ser tenido en Costa Rica como una actuación al amparo de facultades implícitas de los tratados o convenios; la aceptación dada a cierto tipo de comercio desleal por parte de una empresa, podría resultar en otro de los países en una fuerte sanción pecuniaria, para el mismo caso. Este tipo de situaciones, no es posible aceptarlo en procesos de unión en los que poco a poco, la transferencia de decisiones políticas de los Estados independientes hacia los órganos supranacionales, va configurando una nueva entidad sociopolítica dentro del mosaico de las naciones. Bien que se le llame federación, confederación,

(17) Tal es el concepto expresado por la SIECA en su propuesta para re-estructurar al Mercado Común.

u otro tipo de unión política, para el buen logro de la seguridad y la justicia, las personas deben poseer un sentimiento de certeza, en cuanto a lo que la justicia de su comunidad considera bueno y correcto o malo e impropio.

Pero además, un órgano judicial centralizado e independiente como del que hablo, vendría a significar un ahorro de esfuerzos intelectuales y económicos de todos los países, que contribuyendo por partes iguales, serían sostenedores indirectos del sano control jurisdiccional de todo el proceso. Y digo indirectos, porque precisamente esta sería una condición indispensable, para lograr una total independencia de la entidad. Una manera conveniente y de lograr tal soporte por parte de cada país, sería la elaboración de un presupuesto anual en el que cada poder judicial aportara la suma que le corresponda. Tales partidas vendrían a ser consideradas como gastos ordinarios de cada organismo judicial, pero sin embargo pasarían a formar parte del presupuesto general ordinario del Mercado Común.

## ANEXO

### Proyecto de Bases de Creación de la Corte Superior Centroamericana

El Proyecto de Bases de creación del órgano jurisdiccional de la Comunidad Centroamericana que aquí se incluye, es un reflejo de los estudios e investigaciones que el autor ha venido realizando en este campo, así como en parte, de las experiencias logradas por otros países que en una forma u otra han decidido emprender el proceso de la integración.

Las Bases por ser una propuesta nueva, podrían ser "incorporadas" al Programa General de Integración Centroamericana, mediante tres procedimientos distintos a saber:

1.—La firma de un protocolo anexo al Tratado General o Tratado Base de la Comunidad en cuyo caso, se necesitaría de la ratificación legislativa de las respectivas asambleas de los países signatarios;<sup>(18)</sup>

(18) El artículo 7º de la Constitución Política de Costa Rica, es amplio en cuanto al procedimiento de ratificación de ciertos acuerdos o protocolos integracionistas. Pero en este caso tratándose de un protocolo de índole muy especial, la exigencia del procedimiento no cabría, a mi juicio.

2.—La firma de un Tratado Internacional que en forma separada y autónoma viniera a regular esta materia. En tal caso, también habría de lograrse la ratificación legislativa antes dicha.

3.—La reforma del Tratado General de Integración Económica vigente, que implicaría el concurso de **todas las voluntades** que participaron en su suscripción y ratificación anterior. De otra manera, habría que interpretar del párrafo tercero del artículo XXVII que, si todos los Estados no estuvieran de acuerdo en tal modificación, los sustentantes de la misma podrían denunciarlo, regulando sus relaciones de acuerdo con compromisos anteriores al Tratado General, lo que en la práctica equivaldría al regreso al régimen de tratados bilaterales o tripartitas. Por supuesto que, un proceder como el descrito, podría también interpretarse como violatorio del artículo XXXI del Tratado General que señala un plazo de veinte años como la duración del mismo, y como período en el que no podría haber ninguna denuncia por parte de los signatarios. Pero a pesar de ello, del espíritu del artículo XXVII mencionado, podría desprenderse la interpretación que hemos señalado, sea, la de una denuncia prematura (antes de los veinte años), que llevaría la integración a un **status** anterior a diciembre de 1960. Claro está, que de procederse así, se necesitaría de nuevas negociaciones sobre otro instrumento integracionista a pesar de que se trabajare sobre la base del Tratado General. Por ello, creemos más conveniente aplicar la tercera situación pero referida a una reforma **total** del Tratado General, con el concurso de todas las voluntades que lo suscribieron y ratificaron en su oportunidad. Así no sólo se podrían introducir reformas en el campo de la jurisdicción sino también en otros muchos más, que requieren de una transformación urgente o que nunca fueron antes contemplados.

Las Bases presentan un articulado no muy numeroso, precisamente porque su intención no es la de constituir una exhaustiva reglamentación de la materia sino el de señalar dentro del esquema de un Tratado marco, las facultades y deberes generales que a esta institución atañen. Posteriormente a la firma de dicho Tratado Base, se haría necesario la emisión de un Reglamento de las actividades de la Corte Superior, que venga a regular específica-

mente, detalles que por su naturaleza no podrían ser incluidos en estas bases generales.

### Texto de las Bases:

Artículo 1.—Para velar por la armonía en la interpretación y recta aplicación de las normas del Programa General de Integración Centroamericana así como para resolver en forma definitiva con autoridad de cosa juzgada los conflictos que se susciten a raíz del mismo, se crea la Corte Superior Centroamericana.<sup>(19)</sup>

Artículo 2.—La Corte Superior tendrá competencia para conocer y resolver en única y exclusiva instancia de:

1.—los asuntos o conflictos que en materia de aplicación o interpretación de disposiciones comunitarias, resulten del Programa General de integración y que se susciten entre dos o más Estados signatarios o entre éstos y los órganos y entes efectivamente vinculados a dicho Programa.<sup>(20)</sup>

2.—los conflictos que resulten del Programa General que se den entre órganos o entes efectivamente vinculados con dicho Programa.

3.—los conflictos de índole laboral o administrativa que se den entre los órganos de la Comunidad y los empleados y funcionarios que para ellos laboren.

(19) Programa General de Integración Centroamericana está constituido por la gama o conjunto de instrumentos, acuerdos y actos internacionales originados de la voluntad comunitaria de los Estados participantes, cuyo deseo es el de forjar mediante el esfuerzo común paulatino, una Comunidad Centroamericana que fortalezca su posición en el concierto de las naciones; que eleve el bienestar de sus pueblos y que dignifique a la persona humana. Dentro de este concepto, tenemos primordialmente al Tratado Marco o Tratado Base de la Comunidad; los convenios y protocolos que lo desarrollen y desenvuelvan y decisiones actos y acuerdos de los órganos efectivamente vinculados al Programa General.

(20) Un órgano efectivamente vinculado al Programa General de Integración Centroamericana debería llenar por lo menos los siguientes requisitos: a) haber sido constituido o formado por disposición expresa de alguno de los Tratados, convenios o protocolos comunitarios que integran el marco jurídico del Programa y b) tener facultades decisorias propias y no meramente consultivas. Cuando se habla aquí de que el ente debe haber sido constituido por disposición "expresa" de alguno de los instrumentos del Programa, no significa que la creación del mismo esté específicamente mencionada en ellos. Tal postura sería contraria al dinamismo inherente a un proceso de integración. Bien podría darse el caso, que dentro de ciertas facultades otorgadas a Estados, o entidades de la Comunidad, la creación de un organismo independiente tuviese lugar. Un ejemplo de esta situación lo constituye la constitución de la Cámara de Compensación Centroamericana, dentro del marco general de las facultades otorgadas a los bancos centrales del Istmo.

Artículo 3.—La Corte Superior será competente para conocer y resolver en alzada como última instancia de los asuntos decididos finalmente por los tribunales o Cortes Supremas de los Estados signatarios en que el conflicto se haya originado con motivo del Programa General y se haya dado entre Estados miembros y/o órganos de la comunidad por un lado y personas físicas, empresas o asociaciones de carácter económico, por el otro.

Artículo 4.—Sin perjuicio de lo dicho en el artículo anterior, en los casos en que exista duda sobre interpretación o aplicación de las normas comunitarias, los tribunales o cortes de última instancia estatales o aquellos de menor rango que por la índole del procedimiento o de la acción puedan fallar en forma final un litigio, deberán elevar el asunto para ante la Corte Superior Centroamericana, para que sea esta la que lo resuelva la duda en forma definitiva.

En este caso, el tribunal o corte estatal suspenderá los procedimientos hasta tanto la Corte Superior no emita su fallo.

Artículo 5.—También podrá la Corte Superior conocer y resolver como Tribunal Arbitral de aquellos asuntos que los estados signatarios o bien otros países están de acuerdo en someter a su consideración. En tal caso, la Corte procederá y actuará dentro de lo pactado en el respectivo compromiso de las partes y los jueces se desenvolverán como árbitros arbitradores o de conciencia.

Artículo 6.—Los fallos de la Corte Superior deberán estar enmarcados con justicia dentro del espíritu del Programa General de Integración y en armonía con los fines y objetivos del mismo.

Podrán ser condenatorios declarativos o constitutivos según sea el caso. Se ejecutarán de acuerdo a los procedimientos de ejecución de sentencias del país donde se pretendan hacer efectivos. En los casos de multas o sanciones pecuniarias, la ejecutoria expedida por la Corte Superior se considerará localmente como título ejecutivo el cual se expedirá de acuerdo a los trámites del país respectivo.<sup>(21)</sup>

(21) En los casos de duda sobre el alcance de una de las normas o disposiciones jurídicas del Programa General, la Corte Superior Centroamericana, deberá interpretar en favor del mismo. Esta situación es así porque los objetivos fundamentales de la integración o de la comunidad son de tal valoración y categoría, que no cabría aceptarse otro tipo de interpretación de la norma, sin menoscabar el sentido e importancia de los fines.

Artículo 7.—En los casos en que se sospeche de que uno de los magistrados de la Corte Superior ha cometido prevaricato o ha abusado de su función pública, el interesado que pretenda demandar, antes de hacerlo localmente de acuerdo a las leyes penales de la nacionalidad del acusado, deberá obtener un fallo preliminar de la Corte Superior Centroamericana, en el que la misma hará ver sus razonamientos y puntos de vista sobre el caso. En estas circunstancias, la Corte Superior se integrará con los dos Magistrados suplentes y sin la asistencia del acusado. El fallo preliminar no es vinculante para los tribunales estatales, y se tomará mediante votación secreta por mayoría simple.<sup>(22)</sup>

Artículo 8.—La Corte Superior tendrá los Actuarios de Justicia que el órgano ejecutivo de la Comunidad estime necesarios previa sugerencia de la misma Corte. Tales funcionarios al igual que los magistrados actuarán en forma imparcial y con criterio independiente y sus labores serán las de ordenar y expedir el proceso, recibir y analizar preliminarmente las pruebas y alegatos y estudiar el derecho aplicable al caso. En los casos en que la Corte Superior lo solicite, rendirán a ella los informes y evaluaciones sobre el asunto que se les pida.

Durarán en sus cargos cinco años pudiendo ser reelectos por otro período igual.<sup>(23)</sup>

(22) La necesidad de este "fallo preliminar" derivase del peligro de que personas sin escrúpulos o bien movidas o violentadas por los alcances y efectos de un fallo de la Corte Superior, promuevan —con un ánimo revanchistas o de amedrentación—, enjuiciamientos de índole criminal. No significa esto que se esté de parte de una total inmunidad de los jueces superiores en el desempeño de sus funciones públicas (internacionales), pero sí de que se limite o regule la posibilidad de acusárseles para aquellos casos en que el ofendido o perjudicado por el fallo, realmente tenga pruebas palpables y concretas sobre la actitud dolosa del magistrado. En tal caso, la Corte Superior Centroamericana conocerá en forma previa y sin efectos vinculatorios, de tales hechos y circunstancias, emitiendo un "fallo preliminar" sobre el asunto.

Los tribunales penales locales, sin duda alguna, conservan su jurisdicción y competencia en cuanto al delito o delitos cometidos, juzgándolos de acuerdo a las leyes criminales respectivas.

(23) Dentro de las facultades de los "Actuarios de Justicia", estaría la de expedir o "mover" el proceso hasta tanto no reciban órdenes o instrucciones de sus superiores o cuando dichos actuarios a su juicio, consideren que una determinada actuación o procedimiento requiere de la participación de los magistrados. En general, los actuarios estarían aún facultados para dictar resoluciones que impliquen un juicio de valor (comúnmente llamadas en la jerga del Derecho Procesal como "autos"), cuando estas no pongan final a la contienda y en general no vengán a representar una decisión que dentro del proceso tengan tal envergadura, que puedan considerarse por la Corte como de su exclusiva incumbencia. Pueden también los actuarios, dentro de los términos de esta Base, rendir informes escritos o verbales del caso y sus incidencias para ser presentados a los magistrados, análisis que en el fondo vendrían a constituir un "anteproyecto" de la sentencia final o de la decisión preliminar. (decisiones que sin ser sentencias ponen fin al litigio).

Artículo 9.—La Corte Superior Centroamericana estará integrada por un número de magistrados igual al de los países signatarios. La elección de ellos estará a cargo del órgano legislativo de la Comunidad escogiéndose de las ternas fundamentadas, que cada Corte Suprema de Justicia local envíe al efecto. Durarán en sus cargos cinco años pudiendo ser reelectos, y cada país miembro tendrá derecho a un puesto.

Para suplir las ausencias temporales de los magistrados, habrán dos suplentes escogidos en igual forma y de diferente nacionalidad.

Artículo 10.—El presupuesto de la Corte Superior será elaborado anualmente en forma preliminar por dicho organismo y aprobado en forma definitiva por el órgano legislativo de la Comunidad Centroamericana.

La financiación de dicho presupuesto corresponderá por iguales partes a los poderes judiciales de los países signatarios y tales partidas una vez asignadas serán consideradas como parte del presupuesto de la Comunidad.

#### Transitorios:

1.—La sede de la Corte Superior Centroamericana, será escogida de común acuerdo por los países miembros de la Comunidad, mediante un Protocolo que al efecto se suscribirá.

2.—El primer presupuesto de la Corte Superior será fijado y financiado de común acuerdo por los poderes judiciales de los países signatarios.

3.—El reglamento interno de la Corte Superior, así como aquel o aquellos que se requieran para ordenar adecuadamente el proceso ante dicha Corte, serán elaborados por la misma, y aprobados en forma definitiva por el órgano ejecutivo de la Comunidad.

## EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL EN EL PENSAMIENTO Y LA PRÁCTICA DE AMÉRICA LATINA

Por WILFRED JENKS,  
Director General de la  
Oficina Internacional del Trabajo

No existe ningún tópico de filosofía del derecho ni problema de política social que sea más vital en las postrimerías del siglo veinte que la relación recíproca entre el derecho y el cambio social.

El cambio social se produce ahora a escala mundial y es constante. Fuerzas complejas aumentan continuamente su impulso así como la latitud y profundidad de su impacto. La más fundamental de ellas es la transformación incesante de la vida cotidiana por la nueva tecnología que a su vez es el resultado de investigaciones científicas realizadas en escala y variedad totalmente inconcebibles en ninguna época anterior. Se ha acortado en gran medida y sigue reduciéndose el lapso normal que media entre la investigación primera y la producción a capacidad plena. El cambio tecnológico ha sido un factor preponderante de los cambios de la estructura económica y social que han cambiado los usos y la moral no menos radicalmente que la tecnología ha cambiado la estructura económica y social en sí. El ritmo del cambio tecnológico, económico, social y cultural ha intensificado grandemente las presiones sobre la estabilidad política. Desde la primera guerra mundial, se han venido acelerando los vastos cambios políticos dentro de las naciones y entre las naciones, en sucesión cada vez más inevitable y en escala cada vez más universal; tales cambios han llegado ahora a transformar totalmente el equilibrio del poder entre continentes, dentro de los continentes y dentro de las naciones. Estos variados y variables factores de cambio influyen unos en otros y se acentúan mutuamente. Constituyen las complejas corrientes del vórtice de la vida contemporánea. Plantean el problema

de saber cómo puede la sociedad convivir con tal cantidad de cambio sin irrupción en la anarquía y la violencia.

No es menos agudo el problema del imperio del derecho como agente e instrumento de cambio social. Este problema tiene muchas facetas.

Para muchos, la ley es en lo esencial el sostén del orden establecido. Se la mira como la sanción de los derechos existentes, muy escasamente preocupada por la justificación moral de esos derechos ni por sus consecuencias sociales. Esta no es una apreciación injusta de amplios sectores del derecho, especialmente de las normas referentes al patrimonio, al contrato, los actos de comercio, el daño civil y el delito, antes del desarrollo de la moderna legislación social. Ella ha vuelto al hombre escéptico en cuanto al papel del derecho en una comunidad política dinámica comprometida con el cambio social.

Este escepticismo nacido de la historia de la ley tiene como refuerzo un escepticismo en cuanto a la naturaleza y tendencia inherentes en la ley. Por su naturaleza, la ley es en la sociedad un elemento de estabilidad y de proceso ordenado. Para muchos, entre quienes se cuentan muchos abogados, constituye casi una paradoja el que el elemento de estabilidad y proceso ordenado sea un elemento valioso y realmente indispensable en el proceso de cambio.

Este escepticismo, enraizado en la historia del derecho y acentuado por una apreciación vastamente compartida de la naturaleza y tendencia inherentes de la ley, resulta agravado por la incertidumbre sobre la medida en que la determinación más vigorosa de recurrir a la ley como agente e instrumento de cambio social pudiera o no ser capaz de remodelar el contexto cultural de la práctica política, la evolución económica, la estructura social y el hábito doméstico hasta el punto de resultar eficaz para ese fin. La ley no lo es todo en ninguna sociedad; lo que pudiera lograr depende del grado de aceptación permitido por el contexto en que actúa, y cuanto mayores sean las demandas que hagamos de la ley más allá del límite de sus funciones mínimas, mayor será el grado en que el fruto dependa del contexto. Los diversos grados de éxito obtenidos en diferentes países en el intento de atraer dentro del ámbito de la ley nuevos sectores de política, como por ejemplo las relaciones profesionales, proporcionan una vívida demostración de esta proposición general, que se aplica con fuerza especial donde

quiera estén comprometidos intereses colectivos poderosos. Esta cuestión entraña la que concierne a la efectividad de los procedimientos legales disponibles pero también entraña el problema más amplio de la medida en que la sociedad en general, o cualquier sociedad en particular, esté preparada para resolver controversias de gran envergadura mediante el proceso legal y para acatar el resultado.

Estos dilemas son comunes en el mundo, pero en la sociedad latinoamericana surgen en un contexto histórico especial cuyos elementos salientes comprenden el concepto de la ley tradicional en América Latina; la prevalencia del personalismo en la política latinoamericana y el ritmo pausado de cambio en la vida de América Latina hasta épocas relativamente recientes. Cualquiera de ellos hubiera bastado para hacer particularmente agudos los dilemas en América Latina; en conjunto, y puesto que tienden a reforzarse entre sí, han engendrado una crisis en el papel del derecho en un mundo de cambio, crisis que está sacudiendo la sociedad latinoamericana hasta sus cimientos.

En América Latina el derecho ha tenido una historia. El derecho español poseía una rica tradición medioeval, por lo menos comparable a la de cualquier sistema jurídico de su tiempo, con su monumento permanente en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. Cuando Colón y Cortés, Balboa y Cabral, Pizarro y Quesada, Mendoza y Valdivia abrieron las Américas, aquella tradición pertenecía ya a la historia; la autocracia había desplazado a aquello que hubiera podido convertirse en la tradición constitucional de Castilla; a pesar de los mejores esfuerzos del Consejo de Indias para mantener inhiestos ciertos valores humanos, la autocracia dictó el patrón del gobierno colonial. El patrón resultó modificado por efecto de la distancia y la dificultad de las comunicaciones; se convirtió en un patrón de autocracia descentralizada con el caudillo como figura típica. Cuando la América Latina conquistó su independencia no se produjo ningún brote natural de instituciones políticas nacidas del contexto cultural; la estructura nominal de gobierno correspondía a la constitución británica del siglo dieciocho tal como la había mal entendido Montesquieu, importada de la enteramente diferente sociedad de América del Norte con el estímulo de Jeremy Bentham; los códigos civiles, no obstante haber influido en ellos la obra precursora de Andrés Bello, eran principalmente derivados de modelos europeos; empero, la realidad consistía en la tradición



heredada, que se había desarrollado a lo largo de siglos. El fruto inevitable fue un derecho de aspiración más bien que preceptivo, y también una escisión entre la ley y la vida, que se vino a considerar cada vez más como un tributo al espíritu progresista de la ley antes que como una anomalía en la estructura de la sociedad. En raras ocasiones el derecho ha sido más respetado entre los estudiosos, o admirado con más profusa reverencia por los estadistas, que lo ha sido tradicionalmente en América Latina; ha sido, en cambio, menos coercitivo como código de conducta común.

Este antecedente histórico guarda relación paradójica con el desarrollo en la América Latina de nuestros días de un derecho en movimiento, que responde a las presiones y necesidades de un mundo cambiante. El pensamiento jurídico latinoamericano es fundamentalmente especulativo; en tanto que tal carece de una aversión instintiva al cambio; pero siendo fundamentalmente especulativo tiene poco contenido de procedimientos eficaces de cambio ordenado y disciplinado. Los pensadores juristas más destacados de América Latina en los últimos tiempos, hombres de la talla de Luis Recaséns Siches, Carlos Cossio y Eduardo García Maynez, han sido esencialmente filósofos de la tradición de Kelsen antes que arquitectos e ingenieros del cambio social por el proceso legal a la manera de Roscoe Pound. No ha habido un Andrés Bello contemporáneo, con la escolaridad universal de un gran humanista que concibiera el derecho como, en lo esencial, una rama del arte del estadista. Lo que se requiere son paladines de su estatura a fin de colocar al derecho como instrumento eficaz de cambio social en el centro del pensamiento y la práctica de América Latina.

El divorcio entre la ley y la vida se ha acentuado a causa del culto del personalismo que ha sido una característica continua de la existencia latinoamericana a través de los siglos. Había un fuerte elemento de personalismo en la inicial tradición ibérica tal como evolucionó en la península, modelada sin duda por muchas fuerzas entre las cuales la geografía y la historia de España no eran menos importantes que la composición y características raciales de un pueblo enriquecido por muchas y variadas estirpes. En un ensayo sobre psicología política escrito hace casi medio siglo, Salvador de Madariaga distinguía los caracteres nacionales de ingleses, franceses y españoles,<sup>(1)</sup> pueblos cruzados todos ellos, en los

(1) *Englishmen, Frenchmen and Spaniards*, Oxford University Press, 1928.

caracteres del hombre de acción, el hombre de pensamiento y el hombre de pasión. Cualquier caracterización de este tipo resulta inevitablemente una excesiva simplificación, pero el ensayo de Madariaga, sometido a la prueba de la experiencia de este nuevo medio siglo de crisis dramáticas y traumáticas en la vida de los tres pueblos, ha seguido siendo tan esclarecedor como, lo que siempre ha sido, estimulante. La pasión es personal aun cuando pasa a ser colectiva, y entre los hombres de pasión son las personalidades antes que los procedimientos o la filosofía lo que constituye el pulso de la política. Esta herencia se ha acentuado por la historia y la geografía de América Latina, las cuales han resultado ser influencias más persistentes que la composición variada y cambiante de sus poblaciones híbridas. Las circunstancias del descubrimiento y la conquista crearon un patrón duradero. En ambos se confundía la gran aventura, conducida por una aristocracia de la aventura. No podía haber contraste más claro con las colonias de asentamiento fundadas por hombres humildes en procura de libertad religiosa, que se contentaban con labrar, pescar y comerciar con el sudor de sus manos. Los conquistadores eran los antepasados naturales de los caudillos. El impacto de los orígenes históricos de América Latina fue ampliado por el de la geografía. Al Norte del Río de la Plata el terreno era aún más formidable que el de la misma España y su mestizaje de austeridad huraña y riqueza lujuriosa, combinado con el vasto espacio, la población escasa y la insignificante infraestructura, más la utilización de formas nativas o importadas de servidumbre, proveían un escenario natural para una política de autoridad personal. A este patrón Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria y sus sucesores opusieron desde el principio un código moral, y los pensadores liberales, como los grandes argentinos desde Alberdi y Sarmiento en adelante, o, aquí mismo en Centro América, José Cecilio del Valle, una filosofía política enteramente diferente. Pero el patrón fue más poderoso que sus críticos. El idealismo de Bolívar y San Martín, Morazán y Benito Juárez extrajo su magia de la autoridad personal de éstos y no tuvo sino escaso efecto inmediato. Rosas y García Moreno, Porfirio Díaz y Juan Vicente Gómez siguieron siendo hasta tiempos recientes los arquetipos de la autoridad política y la acción en América Latina. Una generación imbuida de valores más sofisticados y humanos pudiera quizá adoptar una actitud demasiado crítica hacia estos hombres; ellos fueron el producto casi inevitable, de su época; pero

lo que pudiera haber sido inevitable en su época carece de todo matiz de continuada justificación en nuestros días. La despersionalización de la autoridad, tan indispensable para la autoridad de la ley, sigue constituyendo uno de los mayores problemas políticos de América Latina, en algunos países y en algunos sentidos ahora más agudos y más urgentes que nunca antes.

El ritmo pausado y en muchos casos retrasado de cambio que hasta hace poco eran tan general en América Latina obedecía a todo un complejo de factores culturales, económicos y sociales, pero la naturaleza de la tradición y el sistema jurídicos y el personalismo en la política acentuaron tanto el estancamiento como la inestabilidad de la sociedad; no proporcionaron ningún estímulo para cambios fundamentales ni un mecanismo eficaz para el cambio ordenado. El fruto ha venido a ser cada vez más divisivo y peligroso. Allí donde el crecimiento natural pierde su filo, la violencia destructiva precipita la alternación de anarquía y tiranía. Este es el espectro macilento cuyas apariciones abarcan un campo demasiado vasto en la escena latinoamericana. ¿Cuál es, en esta perspectiva, el futuro de las nobles visiones de José Martí y Rubén Darío, González Prada y José Enrique Rodó, Joaquín V. González y Ruiz Barbosa?

¿Qué importancia tienen en este contexto histórico los nuevos enfoques de la relación entre el derecho y el cambio en el cual las sociedades con tradiciones jurídicas más realistas y políticas menos personalizadas están tratando de ajustar entre sí el hábito y el cambio en un mundo en que las repercusiones de la tecnología sobre la vida han precipitado una aceleración de la historia humana que a su vez ha puesto la estabilidad de la sociedad en tan patente peligro de caer en el desorden disruptivo del cambio cataclísmico?

En ningún lugar de América Latina es dable estudiar estos graves problemas ni debatirlos con más sereno despego que aquí en Costa Rica, tan afortunadamente inmune a las controversias más calamitosas que convulsionan el continente y dotada de unos antecedentes incontestados de tradición democrática que ningún otro país latinoamericano puede reclamar por suyos.

¿Cómo podríamos definir más apropiadamente los problemas para entrar a analizarlos más detenidamente? ¿Puede desempeñar el derecho un papel de mayor envergadura y de mayor eficacia práctica en el futuro de América Latina que el que ha cumplido en su

pasado? ¿Puede el cambio dinámico pero disciplinado desempeñar un papel decisivo en la búsqueda perenne por el idealismo latinoamericano de la libertad personal, el crecimiento económico y la justicia social? ¿Qué relación guardan entre sí las respuestas a estas preguntas? En el futuro de la ley como instrumento de cambio ordenado en América Latina influirán muchos factores, jurídicos y no jurídicos, pero entre los factores jurídicos tendrán importancia más destacada: la reputación de imparcialidad, el realismo de sus normas, la eficacia de sus procedimientos y la receptividad frente al cambio. ¿Cómo puede el genio jurídico latinoamericano, inspirado pero no aprisionado por las tradiciones de su pasado, conseguir una nueva reputación de imparcialidad, un nuevo realismo en sus normas, una nueva eficacia de sus procedimientos, una nueva receptividad frente al cambio?

La imparcialidad de un sistema jurídico entraña mucho más que la imparcialidad, ya se trate de un hombre u otro, de sus enunciados normativos y de sus instituciones procesales. Entraña el pacto del conjunto del sistema jurídico sobre las vastas cuestiones que dividen a la sociedad, su efecto sobre los derechos humanos y la igualdad de oportunidades, las posibilidades que ofrezca para dar sanción y efecto legales a las nuevas aspiraciones y a las crecientes expectativas. A este respecto se ha producido un cambio de gran alcance en el contenido y tendencias primordiales del derecho latinoamericano durante la generación precedente. El "derecho social" se ha convertido en una parte de importancia incesantemente creciente del derecho en su conjunto. Alfredo Palacios fue su profeta; Unsain y Anastasi, Cesarino, Segadas Vianna y Sussekind, y Mario de la Cueva han figurado entre sus cronistas y comentaristas más destacados; Rafael Caldera le ha dado la coherencia y la amalgama intelectual de una rama principal del pensamiento jurídico. El derecho ya no pertenece a las clases; ha pasado a ser el escudo protector de las masas. Así transformado en su función social, goza de un potencial positivo para el cambio social de vasto alcance, del cual generaciones anteriores hubieran dudado con profundo escepticismo.

La medida en que la ley realice este potencial dependerá en gran parte de su realismo. La tentación de dar forma de principio legal a algo substancialmente mayor que lo que en la práctica pueda cumplirse constituye un peligro claro y actual para la autoridad de la ley. Es una tentación en la cual a menudo ha caído la

generosidad del idealismo latinoamericano. La eficacia de la ley como instrumento de cambio social depende en primera instancia de la eficacia del derecho en sí. Si uno da casi por sentado que la ley como expresión de un principio y como estímulo de generosas esperanzas habrá de prometer más de lo que razonablemente pueda esperarse que realice, la expresión de aspiraciones en la ley puede llegar a convertirse en un sustituto, antes que un incentivo, del cambio social efectivo. Para hacer de la ley un instrumento efectivo de cambio debemos marcar el acento sobre su realismo. En esto el progreso del último medio siglo, aunque no insignificante, ha sido menos dramático, pero creo que entre los hombres de derecho de la América Latina hay ahora una aceptación creciente de la importancia de este asunto, lo cual encierra una promesa alentadora para el futuro.

Entre los signos alentadores se encuentra una apreciación cada vez mayor de que los derechos sirven de poco sin los remedios. El concepto del derecho no escrito, de que la substancia de la ley se secreta en el procedimiento, ha venido a ser cada vez más familiar al pensamiento jurídico latinoamericano, y sin haber revitalizado aún la imagen esencialmente procesal del derecho romano clásico, ha encontrado expresión en un interés más amplio, en instituciones como el juicio de amparo en México. La independencia judicial, procedimientos que permitan al ofendido invocar la independencia judicial contra la autoridad ejecutiva y la influencia económica, y hábitos políticos y sociales en virtud de los cuales el recurso a tales procedimientos sea la vía normal y acatada de reparación frente a cualquier abuso de aquella autoridad o esa influencia: he aquí los fundamentos del respeto básico hacia el imperio del derecho, a falta del cual quedará condenado al fracaso cualquier intento de cumplir la función de la ley como elemento de estabilidad transformándola en una disciplina de cambio ordenado.

Es en el contexto de estos problemas que debemos examinar las perspectivas en América Latina de que un derecho suficientemente sensitivo y receptivo del cambio se constituya en un factor importante en la adaptación pacífica de la sociedad a los reclamos que hacen el orden social toda una serie de expectativas humanas y posibilidades tecnológicas. En el debate de ámbito mundial sobre la interacción entre la ley y el cambio han habido muchas malas interpretaciones, y cierta engañosa presentación de la naturaleza

del problema. No se trata de saber si las partes en desarrollo de este mundo han superado la etapa del molde jurídico impuéstoles durante su dependencia de países adelantados con culturas y problemas diferentes; se trata de saber si sus sistemas jurídicos propios han desarrollado una vitalidad inherente suficiente para generar el impulso de adaptación continua necesario a fin de enfrentarse con una escala y ritmo de cambio tales como ninguna otra sociedad los ha conocido antes de ahora. En un mundo con una complejidad de estructura política, económica y social y de impacto de los descubrimientos científicos y cambios tecnológicos que ninguna sociedad había conocido antes, y con un grado e intensidad de interacción a escala mundial de acontecimientos enteramente nuevos, el logro de un equilibrio entre la ortodoxia y la innovación en la relación entre derecho y cambio crea una serie de nuevos problemas, que trascienden todas las divisiones políticas, los estados de desarrollo económico, las diversidades culturales y las divergencias ideológicas, para enfrentarse efectivamente con los cuales ningún sistema jurídico de ninguna parte del mundo ha elaborado todavía los medios idóneos. El problema fundamental de filosofía del derecho en nuestros días es saber en qué lugar debe asentarse el peso de la ley dentro de los procesos de cambio que están ahora dando forma al destino de la humanidad. Hay un cuerpo impresionante de doctrina autorizada que continúa opinando que la ley se ha de autodestruir inevitablemente a menos que se la mantenga como elemento de estabilidad, dejando a las fuerzas políticas y económicas la tarea de producir los cambios que requiere el desarrollo de la vida de la sociedad. A mi juicio, ésta es una posición peligrosa e imprevisora. Con demasiada frecuencia todos los movimientos de inquietud en el mundo miran a la ley como algo que nos mantiene prisioneros en el pasado; con demasiada frecuencia las reglas legales y la interpretación de las reglas legales son tenidas por la cristalización de aquello de lo cual la humanidad trata de escaparse en pos de nuevas aspiraciones para el futuro. Esa es una apreciación totalmente inadecuada de la contribución histórica y potencial del derecho a la libertad humana y al futuro de la sociedad. Cada una de las grandes filosofías del derecho tiene su fuente en el concepto de justicia. La justicia es por su naturaleza un concepto dinámico y no estático. Para permitir al hombre que viva en paz en una sociedad mundial cambiante, tenemos que apelar a la ley como aliado poderoso en la transformación pacífica de la sociedad por

procesos ordenados; debemos hacer que el imperio del derecho sea una protección efectiva para el hombre común en su búsqueda de una vida más plena y más rica.

Esta puede ser una aventura digna de todo lo que de más aventurero guarde la tradición latinoamericana; cabría dentro de la gran tradición del idealismo latinoamericano; conferiría una nueva prominencia en el pensamiento y en la práctica de América Latina al lugar que corresponde a la ley en el progreso de la sociedad. Séame permitido encomendar esta aventura a vuestro espíritu intrépido.

## LA CONCILIACIÓN EN LOS CONFLICTOS ECONÓMICO-SOCIALES Y LA HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CENTROAMERICANA

LIC. ABEL CASTRO H.

En el presente artículo me propongo hacer el examen de algunas cuestiones relativas a la conciliación en los conflictos colectivos de carácter económico-social y a la huelga. Aunque el estudio de esos temas lo haré con vista de la legislación costarricense, lo mismo que de la de los otros países centroamericanos, lo que desde luego le dará un carácter práctico, antes que doctrinario, se requiere, como antecedente necesario para entrar al análisis de esas legislaciones y de las instituciones que ellas regulan, exponer algunos conceptos teóricos y hacer referencia, a lo largo de la exposición, a algunas opiniones de tratadistas de la materia. También es de importancia citar la jurisprudencia costarricense en relación con ciertos problemas que se han suscitado en este campo.

### Los conflictos de trabajo

En primer lugar conviene fijar el concepto de los conflictos de trabajo, en general. Sin entrar al análisis de las diversas definiciones que los autores de Derecho Laboral han formulado sobre el particular, por ser ello ajeno al estudio propuesto, me limitaré a reproducir el concepto expresado por el Doctor Mario de la Cueva,<sup>(1)</sup> por ser bastante claro, concebido en los siguientes términos: "Los conflictos de trabajo son las diferencias que se suscitan entre trabajadores y patronos, solamente entre aquéllos o únicamente entre estos, en ocasión o con motivo de la formación, modificación o cumplimiento de las relaciones individuales o colectivas

(1) Derecho Mexicano de Trabajo. Décima Edición. Tomo II. Pág. 729.

de trabajo". Cabe observar que, conforme a esa definición, los conflictos de trabajo pueden suscitarse, no solamente entre patronos y trabajadores, sino que también pueden producirse en virtud de diferencias que surjan entre los mismos trabajadores o bien entre los patronos. El legislador costarricense, según puede verse de la redacción del artículo 395 inciso a) del Código de Trabajo, admitió la existencia de estos últimos conflictos, al fijar la competencia de los juzgados de la jurisdicción laboral. En efecto, ese texto establece, en lo que interesa, que dichos juzgados conocerán de "Todas las diferencias o conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico que surjan entre patronos y trabajadores, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de la aplicación del presente Código, del contrato de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con él...". También el Código de Trabajo de Guatemala contiene un concepto análogo en su artículo 292 inciso a). Sin embargo, para el objeto del presente estudio solamente interesan los conflictos obrero-patronales y no los inter-sindicales también comprendidos en la definición del profesor De la Cueva antes consignada. Cabe observar que el Código de Trabajo de Honduras habla en su artículo 679 de "controversias de trabajo". En cuanto a la palabra controversia expresa el citado autor<sup>(2)</sup> que fue usada en la ley italiana de tres de abril de mil novecientos veintiséis sobre las relaciones colectivas de trabajo, con el mismo sentido de conflictos de trabajo, lo cual hizo también Cernelutti en su libro "Teoría del Regolamento Collettivo del Rapporti di Lavoro". Algunos autores argentinos han tratado de establecer una diferencia entre los conceptos de Conflictos de Trabajo y Controversias de Trabajo en el sentido de que la controversia se manifiesta como un estado del conflicto, cuando la causa originaria que la determina se encuentra vinculada con la relación laboral y ella es sometida al proceso para su solución. Sin embargo, estimo que tal distinción carece de interés práctico.

### Clasificación de los conflictos obrero-patronales

Es de gran importancia la clasificación de estos conflictos, no solamente desde el punto de vista doctrinario, sino también por

(2) Ob. cit. pág. 728.

las consecuencias que de ellas se derivan en cuanto a la competencia de los tribunales u organismos encargados de conocer de los conflictos de trabajo, según su naturaleza. Por otra parte, los procedimientos para resolverlos varía, según la clase de controversias de que se trate. Al respecto han sido propuestas por los autores de Derecho Laboral muchas clasificaciones, pero no me detendré a hacer referencia a ellas, porque ello exigiría un examen del planteamiento formulado por cada tratadista, lo que se sale del marco trazado en este ensayo. En su lugar me permitiré esbozar una clasificación que si bien se aparta en principio del esquema seguido por la mayoría de esos tratadistas tiene la ventaja de ser práctica y fácilmente comprensible. Conforme a la misma habría una primera división de los conflictos laborales en jurídicos o de derecho y económicos-sociales o de intereses.

Los conflictos jurídicos se refieren a la interpretación o aplicación de un derecho nacido y actual, poco importa que éste tenga su fuente en una prescripción formal de la ley o en una disposición de un contrato individual o colectivo; la decisión de los mismos corresponde, normalmente a un juez y en particular, al juez de trabajo. La definición anterior emana de la Oficina Internacional del Trabajo<sup>(3)</sup> y es muy clara y precisa. Ahora bien: esta clase de conflictos se divide, a su vez, en dos grupos: a) individuales, b) colectivos. En los primeros la cuestión que los origina afecta o interesa a un trabajador o bien a varios trabajadores, pero considerados individualmente. Así, por ejemplo, cuando un obrero es despedido y reclama las respectivas indemnizaciones por considerar que su separación fue injustificada, o bien cuando surge entre él y su patrono una diferencia relativa a la remuneración de horas extraordinarias, al pago de aguinaldo o a la concesión de vacaciones, etc, se está en presencia de un conflicto de esta naturaleza. Es importante insistir en la afirmación de que no desvirtúa el carácter de individual del conflicto la circunstancia de que sean varios los trabajadores que actúen contemporánea y conjuntamente contra un mismo empresario.<sup>(4)</sup>

Nuestra Sala de Casación percibió claramente esa característica al expresar en resolución dictada a las diez horas del ocho

(3) Los Tribunales de Trabajo.

(4) Jeager, Le Controversie Individuali del Lavoro citado por Trueba Urbina en Derecho Procesal del Trabajo, Tomo II, pág. 81.

de setiembre de mil novecientos cuarenta y siete, en un juicio seguido por varios trabajadores contra una misma empresa, que "En la especie no se trata exactamente de un conflicto jurídico de cuantía mayor de dos mil quinientos colones, 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 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".

Por el contrario, en los conflictos jurídicos colectivos la cuestión debatida versa sobre un interés profesional o de categoría. El distinguido autor italiano Francesco Carnelutti, citado por Mario de la Cueva, en la obra antes mencionada, expresó con claridad ese concepto y el distingo entre una y otra clase de conflictos jurídicos, en el siguiente párrafo:

"La característica del proceso colectivo deriva de la calidad de la litis, o sea, de los intereses que se controvierten, los que deben ser intereses de categoría —interés tipo para cualquier miembro de la categoría, asociado o no asociado, presente o futuro—, y distintos, por tanto, de los intereses particulares de los miembros de la asociación... No debe confundirse el proceso colectivo con el proceso acumulado, pues en éste se tiene una suma y no el tipo de los intereses de los miembros de la asociación".

En oposición a los conflictos jurídicos están los conflictos colectivos de carácter económico-social, llamados también de intereses, los cuales define la Oficina Internacional del Trabajo<sup>(5)</sup> expresando que éstos no versan sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o en el contrato, sino que constituyen una reivindicación que tiende a modificar un derecho existente o a crear un derecho nuevo, agregando que el conocimiento de estas controversias compete al conciliador o al árbitro. Dentro de esta clase de conflictos los más importantes son los que se refieren a la creación o modificación de las condiciones generales de trabajo. Así, cuando el sindicato de trabajadores de una empresa solicita a su patrono la celebración de una convención colectiva de trabajo

(5) Los Tribunales de Trabajo.

(denominada en otras legislaciones contrato colectivo de trabajo) y no existe acuerdo entre las partes acerca de los términos de la convención, surge un conflicto económico social. También se produce éste cuando un grupo mayoritario de obreros solicita a su empleador un aumento de salarios y las partes no se ponen de acuerdo sobre el particular.

Examinando las legislaciones de los países centroamericanos se encuentran disposiciones que establecen o consagran la clasificación de los conflictos de trabajo. Así, el Código de Trabajo costarricense, en su artículo 395 inciso a) habla de las "diferencias o conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico que surjan entre patronos y trabajadores, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de la aplicación de dicho Código, del contrato de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con él". Y el inciso b) de ese mismo artículo se refiere a los "conflictos colectivos de carácter económico y social", aunque sin expresar el concepto de los mismos. El artículo 290 íbidem alude a los conflictos jurídicos colectivos, según lo ha declarado el Tribunal Superior de Trabajo en sentencia de las nueve horas y treinta y cinco minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y uno. El citado artículo dispone, en lo que interesa, que "La Junta Directiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos de trabajadores tiene personalidad para representar judicial o extra judicialmente a cada uno de sus afiliados en la defensa de sus intereses individuales de carácter económico-social, siempre que ellos expresamente lo soliciten". Si bien la redacción de ese texto legal no es muy clara, pues el empleo de la expresión "carácter económico-social" no resulta apropiado al relacionarla con el concepto "intereses individuales", la Comisión Especial del Congreso de entonces, que conoció del Proyecto de Código de Trabajo y que fue la que introdujo la expresión de comentario, aclaró los alcances de la misma en el siguiente párrafo que figura en el dictamen rendido por ella: "Desde luego, dicha Junta Directiva (de la respectiva organización social) no podrá tener personería para defender los intereses individuales de sus miembros, aunque estos los soliciten, cuando tales intereses no fueren de carácter profesional, por lo cual introdujimos antes del término "siempre" la frase "de carácter económico-social" (el subrayado no aparece en el texto de ese dictamen). El pronunciamiento del Tribunal Superior de Trabajo antes citado expresa, al respecto, lo siguiente: "La mayoría de este Tribunal considera

del caso advertir, que conforme a la disposición del artículo 290 del Código de Trabajo, el sindicato actor sí tiene personería para actuar en juicio, por estar en juego los intereses abstractos de categoría, y por lo mismo ser un conflicto colectivo en el sentido de referirse a intereses de carácter profesional que versa sobre la interpretación de un derecho nacido y actual, cuya interpretación corresponde hacerla al Juez de Trabajo...". En relación con la aparente contradicción que contiene el mencionado artículo 290 es interesante anotar, de paso, que algunos autores consideran que en realidad no puede hacerse un distingo categórico entre los conflictos jurídicos y los de intereses. Así, el tratadista Ernesto Krotoschin<sup>(6)</sup> expone que "Dado el doble carácter que pueden tener los conflictos de trabajo y, especialmente, los conflictos colectivos, conflictos sobre derechos que se pretenden en virtud de un contrato ya existente, y otros que surgen a causa del establecimiento de uno nuevo, se distingue comúnmente entre conflictos de derecho o jurídicos por un lado, y conflictos económicos o de intereses por el otro... En rigor, tampoco esta distinción es muy estricta. Aún en el conflicto que versa sobre un derecho subjetivo ya existente, es el interés el que mueve a las partes a insistir en ese derecho, a negarlo o a modificarlo. Por otro lado, en los conflictos que tienen por objeto la creación de normas nuevas, existe también en el fondo una controversia jurídica". Sin embargo, creo que sí es conveniente mantener la distinción que objeta el mencionado autor, tomando en cuenta las consecuencias de orden práctico que de la misma se derivan, a las cuales me referí en líneas anteriores.

El Código de Trabajo de Guatemala en el artículo 292 inciso a) menciona las diferencias o conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico y en el inciso b) los conflictos colectivos de carácter económico social. El de Honduras se refiere en su artículo 665 a los "conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo" y en el artículo 790 a los conflictos colectivos de carácter económico-social que puedan "dar por resultado la suspensión del trabajo, o que deban ser solucionados mediante el arbitramento obligatorio". El Código de Trabajo de El Salvador, recientemente promulgado, al conferir competencia a los Jueces de lo Laboral, menciona en el artículo 369 los juicios o conflictos individuales y los conflictos colectivos de

(6) Instituciones de Derecho del Trabajo. Págs. 603 y 604.

trabajo de carácter jurídico que se susciten con base en leyes, decretos, contratos y reglamentos de trabajo y demás normas de carácter laboral. El artículo 467 *ibidem* hace la clasificación de los conflictos colectivos de trabajo en: 1º) jurídicos o de Derecho; y 2º) económicos o de interés. El artículo siguiente define los primeros diciendo que son "todos los que se originan como consecuencia del incumplimiento o interpretación de un contrato o convención colectiva de trabajo, y aquéllos que persiguen el cumplimiento de la ley o de un reglamento interno de trabajo, siempre que en cualquiera de éstos casos se encuentre afectada una colectividad de trabajadores". Como puede apreciarse el concepto expresado en esa última definición es muy amplio, si bien conserva en principio los lineamientos establecidos por la doctrina. Por su parte el artículo 469 establece que "todos aquellos conflictos que se originan por el desequilibrio de intereses colectivos 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 Nicaragua, del año 1945, al establecer la competencia de los jueces de trabajo, habla de "todas las diferencias o conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico que surjan entre patronos o trabajadores, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, derivados de la aplicación del presente Código, del contrato de trabajo o de hechos íntimamente relacionados con él" (inciso 1º), concepto que es similar al que contienen los Códigos de Trabajo de Guatemala y de Costa Rica. La legislación nicaragüense no define los conflictos económicos sociales o de intereses.

El Código de Trabajo de Panamá de 30 de diciembre de 1971, clasifica los conflictos colectivos en dos clases: 1º) jurídicos o de Derecho; y 2º) económicos o de intereses. (artículo 417). El artículo 418 estatuye que "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, contratos o convención colectiva, y que interesan a un grupo o colectividad de trabajadores". El artículo siguiente dispone que los "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 otra manera expresan

intereses colectivos de naturaleza económico-social o reivindicativa". Las anteriores definiciones son bastante completas y se avienen a la doctrina más generalizada en esta materia.

### Los Conflictos Económico-Sociales

No existe duda acerca de la importancia que tienen estos conflictos en la sociedad, por sus consecuencias en el orden económico y social. En muchos casos la controversia desemboca en una huelga que produce perjuicios para los patronos, porque la suspensión de las labores impide que la empresa continúe su producción, ocasionando, desde luego una pérdida económica; para los trabajadores, porque dicha suspensión implica que dejan de recibir sus salarios, que constituye para ellos y para su familia el único medio de manutención; y para la sociedad supuesto que afecta la producción determinando una disminución o escasez de los productos y el correlativo aumento del precio de los mismos. Por otra parte, la huelga puede también acarrear alteraciones de la paz social, por el enfrentamiento entre trabajadores huelguistas y no huelguistas y por los medios a que algunas veces acuden aquéllos para impedir la ejecución de los trabajos. De ello hemos tenido en nuestro país una elocuente demostración en los últimos tiempos. Cabe agregar todavía que si la huelga se produce en los servicios públicos las consecuencias son aún más graves. Es pues, incuestionable, que el Estado no puede cruzarse de brazos ante la existencia de estos conflictos y que debe intervenir para tratar de solucionarlos, procurando evitar que se llegue al extremo de la huelga y, en caso de que ésta se produzca, utilizando medios y recursos para poner fin a la misma. Para ello existen instituciones como el arreglo directo, la mediación, la conciliación y el arbitraje, cuya importancia reconoce la doctrina. Al respecto el Profesor Rafael Caldera, expresa: "Hay una intención que tiende a buscar a los conflictos colectivos el remedio de la justicia y no el remedio de la fuerza; ya que el desenlace de la huelga y el lock out es generalmente una cuestión de fuerza que se resuelve con el triunfo del que gane en prepotencia la batalla. A esa intención responden los modernos sistemas de conciliación y de arbitraje. La conciliación, como fase primera, tiende a lograr la armonía voluntaria de las fuerzas en choque. El arbitraje, como fase definitiva y última,

tiende a liquidar, según las razones de justicia existentes en el Derecho y en los hechos, las diferencias planteadas".<sup>(7)</sup>

En el presente artículo me ocuparé únicamente de las tres primeras de esas instituciones.

El arreglo directo constituye una especie de conciliación, con la particularidad de que el advenimiento de las partes se produce en forma directa, esto es, sin la intervención de terceros. En cambio, en la mediación el arreglo se obtiene mediante la participación de terceras personas llamados mediadores.

El Código de Trabajo costarricense se refiere a una y otra formas de solución de estos conflictos en los artículos 497, 498 y 499. El primero prevé la constitución de Consejos o Comités permanentes en cada lugar de trabajo, compuestos por no más de tres miembros (trabajadores), quienes se encargarán de plantear a los patronos o a los representantes de éstos verbalmente o por escrito sus quejas o solicitudes. Esa misma disposición establece que los "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", concepto este último que alude a la mediación. Por los términos en que está concebido ese texto legal creo que el legislador estableció esa forma de solución tanto para los conflictos individuales como para los de carácter económicos-social.

El Código de Trabajo de Guatemala en sus artículos 374, 375 y 376 contiene disposiciones análogas a las de la ley costarricense.

La legislación hondureña concede especial importancia a la mediación, a la cual dedica ocho artículos de su Código Laboral (artículos 795 a 802). En ellos se crea un cuerpo denominado "Servicio de Mediación" constituido por mediadores designados por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Éstos tienen entre sus funciones intervenir en los conflictos económicos-sociales, con atribuciones bien definidas para lograr la solución de esos conflictos. Al efecto levantan un expediente formado con el pliego de peticiones de los trabajadores y la contestación de la empresa y efectúan todas las diligencias que sean necesarias para llegar al fin deseado, reuniendo a las partes a fin de proponer los arreglos

(7) Derecho del Trabajo. Pág. 676.



que estimen convenientes y agotando "todos los medios que estén a su alcance". Además, asesoran a patronos y trabajadores o a las respectivas organizaciones en todo lo concerniente a sus relaciones recíprocas y practican investigaciones y encuestas para los fines de su misión.

El Código de Trabajo de El Salvador en sus artículos 481 a 490 regula lo relativo al "Trato directo" para la solución de los conflictos colectivos de intereses. Esa ley contiene disposiciones concretas para el caso en que "se trate de la celebración o revisión de un contrato o convención colectivos de trabajo", estableciendo luego por aparte el trámite para los demás conflictos de esta naturaleza.<sup>(8)</sup> Para la primera de esas situaciones la parte que promueve el conflicto debe presentar la solicitud respectiva junto con dos ejemplares del proyecto de contrato o convención y certificación del acta de la sesión donde se haya aprobado ese proyecto, todo lo cual será remitido al Director General de Trabajo, quien se reservará la copia y el original lo hará llegar a la parte a quien va dirigido el pliego de peticiones. Se realizan reuniones de negociación entre las partes interesadas, directamente o con intervención del funcionario antes mencionado. Si los interesados llegaren a un acuerdo sobre el proyecto de contrato o convención colectivos de trabajo, estos se someterán a la aprobación de la respectiva asamblea.

Si las negociaciones fracasan dentro del término de veinte días hábiles, cualquiera de las partes podrá solicitar al Director General de Trabajo que inicie la etapa de conciliación.

El Código de Trabajo de Panamá se refiere al "Trato y Arreglo Directo" en sus artículos 423 a 425, los cuales se realizan entre las organizaciones sociales de trabajadores y los respectivos empleadores, antes de iniciar los procedimientos de conciliación. En ausencia de esas organizaciones los trabajadores pueden presentar las quejas y peticiones por medio de comités de empresa o delegados especialmente designados al efecto. La ley establece de modo expreso que para iniciar el procedimiento de conciliación no es necesario que las partes recurran primero al trato directo.

(8) La diferencia entre contrato colectivo y convención colectiva, conforme a este Código, consiste en que el primero se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores por una parte, y un patrono, por la otra. (Artículo 269); en tanto que la segunda se celebra entre un sindicato de trabajadores y un sindicato de patronos. (Artículo 288).

## La Conciliación

En términos generales, la conciliación tiene por objeto lograr el advenimiento de dos personas o partes que están en pugna. En el Derecho Laboral, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil, es una institución muy importante, como medio de resolver toda clase de conflictos entre patronos y trabajadores, pero donde cobra mayor importancia es en el campo de las controversias de carácter económico-social. Al respecto expresa el Doctor Guillermo Cabanellas que "Normalmente los procedimientos conciliatorios se establecen con el objeto de que puedan las partes llegar directamente a una solución en el conflicto; pero esa no es su única finalidad. En efecto, al mismo tiempo que se intenta lograr la solución directa del conflicto, se establecen determinados trámites para evitar las huelgas o para que solamente se planteen tras haberse intentado la instancia conciliatoria; esto es, las legislaciones suelen determinar un procedimiento que, únicamente cuando se encuentra agotado, permite a las partes en conflicto llegar a medidas de acción directa contra la continuidad laboral".<sup>(9)</sup>

Las principales características de estos procedimientos son:

a) Ausencia de formalismos. En efecto, los trámites deben ser accesibles para quienes plantean estos conflictos o se ven envueltos en ellos, pues aparte de que en muchos casos los trabajadores no están asesorados por profesionales en Derecho, habida cuenta de la finalidad que se persigue no conviene entorpecer los procedimientos exigiendo formalidades innecesarias o que no tienen verdadera justificación. Sobre el particular cabe mencionar el pronunciamiento dictado por el Tribunal Superior de Trabajo a las 10 hs. del 23 de agosto de 1972, en el cual se resolvió lo siguiente: "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 (se aduce que no debieron firmarlo todos los obreros, sino únicamente los delegados), son puntos relativos a meras formalidades que, a juicio de este Tribunal, no afectan la validez de los procedimientos, pues substancialmente han sido llenados los requisitos que la ley exige al respecto". Y b) Trámite sumario, de manera que las actuaciones no sufran dilatorias innecesarias. En ese sentido las legislaciones establecen términos

(9) Derecho de los Conflictos Laborales, pág. 462.

breves y sientan la regla de que en estos procedimientos no caben incidentes ni excepciones dilatorias, salvo casos excepcionales.

### Legislación costarricense

El Código de Trabajo de Costa Rica regula el procedimiento de conciliación en los artículos 500 a 518. Los dos primeros se refieren al planteamiento del conflicto, disponiéndose que los trabajadores que lo promueven deben nombrar una delegación de dos o tres miembros conocedores de las causas de la inconformidad y a quienes los interesados darán poder suficiente para firmar cualquier arreglo. Esos delegados suscriben el pliego de peticiones, cuyo original remiten a la otra parte afectada por el conflicto y la copia la entregan al respectivo Juez de Trabajo. Conforme al artículo 502 se entiende por planteado el conflicto desde el momento en que se entregue el pliego de peticiones al Juez o a una autoridad administrativa, la que debe enviarlo inmediatamente a aquél. A partir de ese momento ninguna de las partes puede tomar la menor represalia contra la otra ni impedirle el ejercicio de sus derechos. La infracción a esa regla es castigada, según el caso, con multa o arresto, debiendo el culpable reparar el daño inmediatamente. Por su parte el artículo 503 dispone que a partir del planteamiento del conflicto toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez. Esa norma legal ha dado lugar en la práctica a muchas dudas e interpretaciones, debido a que no es suficientemente explícita, ni señala con precisión los alcances de la limitación que establece a la facultad que normalmente concede la ley al patrono para despedir al trabajador mediante el pago de las respectivas indemnizaciones. El Tribunal Superior de Trabajo en resolución de las diez horas y veinte minutos del cinco de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro fijó los alcances de la regla comentada en los siguientes términos: "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 contra éstos con ocasión del conflicto, conforme a la doctrina del artículo 502 íbidem, pero para evitarle posibles perjuicios al patrono obligándolo a mantener obreros que han incumplido sus obligaciones y se han hecho acreedores a su separación, establece la ley que el despido pueda verificarse siempre que sea autorizado previamente por el Juez. Para ello, claro está que debe hacerse la comprobación respectiva, la cual debe tramitarse, según lo ha resuelto este Tribunal, por vía de incidente dentro de los procedimientos relativos al conflicto".

El artículo 504 indica los requisitos que debe llenar el pliego de peticiones, a saber: Cuáles son las quejas, en qué consisten dichas peticiones, el número de trabajadores que las apoyan, el nombre del patrono a quien se dirigen, el centro o centros de trabajo donde ha surgido la controversia, la cantidad de trabajadores que en los mismos prestan sus servicios y el nombre y apellidos de los delegados. Además, pueden éstos designar un asesor para que los ayude a mejor cumplir su cometido. En cuanto a las peticiones es importante observar que si en realidad las mismas no son de carácter económico-social, sino que se refieren a una cuestión de índole jurídica, el Juez no dará curso a la solicitud y enviará a los interesados a dilucidar esa cuestión por la vía ordinaria de trabajo. De los puntos antes indicados el de mayor importancia y que ha dado lugar a muchas discusiones es el relativo al número de trabajadores que apoyan el movimiento. Al respecto, han entendido algunos patronos y aún algunos jueces, que los que promueven el conflicto deben demostrar, a efecto el poder iniciarse los procedimientos de conciliación, que cuentan con el porcentaje que la ley exige para declarar una huelga legal. Esa interpretación no se aviene con el espíritu de la ley supuesto que en esta primera fase no se trata de decidir si los trabajadores pueden legalmente ir a la huelga, sino más bien de procurar un arreglo entre las partes en conflicto mediante la conciliación, cuyos procedimientos no deben ser entorpecidos por los incidentes a que daría lugar la discusión antes aludida. Por otra parte, el artículo 504 no exige la comprobación de que los trabajadores cuentan con el porcentaje antes mencionado. En tal sentido se ha producido la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo. Así, en resolución de las nueve horas y treinta minutos del diecisiete de abril de mil novecientos setenta y dos, expresó el siguiente concepto: "La jurisprudencia de este Tribunal,

en lo que se refiere a los procedimientos de conciliación con motivo de un conflicto colectivo de carácter económico-social, 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 a que afecta el conflicto". Sin embargo, también ha resuelto ese mismo Tribunal que si de las manifestaciones hechas por los propios trabajadores interesados en el pliego de peticiones se desprende sin lugar a dudas que ellos no cuentan con el porcentaje que en su caso sería necesario para declarar una huelga legal, el Juez de Trabajo puede negarse a dar curso a los procedimientos de conciliación. (Auto de las 16 hs. y 30' del 14 de febrero de 1956). Ello es así porque de lo contrario cualquier grupo de trabajadores por pequeño que fuera podría plantear conflictos de carácter económico-social al patrono con las consecuencias que éstos producen en la empresa y además, ello obligaría a los Tribunales respectivos a estar interviniendo innecesariamente en situaciones que no lo ameritan, dado el reducido número de trabajadores inconformes.

El artículo 505 dispone que el Juez de Trabajo prevendrá a la otra parte afectada por el conflicto que debe nombrar dentro del término de veinticuatro horas su delegación análoga a la obrera; al mismo tiempo procederá a formar el respectivo Tribunal de Conciliación, presidido por él e integrado además por dos Conciliadores, uno que es representante de la clase patronal y el otro, representante de la clase obrera, escogidos de las listas confeccionadas por la Corte Suprema de Justicia. Dicho Tribunal, una vez resuelto los impedimentos que se hubieren presentado, se declarará competente e iniciará los trámites de conciliación. Durante este período no habrá recurso alguno contra las resoluciones que se dicten ni se admitirán recusaciones, excepciones dilatorias o incidentes de ninguna clase (artículos 506 y 507). El Tribunal convoca a las partes, a una audiencia en la cual oye primero en forma separada a las delegaciones y reuniéndolas luego les propone las recomendaciones o medios de arreglo que su prudencia le dicte a fin de lograr un entendimiento. Si se produjere arreglo se redacta el convenio respectivo y se da por terminada la controversia. El tribunal puede repetir la indicada convocatoria por una vez y para llenar mejor

su cometido puede asesorarse por peritos. Si no consigue conciliar a las partes les propondrá someter el conflicto a arbitraje. En todo caso levantará un informe en el cual se hará una reseña de las causas del conflicto y de las recomendaciones que se formularon con indicación de si las partes aceptaron o no ir al arbitraje. (artículos 508 a 512 y 532).

Comentario aparte merece el artículo 516, el cual estatuye que en ningún caso los procedimientos de conciliación pueden durar más de diez, contados a partir del momento en que el correspondiente Juez de Trabajo recibió el pliego de peticiones en forma legal y que al vencerse dicho término el Tribunal dará por concluida su intervención. El término que establece ese precepto legal resulta en la práctica muy corto, para no decir angustioso y en muchas ocasiones es insuficiente para que los procedimientos de conciliación puedan desarrollarse normalmente, sobre todo cuando el conflicto afecta a empresas de cierta magnitud o es complejo por su naturaleza. El Tribunal Superior de Trabajo tratando de atenuar el rigorismo de la disposición comentada ha establecido por jurisprudencia que las partes pueden en forma expresa o tácita prorrogar el plazo de diez días a fin de poder llevar adelante los procedimientos de conciliación, sin que se considere que exista nulidad de la actuado fuera de ese término.

### Legislación de Guatemala

El Código de Trabajo de Guatemala, contiene disposiciones análogas a las del costarricense en lo que se refiere a los procedimientos de conciliación, de modo que lo expuesto en cuanto a éste, es aplicable a aquél. Cabe apuntar, sin embargo, algunas diferencias que son de detalle: la ley guatemalteca no prevé el nombramiento de asesor en la delegación de los obreros ni en la del patrono. Por otra parte, los conciliadores son nombrados en Guatemala por la Sala de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, la que formula la lista respectiva a fin de que el Juez de Trabajo, quien preside el Tribunal de Conciliación, escoja de ellas los respectivos representantes de la clase obrera y de la clase patronal para completar así este último tribunal.

## Código de El Salvador

Este Código señala un procedimiento para la tramitación del conflicto cuando el mismo tiene por objeto la celebración o revisión de un contrato o convención colectivos de trabajo (artículos 491 a 497) y otro para los conflictos económicos sociales promovidos por trabajadores no organizados en sindicato, aunque las reglas fundamentales establecidas para la primera de las situaciones indicadas se aplican en la segunda, con algunas modificaciones (artículos 516 a 524).

El procedimiento se inicia con la entrega por parte del correspondiente sindicato de la solicitud de conciliación al Director General de Trabajo, que es un funcionario del orden Administrativo, y quien puede asumir personalmente la conducción de las negociaciones o bien designar un conciliador al efecto. De la redacción del artículo 480 parece desprenderse que previamente a iniciar los trámites de conciliación, deben los interesados agotar la etapa de "Trato Directo" a la cual ya me he referido al tratar de la mediación. En este punto la legislación salvadoreña difiere de las de Guatemala y Costa Rica, en las cuales no existe la obligación de cumplir con ese trámite previo. El Director General de Trabajo o en su caso los conciliadores actúan como moderadores en las discusiones entre las partes, proponiéndoles sobre los distintos puntos de discordia las soluciones que a su juicio sean equitativas y tiendan a armonizar los intereses del capital y del trabajo. Estos procedimientos no están sujetos a ninguna formalidad, debiendo dárseles la mayor flexibilidad. Se celebran tantas reuniones como fueren necesarias y no se establece un plazo determinado para la realización de esta etapa de advenimiento, en lo cual también difiere la ley salvadoreña, de lo que al respecto disponen los Códigos de Guatemala y Costa Rica. Si las partes llegan a un acuerdo sobre el proyecto de contrato o convención colectivos de trabajo, éstos se someterán a la aprobación de la respectiva asamblea sindical. Aprobado que sea el contrato o convención deberá ser firmado por las partes, quedando así concluido el conflicto.

Cuando éste fuere promovido por trabajadores no sindicalizados deberán celebrar una reunión a efecto de precisar los intereses profesionales que consideren no haber sido respetados por

el patrono; adoptar por el cincuenta y uno por ciento de los trabajadores del centro de trabajo la decisión de plantear el conflicto; elegir por mayoría de los concurrentes a los delegados que los representarán (la ley no indica el número de esos delegados, ni habla de asesores); y acordar la propuesta de solución que se presentará al patrono. De todo ello debe dejarse constancia en documento privado firmado por todos los asistentes a la reunión. Ese documento deberá ser presentado al Director General de Trabajo al solicitársele la apertura del período conciliatorio, junto con la demostración de haberse agotado el trámite de "Trato Directo". En lo demás las actuaciones para este caso especial son iguales a las indicadas en el párrafo anterior, salvo desde luego que no se requiere la aprobación del Convenio por la Asamblea Sindical.

## Código de la República de Honduras

En este país corresponde a las Juntas de Conciliación y Arbitraje el conocimiento y resolución de las diferencias y conflictos entre el capital y el trabajo. Las mismas se integran con un representante del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que funge como Presidente de la Junta, con un representante de los trabajadores y otro de los patronos por cada ramo de la industria o grupo de trabajos diversos. Tales representantes son nombrados por el mencionado Ministerio, tomándose en cuenta las peticiones que, para el efecto hagan las agrupaciones de trabajadores y patronos de cada región. (Artículos 648 a 653).

El procedimiento ante las Juntas está exento de formalidades. Presentada la reclamación respectiva (pliego de peticiones) el Presidente de la Junta señalará día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación. En esa audiencia el patrono manifestará lo que crea conveniente en defensa de sus intereses. La Junta procurará avenir a las partes, como un componedor amigable y para el efecto el Presidente, consultando el parecer de los otros representantes, propondrá la solución del conflicto que a su juicio sea procedente. En caso necesario se celebrará una nueva audiencia en la cual la Junta someterá a los interesados la recomendación que por mayoría acuerde aquélla. Si hay conformidad de las partes con la resolución propuesta ésta se considerará como un convenio

colectivo. Si no la hubiere, la Junta invitará a los interesados a someter el conflicto a arbitraje. (artículos 803 a 806).

### Legislación de Nicaragua

El procedimiento que establece el Código de Trabajo de Nicaragua para resolver los conflictos colectivos de carácter económico-social no comprende, en forma expresa, la mediación o arreglo directo entre las partes. En cuanto a la conciliación, el trámite es semejante al de las otras legislaciones centroamericanas. Al efecto el artículo 303 dispone que cuando en una empresa, establecimiento o negocio surja un conflicto de esta naturaleza que pueda dar lugar a una huelga o paro, la parte actora o sus representantes debidamente autorizados presentarán ante el Inspector del Trabajo el respectivo pliego de peticiones. En él deben exponerse en qué consisten éstas e indicarse el número de patronos o de trabajadores que las apoyan, con sus respectivos nombres y apellidos, así como la cantidad de trabajadores que prestan sus servicios en los lugares de trabajo donde ha surgido la controversia. No se exige que se demuestre que en realidad el movimiento está apoyado por los trabajadores que al respecto se indican, siguiendo en ello dicha legislación el mismo criterio que informan los Códigos de Trabajo de Costa Rica, Guatemala, El Salvador y Honduras.

El Inspector de Trabajo, una vez recibido el pliego de peticiones, si lo encuentra en debida forma, o en su caso una vez llenados los requisitos que faltaren, informará inmediatamente al Ministro de Trabajo, quien designa a un Juez de Huelga, para que éste organice la Junta de Conciliación que conocerá del conflicto. Como puede observarse, todos esos funcionarios son del orden administrativo. Cada Junta de Conciliación se compone de cinco miembros así: un Juez de Huelga que la preside, un representante de los patronos y otro de los trabajadores del lugar; un representante del patrono o patronos contra quienes se dirige el reclamo y otro de los trabajadores reclamantes (artículo 253).

Constituida la Junta de Conciliación procede a citar a las partes en conflicto para que comparezcan ante ella a realizar negociaciones encaminadas a obtener un acuerdo, las cuales se celebran durante cinco días contados a partir de la primera audiencia.

Se verifican tantas reuniones como sean necesarias y si se llega a un arreglo se levanta acta en la cual se expresarán los puntos acordados. La Junta de Conciliación y el Inspector del Trabajo son los encargados de velar porque esos acuerdos no contraríen las disposiciones legales que protegen a los trabajadores y porque sean rigurosamente cumplidos por las partes. La contravención a lo pactado se castiga con multa, sin perjuicio del derecho de la parte que ha cumplido para exigir ante los Tribunales del Trabajo la ejecución del acuerdo o el pago de los daños y perjuicios consiguientes. Si al concluir el término de cinco días antes mencionado no se hubiere producido arreglo, la Junta someterá a votación directa de los trabajadores las propuestas patronales que hubieren sido formuladas para que decidan por acuerdo del sesenta por ciento o más si las aceptan o no. En caso de no aceptarlas, se realiza inmediatamente otra votación con el mismo porcentaje para decidir si se continúa negociando por cinco días más o si se va a la huelga.

### Legislación de Panamá

El Código de Panamá regula en sus artículos 426 a 447 en una forma muy amplia y detallada lo relativo a la conciliación. Es importante destacar que conforme al artículo 425 no es necesario para iniciar ese procedimiento que las partes recurran previamente al "Trato Directo". Para iniciar la etapa de conciliación, el sindicato de trabajadores o grupo de trabajadores, deberá presentar el respectivo pliego de peticiones a la Dirección Regional o General de Trabajo. Es interesante indicar que además de la delegación, que se compone de dos a cinco miembros, pueden los trabajadores nombrar un asesor sindical y un asesor legal. Si se pide la celebración de una convención colectiva, el pliego debe contener el proyecto correspondiente; en otro caso, las quejas y peticiones concretas que se formulan. Además debe contener indicación del número de trabajadores que apoya el conflicto en cada empresa, o si fuere el caso, en los establecimientos o negocios de que se trate. El inciso 5° del artículo 427 contiene una disposición novedosa al señalar como dato que ha de contener el pliego de peticiones "el número de trabajadores que prestan servicios para cada empleador en las empresas, negocios o establecimientos que

se vean afectados por el conflicto, con indicación de aquellos que deben computarse para determinar la legalidad de la huelga, si la hubiere". En efecto, ese texto legal parece referirse a la cuestión relativa a los empleados que, por ser de confianza o por otros motivos, no deben ser tomados en cuenta para determinar si los huelguistas reúnen el porcentaje requerido por la ley para que el movimiento sea declarado legal, que se examinará posteriormente, pero cabe anotar que la legislación panameña es la única que en Centroamérica se ocupa de este problema. Por su parte, el artículo 428 en su inciso 2º exige el nombre y la firma de todos los trabajadores que apoyan el pliego, requisito que no contienen los otros Códigos de Trabajo centroamericanos. Conforme al artículo 420 "cuando el pliego lo presente un grupo no organizado de trabajadores de una empresa, se requerirá para darle curso el treinta por ciento de los trabajadores que laboren en la empresa, establecimiento o negocio afectado por el conflicto". Es interesante mencionar que en el Congreso Jurídico Nacional de Costa Rica celebrado en el año 1970 fue aprobada una ponencia que perseguía la incorporación en nuestro Código de Trabajo de una disposición semejante a la últimamente transcrita, por considerarse de mucha importancia. Conforme se ha indicado al comentar la legislación costarricense, ésta no exige la comprobación del número de trabajadores que apoyan el pliego de peticiones a efecto de que pueda darse curso a los procedimientos de conciliación, pues basta la indicación de ese número. Ello puede dar lugar en la práctica a que se plantee un conflicto económico-social por una cantidad de trabajadores que representa un porcentaje muy bajo en relación con el total que presta servicios en la empresa de que se trata, lo cual es desde luego inadmisibles, de donde resulta la necesidad de que se establezca en nuestra ley una norma legal semejante a la del Código panameño, de que se ha hecho mérito.

Con la presentación del pliego de peticiones se inician los procedimientos de conciliación; si el Director Regional o General de Trabajo encontrare defectos en ese documento deberá señalarlos al momento de recibirlo, a fin de que los trabajadores los subsanen allí mismo o bien, si lo desean, lo retiren para ese efecto. Estando en forma, el mencionado funcionario notificará la existencia del conflicto al patrono, quien deberá contestar el pliego de peticiones, indicando cuáles acepta y cuáles rechaza y expo-

niendo las razones por las cuales se opone a las últimas. Deberá también expresar las contraofertas que considere razonables para resolver el conflicto y proporcionar todos los datos e informaciones relativos al negocio y a los trabajadores, que a su juicio sean de utilidad para la conciliación.

La dirección Regional o General de Trabajo designa el Conciliador que ha de tener a su cargo obtener el avenimiento de las partes en conflicto. Para ello las convoca a una o varias reuniones en las cuales dicho funcionario actúa como un intermediario, dirige los debates y desempeña un papel activo en la aclaración de hechos. La presentación de pruebas sólo se admite cuando el Conciliador las estime convenientes para el mejor desarrollo de la conciliación. También debe éste someter propuestas a los interesados con vista a una solución del conflicto.

El artículo 441 estatuye que durante el desarrollo de la conciliación el empleador está obligado a mantener los contratos de trabajo existentes en el momento en que fue planteado el conflicto, sin perjuicio de los que terminen por vencimiento del plazo o conclusión de la obra. Además dispone ese texto legal que desde que se presente el pliego de peticiones y hasta el vencimiento del plazo para declarar la huelga o durante ésta, toda terminación o suspensión de los efectos de contratos de trabajo debe ser autorizada previamente por el respectivo Juez de Trabajo, con arreglo al procedimiento previsto para el desafuero sindical. Como puede observarse la legislación panameña contiene, al respecto, un principio parecido al que consagran las leyes de Guatemala y de Costa Rica; pero aquélla establece una regla más precisa e indica el procedimiento a seguir cuando alguna de las partes desee poner término al contrato estando pendiente el conflicto.

En el período conciliatorio se realizan las audiencias que sean necesarias pudiendo las partes prorrogar, con anuencia del conciliador, el término fijado para esa etapa, que es de doce días hábiles. Esa prórroga puede hacerse hasta dos veces, cada una de ellas, por un período no mayor de diez días hábiles. La conciliación termina cuando llegan las partes a un arreglo o convienen en someter el conflicto a arbitraje, o bien cuando expirados los plazos antes indicados no se hubiere producido ese arreglo. También se tiene por concluida la conciliación cuando el empleador no contesta el pliego de peticiones en el plazo que se le confiere al efecto o

cuando se retire de la conciliación o se muestre renuente a comparecer a las citaciones que se le hagan. Conforme a los artículos 444 y 445, cuando no hubieran llegado las partes a un arreglo, el conciliador presentará un informe a la Dirección Regional o General de Trabajo, exponiendo los hechos que dieron lugar al conflicto y haciendo constar en qué medida se pudo llegar a un acuerdo y cuáles son, a su juicio las cuestiones que continúan en debate. Con vista en ese informe, la Dirección Regional o General de Trabajo indicará a las partes las fórmulas que estime convenientes para llegar a una solución de la diferencia. La ley no indica el término de que gozan las partes para pronunciarse al respecto, pues el plazo de que disponen los trabajadores para ir a la huelga comienza a correr a partir del día siguiente a aquel en que termina la conciliación (artículo 446).

### La Huelga

El Tratadista Mario de La Cueva<sup>(10)</sup> reproduce la definición que acerca de la huelga formuló el autor alemán Walter Kaskel, considerándola muy completa y concisa, concebida en los siguientes términos: "La huelga es la suspensión colectiva del trabajo llevada a cabo por una pluralidad de trabajadores con el propósito de alcanzar mejores condiciones de trabajo". Conforme se desprende de esa definición los elementos que integran el concepto de huelga son: a) suspensión de labores. En efecto, los trabajadores hacen dejación de sus tareas, pero ese hecho conlleva el propósito de suspender los contratos de trabajo y no de ponerles fin a los mismos, para reanudar aquéllas cuando hayan conseguido el fin que persiguen. b) Esa determinación de los trabajadores debe provenir de una pluralidad de trabajadores y ser el resultado de un acuerdo entre ellos. Al respecto la huelga es precedida por la coalición. El Tratadista Ernesto Krotoschin expresa que: "Se llama coalición a la acción concertada de cierta cantidad de trabajadores o de empleadores para llegar a una modificación de las condiciones de trabajo, que les 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

(10) Ob. cit. pág. 787.

coalición muchas veces es el preludeo de una huelga o de un lock-out, si la acción emprendida no llega a prosperar pacíficamente".<sup>(11)</sup> c) La huelga debe tener una finalidad, que es la de obtener mejores condiciones de trabajo.

### Legislación Costarricense

El Código de Trabajo de Costa Rica define en su artículo 364 la huelga legal, diciendo que es "el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores, con el exclusivo propósito de mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes". En realidad esa definición no corresponde en rigor a la huelga legal, sino más bien a la huelga, en sentido general, pues contiene los elementos que caracterizan a ésta, de que se ha hecho referencia anteriormente. Prueba de ello es que el artículo 366 completa el concepto antes transcrito para definir en su integridad la huelga legal. En efecto, conforme a esta última disposición se requiere que los trabajadores agoten previamente los procedimientos de conciliación y que constituyan por lo menos el sesenta por ciento de las personas que trabajan en la empresa, lugar o negocio de que se trate. A estos requisitos debe agregarse el de que la huelga no afecte los servicios públicos, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 368.

En lo que se refiere al concepto de "abandono temporal del trabajo", que contiene la definición de la ley costarricense, ha estimado el Tribunal Superior de Trabajo que esa expresión no debe necesariamente entenderse en el sentido de que para que concurra ese elemento se requiere que los trabajadores se ausenten del lugar de trabajo, sino que basta el hecho mismo de la suspensión de las labores, interpretación que se aviene con la doctrina sobre el particular. En resolución de las nueve horas y treinta y cinco minutos del once de setiembre de mil novecientos setenta, ese Tribunal declaró lo siguiente: "En la especie se está en presencia de una cesación colectiva y concertada del trabajo por parte de los trabajadores, con el objeto de obtener determinadas condiciones de su patrono o ejercer presión sobre el mismo, lo que

(11) Instituciones de Derecho del Trabajo, 2ª Edición, pág. 192.

constituye una huelga según definición que de ésta da el profesor Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual".

Respecto al número de trabajadores que deben apoyar el movimiento, la ley nuestra establece el sesenta por ciento de las personas que laboren en la empresa, lugar o negocio de que se trate (artículo 366 inciso c). En la práctica se han presentado discusiones acerca de si algunos trabajadores deben tomarse en cuenta o no para determinar si existe ese porcentaje. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo ha establecido, siguiendo en ello los lineamientos trazados por la jurisprudencia mejicana, que para el fin indicado no se debe incluir a los trabajadores que hayan ingresado a la empresa a partir de la fecha en que se tuvo por planteado el conflicto, los aprendices, los trabajadores eventuales, los altos empleados y los empleados de confianza (resoluciones de las 15 horas y 30 minutos del 10 de agosto de 1955 y de las 16 horas del 5 de diciembre de 1958). Por otra parte, también ha sido tesis general que el 60% que establece la ley debe calcularse sobre el número total de trabajadores de la empresa o negociación de que se trate, hecha desde luego exclusión de los antes indicados, esto es, que no es dable declarar una huelga legal que es apoyada únicamente por el 60% de los trabajadores que prestan sus servicios en determinada sección de una empresa. Sin embargo, sí ha admitido la jurisprudencia que "dentro de una misma empresa pueden darse varias huelgas de diversas secciones independientes en sus intereses, por ser desiguales o desvinculadas", o sea cuando no existe unidad de intereses entre los obreros que promueven el conflicto y el resto del personal que trabaja al servicio de la empresa en un lugar distinto al afectado por la huelga. (Resoluciones de las 14 horas y 20 minutos del 1º de diciembre de 1955 y de las 15 horas y 15 minutos del 11 de enero de 1956).

El artículo 369 hace la enumeración y definición de lo que debe entenderse por servicios públicos para los fines de la prohibición de declarar huelgas en esas actividades. Según se desprende del inciso a) de esa disposición no está prohibida la huelga de un modo general para todos los trabajadores del Estado o de sus Instituciones, sino únicamente para los que laboran en actividades de aquél y de éstos que no sean también propias de empresas particulares de lucro. El inciso b) comprende los trabajos de siembra,

cultivo, atención y recolección de productos agrícolas, pecuarios o forestales, lo mismo que su elaboración, cuando de no realizarse su beneficio inmediato se deterioren dichos productos. Sin embargo, se exceptúan los trabajadores agrícolas de las empresas que hayan celebrado contratos con el Estado en los cuales se haya estipulado que el procedimiento de arbitraje para dirimir conflictos de esta naturaleza es únicamente voluntario.

Comentario aparte merece el inciso c) del citado artículo 369 según el cual se consideran servicios públicos los que desempeñen los trabajadores de empresas de transporte ferroviario, marítimo y aéreo, los que desempeñen los trabajadores ocupados en labores de carga y descarga en el muelle y atracaderos, y los que desempeñen los trabajadores en viaje de cualquier otra empresa particular de transporte, mientras éste no termine. De acuerdo con la reforma introducida al artículo 366 por ley N° 737 de 16 de setiembre de 1946, la prohibición para declarar una huelga en los servicios últimamente mencionados no es absoluta, pues los trabajadores pueden acudir a la misma siempre que se cumplan los trámites establecidos en el agregado que se le hizo al mencionado artículo 366. Dichos trámites se refieren a la integración de un Tribunal Investigador y Conciliador nombrado por el Ministerio de Trabajo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que quede firme la resolución del Tribunal respectivo que declare legal (ha de entenderse en forma provisional) la huelga. Ese organismo conciliador trata de lograr un acuerdo entre las partes y si no lo consigue lo hace saber así al Ministerio de Trabajo, el que les dará a los interesados un nuevo plazo de ocho días para que intenten un arreglo, vencido el cual sin que éste se haya producido, la huelga será permitida, pero los trabajadores deben dar aviso de su decisión al citado Ministerio con setenta y dos horas de antelación.

El inciso d) menciona las empresas particulares que no pueden suspender sus servicios sin causar daño grave e inmediato a la salud o a la economía pública, la higiene, el aseo y el alumbrado en las poblaciones. Por último, el inciso e) indica como servicios públicos los que el Poder Ejecutivo declare así, en todo el territorio de la República o en parte de él, una vez que la Asamblea Legislativa haya hecho uso de su facultad constitucional de suspender ciertas garantías individuales.



Cuando la huelga no reúne los requisitos exigidos por la ley para ser considerada como legal, se califica de ilegal. Si bien el artículo 370 dispone que ésta termina, sin responsabilidad para el patrono, con los contratos de trabajo celebrados por los huelguistas, el Tribunal Superior de Trabajo ha establecido que esa declaratoria no debe hacerse de un modo general en el incidente de calificación de huelga, porque en el mismo no se da intervención directa a todos y cada uno de esos trabajadores. En consecuencia, la solución del punto consiste en que el patrono puede despedir a los obreros que en su concepto participaron en el movimiento calificado de ilegal, sin perjuicio de que si alguno o alguno de ellos consideran injusta la medida, establezcan el respectivo juicio para reclamar sus derechos. (Resolución de las 14 horas y 30 minutos del 15 de mayo de 1972).

El artículo 517 del Código de Trabajo estatuye que en el caso de que en los procedimientos de conciliación no se hubiere producido 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. Conforme a ese texto legal el auto correspondiente será dictado a reserva de que causas posteriores cambien la calificación que se haga y en él se analizarán únicamente los motivos del conflicto, si el caso está comprendido por las prohibiciones de los artículos 368 y 369, y se reúnen los requisitos de número que exige la ley. Respecto del primer extremo que contiene esa regla, la calificación de la huelga puede variar porque, habiendo sido apoyada en principio por un número suficiente de trabajadores, posteriormente algunos de ellos le retiren su apoyo, de modo que no cuente el movimiento con el porcentaje de ley. Respecto del segundo extremo de la misma regla, el Tribunal Superior de Trabajo ha declarado que el concepto de huelga legal se refiere únicamente al cumplimiento de las formalidades exigidas al respecto por la ley y al hecho de que el caso no esté comprendido en alguna de las prohibiciones que ésta establece, de modo que para esa calificación no se entra a considerar si las peticiones que formulan los trabajadores son justificadas o no, cuestión que por otra parte, no podría decidir el Juez, que es el funcionario encargado de hacer dicho pronunciamiento, porque al actuar como tal lo hace en su

carácter de Juez de Derecho y no como árbitro (Resolución de las 10 horas y 55 minutos del 19 de setiembre de 1972).

Ocurre con frecuencia que los trabajadores sin llenar los trámites de conciliación declaran la huelga. Aunque nuestra ley no prevé esa situación, la jurisprudencia ha establecido que el patrono afectado puede pedir al respectivo Juez que haga la calificación del movimiento (Resolución del Tribunal Superior de Trabajo de las 15 horas y 35 minutos del 13 de agosto de 1957).

### Legislación Guatemalteca

El Código de Trabajo de Guatemala contiene disposiciones muy semejantes a las de la legislación costarricense en lo que se refiere a la huelga. Sin embargo, se notan algunas diferencias, de las cuales me referiré a las más importantes. Al enunciar la definición de huelga legal el artículo 239 habla de "suspensión y abandono temporal del trabajo", en tanto que el Código de Costa Rica sólo alude al abandono. En cuanto al porcentaje de trabajadores requerido por el artículo 241 inciso c) del Código de Guatemala para declarar una huelga legal, y que es el equivalente a las dos terceras partes de las personas que trabajan en la respectiva empresa, dicho porcentaje es superior al fijado en el Código de Costa Rica. En lo tocante a la prohibición para que los trabajadores campesinos declaren una huelga en tiempo de recolección de cosechas, por considerarse ese caso comprendido en los servicios públicos, el artículo 243 inciso b) deja a salvo las empresas agrícolas o ganaderas que ocupen permanentemente quinientos o más trabajadores, lo mismo que el caso en que la falta de recolección de cosechas no deteriore los respectivos productos. El artículo 242 contiene el concepto de huelga justa expresando que es aquella cuyos motivos son imputables al patrono, calificándola de injusta cuando dichos motivos son imputables a los trabajadores.

### Legislación de El Salvador

El artículo 527 del Código de Trabajo de ese país, define la huelga en los siguientes términos: "Huelga es la suspensión colectiva del trabajo, concertada por una pluralidad de trabaja-

dores, con el propósito de obtener una finalidad determinada". Aunque el objeto de la misma no está bien precisado en ese concepto, el artículo 528 sí lo indica expresamente, a saber: La celebración o revisión de un contrato o convención colectivos de trabajo; y la defensa de los intereses profesionales comunes de los trabajadores. El acuerdo de huelga debe ser tomado en votación secreta, por lo menos del cincuenta y uno por ciento de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa o establecimiento afectado por el conflicto. En la respectiva reunión se elige también el comité de huelga, que es el negociador de la solución de la controversia. Esos acuerdos deben ser comunicados a la otra parte y al Director General de Trabajo. Estallada la huelga, el sindicato o en su caso los delegados, lo harán saber al mencionado funcionario, a efecto de que determine el número de trabajadores que permanecerán en la empresa, para la ejecución de labores cuya suspensión pueda perjudicar gravemente la reanudación de los trabajos o afectar la seguridad de las empresas o establecimiento. Si los trabajadores indicados no cumplieren su obligación, el patrono podrá despedirlos sin incurrir en responsabilidad; en este caso se designará a otros y aún podrá el patrono, con autorización del Director General de Trabajo, contratar nuevos trabajadores que sustituyan a los despedidos. Con esta salvedad está establecido el principio de que la empresa no puede celebrar nuevos contratos de trabajo durante la huelga. A partir de la notificación del acuerdo de huelga, el patrono no podrá despedir obreros, ni desmejorarlos en sus condiciones laborales, ni trasladarlos a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa, previamente calificada por el Juez. (artículo 537). Esta disposición es más amplia, en el sentido de que protege mejor a los trabajadores en conflicto, que las similares que consagran otras legislaciones del istmo.

La calificación de legalidad o ilegalidad de la huelga corresponde a los jueces laborales. Estallada la misma, cualquiera de las partes afectadas puede pedir al Juez que haga esa calificación. También puede solicitarlo el Fiscal General de la República, cuando se trate de servicios públicos. El mencionado funcionario judicial, pedirá las actas y documentos respectivos y previa cita de partes se constituirá en las empresas o establecimientos afectados por el movimiento para comprobar si la mayoría de los trabaja-

dores está holgando pacíficamente. (Artículos 546 a 550). El artículo 554 dispone que en la misma resolución en que se declare la ilegalidad de la huelga, se prevendrá a los huelguistas que dentro del plazo que el Tribunal señale, no superior a cinco días, vuelvan al desempeño de sus labores. Si no lo hacen, podrán ser despedidos sin responsabilidad patronal. En este punto la ley salvadoreña adopta una solución distinta a la consagrada por la legislación de Costa Rica la cual autoriza de plano la separación de los huelguistas una vez declarado ilegal el movimiento.

Es interesante mencionar la disposición del artículo 557 inciso b), según la cual cuando la huelga no se limitare a la suspensión pacífica del trabajo será declarada ilegal, aun revocando el pronunciamiento que en principio la hubiere calificado de legal. Por último, cabe agregar que el artículo 553 inciso a) prohíbe cuando se trate de un servicio público o esencial a la comunidad, directamente servido por el Estado o por un ente descentralizado.

#### Código de Honduras

El artículo 550 de ese Código entiende por huelga "la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa, con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites establecidos por la ley". La legislación hondureña consagra, como las demás de Centroamérica, el principio de que la huelga legal suspende los contratos de trabajo vigentes en la empresa en que se declare por todo el tiempo que ella dure. El artículo 552 dispone que durante el movimiento huelguístico el patrono no podrá celebrar nuevos contratos de trabajo, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio de la autoridad que conozca de la huelga, para evitar perjuicios a la seguridad conservación de los talleres, equipos, maquinarias o elementos básicos, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario en esas dependencias. El 553 exige, para declarar una huelga legal, agotar los procedimientos de arreglo directo, mediación, conciliación y arbitraje. En ese punto esta legislación es más rigurosa que las otras leyes centroamericanas y desde luego reduce en mayor grado las posibilidades de huelga. En lo que dice al número de trabajadores que deben apoyar el movimiento, se fija en dos terceras

partes de las personas que trabajen en la empresa, como en el Código Guatemalteco. La enumeración de servicios públicos que hace el artículo 554 es bastante similar a la que contiene las otras leyes del área centroamericana, pero cabe destacar que el inciso primero de dicho artículo califica como tales "los que se presten en cualquiera de las ramas del Poder Público", sin distinguir en cuanto a las actividades que realizan los trabajadores. El artículo 555, sin embargo, autoriza el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos, con las restricciones y previos los trámites que esa disposición legal señala. El artículo 564 impone a los trabajadores la obligación de abandonar el lugar de trabajo una vez declarada la huelga. El 568 establece que los huelguistas están obligados a mantener el número de trabajadores indispensables, a juicio del respectivo Inspector de Trabajo, para que sigan ejecutándose las labores cuya suspensión perjudique gravemente la reanudación de los trabajos o la seguridad y conservación de los talleres o negociaciones. Si los huelguistas se niegan a hacerlo, otros trabajadores prestarán esos servicios, auxiliados por la fuerza pública. La ilegalidad de una suspensión colectiva del trabajo es declarada administrativamente por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, pero contra esa providencia proceden las acciones pertinentes ante los Tribunales de Trabajo. En el mismo pronunciamiento se faculta al patrono para despedir a quienes hubieren intervenido en el movimiento ilegal.

### Código de Nicaragua

El artículo 222 define la huelga diciendo que es el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado por los trabajadores con los siguientes propósitos: 1) conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción; 2) obtener del patrono la celebración, el cumplimiento o la revisión después de concluido, de la convención o contrato colectivo de trabajo; y 3) apoyar una huelga lícita de la misma industria o actividad, que tenga por objeto alguno de los enumerados anteriormente.

Como puede observarse la definición que contiene ese texto legal sobre la huelga es semejante a la que consignan las otras

legislaciones centroamericanas; pero sí cabe destacar que el Código de Trabajo de Nicaragua la autoriza expresamente como medio de que pueden valerse los trabajadores para obtener el cumplimiento de la convención o del contrato colectivo de trabajo, solución que es contraria a la adoptada al respecto por la jurisprudencia de los tribunales de Costa Rica. También admite la huelga por solidaridad constituyendo, con la legislación panameña, las dos únicas en Centro América que la autorizan.

Conforme al artículo 225 para que una Junta de Conciliación pueda autorizar una huelga es necesario: 1) Que los propósitos sean de los comprendidos en el artículo 222; 2) Que se hayan seguido los trámites de conciliación de que se ha hecho referencia; y 3) que los huelguistas constituyan por lo menos el sesenta por ciento de los trabajadores de la empresa o negocio de que se trata. Cabe hacer notar que conforme a esta última disposición no procede una huelga que sólo afecte a una sección o departamento de determinada empresa, sino que ésta debe abarcar al total de los trabajadores que prestan servicios en dicha empresa o negocio. A los requisitos antes mencionados debe agregarse el de que el movimiento no tenga lugar en los trabajos de servicio público o en los de "interés colectivo", pues en estos casos es prohibida la huelga, y el conflicto debe someterse necesariamente a la resolución de los Tribunales de Trabajo (artículo 227), debiendo entenderse que se trata de los Tribunales de Arbitraje. En ello sigue la legislación nicaragüense la misma directriz que los Códigos de Trabajo de Costa Rica y Guatemala.

El artículo 228 expresa que se entienden por trabajos de servicio público, todos los que desempeñan los empleados del Estado y de sus Instituciones o de entes autónomos en virtud de su función pública, no considerándose como tales los que ejecutan los obreros en las actividades en que dichas entidades procedan en actos de gestión como personas jurídicas y que a su vez sean propios del lucro particular, definición esta que tiene cierta semejanza con la del artículo 369 inciso a) del Código de Trabajo de Costa Rica. Seguidamente el propio artículo 228 define en cuatro incisos los servicios de interés colectivo, enumeración bastante análoga a la contenida en los incisos b), c), d), y e) del artículo 369 del Código costarricense.

Es importante mencionar que conforme a lo establecido por el artículo 309 párrafo 4º, inciso a) del Código de Trabajo de Nicaragua, si la parte obrera no asistiere a las audiencias de negociación que la ley tiene establecidas en el período conciliatorio, no podrá autorizarse la huelga.

En armonía con las otras legislaciones de Centroamérica, se dispone que la huelga lícita suspende los contratos de trabajo vigentes en empresa o negociación de que se trate, por todo el tiempo que ella dure. El artículo 223 párrafo 2º contiene una disposición importante en el sentido de que durante la huelga podrá laborarse en aquellos trabajos cuya suspensión perjudique gravemente la reanudación de los servicios o ponga en peligro la vida de las personas o la seguridad y conservación de los talleres, a juicio de la Junta de Conciliación, la cual indicará el número de trabajadores que pueden emplearse dando preferencia a los que estuvieren en huelga, con la debida autorización de sus compañeros o representantes.

En caso de huelga legal los Tribunales ordenarán a las autoridades de policía que mantengan clausurados los establecimientos o negocios que el conflicto afecte y protejan debidamente a las personas y propiedades. Si la huelga es ilegal se dará orden a las mismas autoridades para que garanticen la continuación de los trabajos, (artículo 240). La huelga ilícita termina sin responsabilidad para el patrono con los contratos de trabajo celebrados por los huelguistas.

### Legislación Panameña

El Código de Panamá es el que, en el área centroamericana, regula con mayor amplitud la materia relativa a la huelga, la cual define en el artículo 475 como "el abandono temporal del trabajo en una o más empresas, establecimientos o negocios, acordado y ejecutado por un grupo de cinco o más trabajadores, con arreglo a las disposiciones de la ley". Conforme al artículo 476 es necesario, para que la huelga sea legal, que se reúnan los siguientes requisitos: a) que los trabajadores hayan agotado los procedimientos de conciliación; b) que constituyan la mayoría de los obreros de la empresa, negocio o establecimiento. Se permite la huelga en uno

o varios de los establecimientos de la empresa, en cuyo caso la mayoría que se requiere es la del personal del establecimiento o negocios afectados; c) que se declare con los fines previstos por la ley; ch) que se dé aviso con una anticipación no menor de cinco días a la Inspección o Dirección Regional o General de Trabajo, la cual notificará inmediatamente al patrono afectado. Cuando la huelga la promueva un sindicato de trabajadores, debe ser acordada por la Asamblea General. No se requiere declaratoria previa de legalidad del movimiento.

Es permitida la huelga en los servicios públicos, siempre que los interesados den aviso a la Dirección Regional o General de Trabajo con ocho días de anticipación y que se destinen trabajadores cuyo número debe ser del veinte al treinta por ciento del total de los que ocupe la empresa, para que no se paralicen en forma total los centros de trabajo afectados por el movimiento, (Artículos 485 a 487).

El artículo 477 prevé la huelga declarada por un sindicato gremial o industrial en una o varias empresas. En tales casos la huelga debe ser aprobada en Asamblea General por el sesenta por ciento de los miembros del sindicato.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 479, para determinar la mayoría que exige la ley no se toman en cuenta los trabajadores que ingresaron a la empresa con posterioridad a la presentación del pliego de peticiones, los trabajadores eventuales, los ocasionales y los de confianza. Como puede apreciarse, la legislación panameña consagró en cuanto a este punto, la solución dada por la jurisprudencia en varios países, entre ellos Costa Rica. Sin embargo, se admite el derecho de esos trabajadores a adherirse a la huelga.

La huelga legal debe tener alguno de los siguientes objetivos:

- 1.—Obtener del empleador mejores condiciones de trabajo;
- 2.—Obtener la celebración de una convención colectiva de trabajo;
- 3.—Exigir el cumplimiento de la convención colectiva, del arreglo directo o del laudo arbitral. En este aspecto la ley panameña se aparta de la jurisprudencia costarricense.

4.—Obtener el cumplimiento de disposiciones legales violadas en forma general y reiterada en toda o parte de la empresa, negocio o establecimiento; y,

5.—Apoyar una huelga legal. A este respecto cabe recordar que la legislación costarricense no admite la huelga por solidaridad, la cual sí acepta la ley panameña, por una sola vez y hasta por dos horas. Artículo 484 del Código de ese país.

El artículo 482 ibídem sienta el principio de que el derecho de huelga es irrenunciable, en lo cual se aparta la legislación panameña de la costarricense que permite la renuncia temporal de ese derecho.

El artículo 490 del Código comentado establece que la declaratoria de huelga debe hacerse dentro de los veinte días hábiles siguientes a la terminación de la etapa conciliatoria, pero la suspensión de labores puede iniciarse hasta tres días hábiles después de vencido aquel plazo. El 491 permite que la huelga pueda declararse por tiempo determinado o por tiempo indefinido, siempre que en este último caso se trate desde luego de una suspensión temporal y no definitiva.

Entre los efectos de la huelga legal que señala el artículo 493 se encuentra el cierre inmediato de la empresa, establecimiento o negocio afectado, en lo cual coincide con nuestra legislación.

La huelga se considera ilegal cuando no reúne los requisitos antes mencionados o cuando en el transcurso de la misma se cometan actos de violencia física en contra de personas y propiedades, acordados o ejecutados por la mayoría de los huelguistas, o con conocimiento de éstos. Expresamente declara la ley que "al decidir la petición de ilegalidad no se examinará el fondo del conflicto, ni se considerará si las peticiones, reclamaciones, reivindicaciones o protestas de los trabajadores son fundadas". Artículo 498. La declaratoria de legalidad o ilegalidad del movimiento la hace el respectivo juez de trabajo siendo su pronunciamiento apelable ante el Tribunal Superior. Artículo 508. Si se declara ilegal el movimiento, se concederá a los trabajadores, el término de veinticuatro horas para que se reintegren a su trabajo bajo apercibimiento de que sino lo hacen el empleador puede dar por terminadas

las relaciones de trabajo respectivas, salvo el caso de ausencia justificada. Artículo 507. Por último, los artículos 510 a 115 regulan lo relativo a la "huelga imputable al empleador" en cuyo caso éste queda obligado al pago de los salarios caídos de los trabajadores afectados por la huelga.

### Conclusiones:

El estudio comparativo de las diversas legislaciones de Centroamérica en lo que respecta a la materia aquí tratada, muestra una gran analogía entre ellas. Las diferencias existentes no son de gran importancia. En todo caso, sería deseable, habida cuenta de los fundamentos y finalidades del Mercado Común Centroamericano, que llegara a establecerse una uniformidad de reglas y procedimientos en las mencionadas legislaciones para la solución de los conflictos económicos-sociales y la regulación del derecho de huelga. Respecto de este último punto, no debe olvidarse que por tratarse de países subdesarrollados, que no pueden darse el lujo de permitir una incidencia de huelgas en alto grado, sin perjuicio de sus economías, las legislaciones deben orientarse en el sentido de evitarlas y en su defecto, canalizarlas de manera que ocasionen el menor perjuicio posible.

## RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO (\*\*)

Prof. GUSTAVO VIGNOCCHI

### Las fuentes legislativas

La disciplina legislativa de la relación de empleo público está hoy contenida, en forma principal, en el Texto Único N° 3 del 10 de enero de 1957 (Estatuto de los Empleados Civiles del Estado), que ha recogido y coordinado las disposiciones precedentemente en vigencia. Esta disciplina general sin embargo no cobija importantes sectores del empleo público, a los que es aplicable una normativa especial: así sucede para los magistrados, los empleados militares, los abogados del Estado, los ferrocarrileros, los empleados de correos y telégrafos.

Leyes especiales disciplinan además aspectos particulares de la relación, como las pensiones (T.U. N° 70 del 21 de febrero de 1895 y sucesivas modificaciones), las "indemnidades" de misiones y transferimiento (Ley N° 489 de 29 de junio de 1951), la cedi-bilidad, gravabilidad, embargabilidad de los sueldos y pensiones (T.U. N° 180 del 5 de enero de 1950 y sucesivas modificaciones).

Como a menudo sucede en el derecho administrativo, se está pues en presencia de un corpus legislativo formado por sucesivas estratificaciones y modificaciones, en el cual no es fácil individuar las normas aplicables en el caso concreto: la abundancia de las controversias que se presentan al Juez, ordinario y administrativo, es un claro índice de la necesidad, muchas veces auspiciada en doctrina, de una sistematización de la entera normativa.

### Las fuentes reglamentarias

El problema apenas apuntado resulta agravado por la presencia de fuentes reglamentarias junto a aquellas legislativas, en

(\*) Traducción de Mauro Murillo.

particular en cuanto se refiere a la relación de empleo con los entes públicos diversos del Estado y en particular aquellos locales también territoriales.

La ley N° 100 de 31 de enero de 1926, artículo 1° párrafo 3°, confió al Poder Ejecutivo la competencia de disciplinar mediante reglamentos (los c.d. reglamentos de organización) la relación de empleo público. Ello representó una tentativa de reforzar al Ejecutivo frente al Poder Legislativo; de cualquier modo, el poder de autorganización ha sido siempre tenido como uno de los elementos distintivos de la personalidad jurídica de derecho público. Con la entrada en vigor de la Constitución republicana, se ha dudado si la norma citada puede aún considerarse aplicable, dado el precio dictado del art. 97 de la Constitución, según el cual "las oficinas públicas son organizadas según disposiciones de ley, de modo que sean asegurados el buen andamio y la imparcialidad de la administración". Tal duda ha sido resuelta reteniéndose suficiente una predisposición legislativa de los principios generales de organización, dejando a los reglamentos una más detallada disciplina de la oficina.

### Elementos esenciales de la relación

Según la doctrina tradicional, en la relación de empleo público se dan los siguientes elementos esenciales: la naturaleza pública del ente dador de trabajo (que por lo tanto está en posición de supremacía y no de igualdad con el dependiente); la personalidad y la voluntariedad de la prestación, que debe además ser desarrollada en vía continuativa y profesional; una retribución predeterminada; en fin, la subordinación jerárquica. Entre estos elementos tiene la mayor importancia la naturaleza pública del ente dador de empleo, mientras no interesa la naturaleza económica, total o parcialmente, de la actividad del ente, o del reenvío a normas sobre el empleo privado para la disciplina de la relación.

En cuanto a la naturaleza de la relación, hoy se tiene como definitivamente aceptada la opinión según la cual trátase de un acto administrativo unilateral (y por tanto la aceptación del nombramiento juega sólo como requisito de eficacia), mientras han sido del todo abandonadas o bien circunscritas a particulares cate-

gorías de relaciones las contrarias opiniones inspiradas en la teoría del contrato de derecho público, o en aquella del acto administrativo bilateral.

### Categorías de empleados

Con base en el criterio de la estabilidad (es decir, el hecho de que el dependiente cubra un puesto de la planta orgánica del ente), es posible distinguir entre empleados "de rol" y "no de rol" ("adventicios"). Los primeros, normalmente asumidos a continuación de un concurso público (art. 97., párrafo 3°, de la Constitución); los segundos, asumidos "por llamada" (no gozan de la estabilidad) ni tienen derecho a una progresión en la carrera). Entre los adventicios es posible subdistinguir entre extraordinarios, suplentes, interinos, "diurnistas", contratistas.

Con base en el criterio de las ocupaciones, se distinguen entre empleados y asalariados. Con base en el criterio del ente o administración a que se pertenezca, se distinguen entre empleados estatales, regionales, paraestatales, de entes locales, de "obras pías", de haciendas autónomas, etc. Entre los empleados estatales, se distinguen los civiles de los militares; y, en el ámbito de los primeros, los magistrados, los enseñantes, etc., según la administración de que dependen.

### Constitución de la relación de empleo público

Los requisitos subjetivos para la admisión a los empleos están fijados por el art. 2° del T.U. N° 3 de 1957; entre ellos son de particular importancia los de la nacionalidad italiana y de la buena conducta, que deben permanecer durante todo el desenvolvimiento de la relación. Se configuran en cambio como verdaderas y propias incapacidades, que comportan la exclusión de la relación, la destitución y dispensa del empleo en otra administración pública, y la supresión del goce del electorado político activo.

En cuanto a los modos de asunción del personal, el usual es el concurso (cuya obligatoriedad está sancionada por el artículo 97 de la Const. y reiterada por el último párrafo del artículo 3° del Estatuto cit.); es posible también la llamada directa, para llenar

puestos de especial importancia, como para los nombramientos de los Directores Generales, de la mitad de los puestos vacantes de Consejero de Estado y de la Corte de Cuentas, de dos quintos de los puestos vacantes de Prefecto, etc.; en fin, es posible también el nombramiento a empleados reservados, según porcentajes prefijados, de mutilados, inválidos de guerra, etc.

Las modalidades de desarrollo del concurso tienden a garantizar la imparcialidad de la administración frente a los concurrentes: así, el procedimiento está exactamente predeterminado; el juicio está confiado a un órgano colegial; es requerido que de los trabajos de la comisión seleccionadora se levanten actas, que son luego resumidas en una relación final. Para la formación de la graduatoria es la ley misma que pone algunos criterios preferenciales a igualdad de mérito (por ej. para los condecorados con medallas al valor militar, art. 5º del Estatuto).

Los momentos salientes del procedimiento de concurso pueden ser reagrupados en tres distintas fases: en la fase preparatoria se dan la deliberación de la administración de celebrar el concurso; el pliego de condiciones ("bando"); la presentación de las solicitudes; la decisión acerca de la admisión; el nombramiento de la comisión seleccionadora. En la fase del juicio, se dan la determinación de los criterios de máxima que la comisión seguirá; el elenco de los títulos y su valoración; la ejecución y valoración de las pruebas escritas y de las, sucesivas, orales; la formación de la graduatoria; la aplicación de las preferencias y de las precedencias establecidas por la ley. En la fase conclusiva, en la cual la administración desarrolla los actos de control sobre lo actuado por la comisión, se dan la aprobación de la graduatoria; la presentación de los documentos usuales por parte de los concursantes; el decreto de nombramiento y su aceptación; el control de la Corte de Cuentas.

Cumplido el período de prueba y después de haber prestado juramento, el empleado es asumido en el rol.

### Los deberes del empleado

Entre los principales deberes del empleado (que a veces están establecidos en especiales normas, y otras veces se deducen de las sanciones disciplinarias), es necesario recordar la obligación

de residencia en el lugar en donde tiene sede la oficina (art. 12 del Estatuto); el deber de diligencia y de fidelidad (art. 13 del Estatuto); el deber de obediencia a las órdenes impartidas por el superior jerárquico (art. 16 del Estatuto); el deber de exclusividad, por el cual el empleado debe dedicar a la oficina su entera capacidad trabajadora (arts. 60-65 del Estatuto); el secreto de oficina (art. 15 del Estatuto). Frente al público "el comportamiento del empleado debe ser de modo tal de establecer completa confianza y sincera colaboración entre los ciudadanos y la administración" (artículo 13, párrafo 3º, del Estatuto); el despacho de los asuntos debe tener lugar, por norma, según el orden cronológico. En la realidad, sin embargo, el secreto de oficina y la imposibilidad para los interesados de acceder a los documentos oficiales constituyen graves rémoras para establecer aquellas relaciones de confianza y colaboración, que quedan pues en la intención de legislador: la administración queda como una casa de vidrio opaco.

### Inobservancia de los deberes y responsabilidades del empleado

A la inobservancia de los deberes se acompaña la aplicación al empleado de las sanciones disciplinarias, con las cuales pueden concurrir todas las usuales sanciones derivadas de la responsabilidad civil y penal, en el caso de que el acto sea ilícito también bajo este perfil.

Por general principio de derecho, la enunciación de las sanciones disciplinarias contenida en el art. 78 del Estatuto es taxativa; ésas son: la censura (declaración escrita y motivada, infligida por leves transgresiones: art. 79); la reducción del estipendio, en medida no inferior a un décimo y no superior a un quinto de una mensualidad, y por una duración no superior a seis meses, que es consecuencia de violaciones de deberes de una cierta gravedad, indicadas en el art. 80; la suspensión del empleo (alejamiento del servicio con privación del estipendio y por no menos de un mes ni por más de seis), art. 81; y, en fin, la destitución, que consiste en el alejamiento definitivo de la oficina, de modo que la relación cesa y eventualmente se pierde también el derecho a pensión (arts. 84-85 del Estatuto).

El procedimiento disciplinario, a través del cual se comprueban las infracciones cometidas por el empleado y se imponen



las sanciones disciplinarias, tiene un contenido altamente jurisdiccionalizado, por la introducción de garantías típicamente procesales en el desarrollo de la actividad de la administración: está en efecto prevista la obligatoria y previa contestación de los cargos en forma escrita; la concesión de adecuados términos para la defensa con el fin de que el empleado pueda presentar justificaciones por escrito; la distinción entre el órgano al cual espera instruir (el jefe de la oficina o un funcionario nombrado ad hoc), y el órgano decidente (la Comisión de disciplina); una minuciosa y precisa determinación de las modalidades para el tratamiento oral y la deliberación de la Comisión de disciplina, durante el curso de las cuales el empleado puede realizar oralmente su propia defensa y tiene por último la palabra antes de la deliberación. En fin, corresponde al Ministro con decreto motivado dar ejecución a la deliberación de la Comisión.

En cuanto a las relaciones entre procedimiento disciplinario y procedimiento penal, debe decirse que este último tiene necesaria precedencia e implica la suspensión del disciplinario; que los hechos en él comprobados no pueden ser objeto de nuevas indagaciones, sino sólo de un diverso aprecio para una mejor tutela de los intereses de la administración; que la sentencia penal de condena determina siempre el reconocimiento de la responsabilidad disciplinaria, mientras no puede decirse lo mismo respecto de aquella de absolución, bien pudiendo ser que un hecho que no tenga trascendencia penal la tenga en cambio bajo el perfil de la responsabilidad disciplinaria.

En fin, es de recordar que el alejamiento del servicio puede ser dispuesto también a fines cautelares: se tiene así una sanción del todo autónoma, la suspensión cautelar, que es obligatoria para el empleado sometido a procedimiento penal, y facultativa aún antes de que sea iniciado procedimiento disciplinario, a condición de que recurran graves motivos (art. 91 ss. del Estatuto).

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, que se tiene cuando el empleado cause un daño de naturaleza patrimonial al ente público por una acción suya u omisión culposa en violación de las obligaciones del servicio (art. 18 del Estatuto), debe decirse que ésa no se da cuando el empleado haya actuado por orden del superior que debía ser obligatoriamente ejecutada; sobre ella tiene jurisdicción la Corte de Cuentas, según el T.U. N° 1214 del 12 de

julio de 1934. Por vía de excepción al principio general establecido al art. 1223 c.c., el art. 19 párrafo 1° del Estatuto consiente a la Corte, valoradas las singulares responsabilidades, poner a cargo de los responsables aún una sola parte del daño. Una especie de la responsabilidad patrimonial está constituida por la responsabilidad "contable", que se refiere a los agentes y empleados obligados a rendir cuentas en términos fijos por el manejo de dinero o materiales del ente, y que se extiende también a los c.d. "contables" de hecho, es decir, a aquellos que sin legal autorización tienen de cualquier forma manejo de dinero o valores del ente. Su característica es que puede aún prescindir de un daño patrimonial, siendo suficiente para configurarla también la irregular llevada de los libros contables.

La responsabilidad civil del empleado frente a terceros, hoy elevada a principio de orden constitucional por el art. 28 de la Constitución, requiere que la acción u omisión que ha causado el daño injusto haya sido puesta en ser por el empleado con dolo o culpa grave (art. 23 del Estatuto). Junto a la responsabilidad civil del empleado, puede hacerse valer con acción directa también aquella de la administración: ésta sin embargo no responde de los actos dolosos del empleado. Por los daños derivados de culpa leve es en cambio responsable la administración y no el empleado.

### Los derechos del empleado

Junto a los derechos patrimoniales (derecho al estipendio, a las "indemnidades", al tratamiento del retiro), el empleado goza también de derechos no patrimoniales, como el derecho a la oficina y al ejercicio de las funciones para las cuales ha sido asumido; el derecho a la sede, consistente en la pretensión a no ser transferido sino en los casos previstos por la ley, o a obtener el mejoramiento de la sede; el derecho al título oficial y a la precedencia en las ceremonias públicas; el derecho a la progresión en la carrera, es decir, a la promoción. Hay además derechos a períodos de reposo semanal y festivo, y derecho a vacaciones (ordinarias y extraordinarias).

Aunque el legislador habla indiscriminadamente de "derechos" para calificar estas posiciones jurídicas activas del empleado, en realidad sólo algunas de ellas constituyen verdaderos y propios

derechos subjetivos (p. ej. los derechos patrimoniales), mientras otras pertenecen a la categoría de los intereses legítimos (p. ej. el derecho al ejercicio de las funciones inherentes a la condición) o de los derechos condicionados (p. ej. el derecho a la oficina). A causa de la dificultad de distinguir entre las diversas situaciones activas, se ha debido confiar a la jurisdicción exclusiva del Consejo de Estado todas las controversias relativas a la relación de empleo público de los empleados del Estado y de los entes o institutos públicos sometidos a tutela o a vigilancia de la administración central (art. 29, párrafo 1º, T.U. N° 1054 del 26 de junio de 1924).

Para las controversias de los empleados de las Municipalidades y de las Provincias, de las instituciones públicas de beneficencia y de los otros entes públicos sometidos a la tutela o a la vigilancia de la administración local, antes de competencia exclusiva de la Junta Provincial Administrativa (art. 4º T.U. N° 1058 del 26 de junio de 1924), después de la conocida declaración de inconstitucionalidad de las normas sobre la composición de este órgano local de justicia administrativa, la competencia está repartida entre el Consejo de Estado, en sede de jurisdicción general de legitimidad, y la autoridad judicial ordinaria: se plantea de nuevo así, a más de sesenta años de tiempo, el grave problema de distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, que fue la causa principal de la institución de la jurisdicción exclusiva del juicio administrativo sobre las controversias de empleo público.

### Las modificaciones y la cesación de la relación

Aparte de las modificaciones que se refieren al ente público y que a continuación del transferimiento de un servicio de un ente a otro implican también el transferimiento del personal (el cual mantiene obviamente la posición jurídica que tenía), las modificaciones más importantes son aquellas relativas al empleado. Podemos así distinguir, por un lado, la licencia, la expectativa y la disponibilidad, de las cuales deriva una suspensión de la prestación; por el otro, la sujeción al mando de otra administración y el colocamiento fuera del rol, que atienen a una prestación fuera de la propia administración.

La cesación de la relación puede tener lugar o por voluntad del empleado (dimisión) o por actos de la administración; tales

actos pueden consistir en una comprobación objetiva de hechos que implican la resolución ("decadencia"), como el alcance de los límites de edad, la condena penal, la muerte, etc.; o bien en un aprecio discrecional de las cualidades del empleado (dispensa), es decir, de su inhabilidad física, incapacidad, escaso rendimiento, etc.

### BIBLIOGRAFIA:

- BALDI-PAPINI, Il rapporto di pubblico impiego, Milán, 1935; ORLANDO, Il rapporto di pubblico impiego, en Riv. dir. pubb., 1935, I, 623; VIRGA, Il pubblico impiego, Palermo, 1957; DE TOMASO, voz "Impiego pubblico", en Enciclop. Forense, IV, Milán, 1959, 78 ss.; MORONE, voz "Impiego pubblico", en Noviss. Dig. Ital., VIII, Turín, 1962, 264 ss.; GUSTAVO VIGNOCCHI, Corso sul pubblico impiego, Lezioni alla Scuola di perfezionamento in diritto del lavoro, Università di Bologna, año académico 71-72, tomadas por el Dr. Roberto Miniero; VIGNOCCHI-GHETTI, Rapporto di pubblico impiego, voz para la Enciclopedia italiana de la editorial Hermanos Fabbri, Milán, en curso de impresión.

## LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA (\*)

PROF. GUSTAVO VIGNOCCHI

### a) Noción y características

Como a menudo sucede con las nociones de carácter general, también con aquella de "función administrativa" se está lejos aún de haber alcanzado un acuerdo acerca de su significado y contenido. En realidad, la noción misma no puede ser definida sino en relación con otros conceptos de derecho público, que varían según la forma de gobierno y el progreso de la ciencia jurídica.

Que el contenido de la función administrativa sea aquel del cuidado de los intereses públicos es un dato que se da por descontado desde el inicio, pero de ello no es lícito deducir que la función misma se identifique totalmente y se agote en ello. En efecto, también otras funciones públicas persiguen el mismo fin, lo que, como ha sido demostrado por la escuela normativista, impide poder adoptar el criterio del contenido como elemento identificador de la función. Por lo demás, no se debe olvidar que la rígida aplicación del principio de la separación de los poderes que hemos heredado de la Revolución Francesa como elemento fundamental para la democracia del Estado, comporta una inevitable descoordinación entre los poderes y las funciones, y a veces la atribución de funciones, dadas en vía normal a un determinado Poder, también a los otros. Son conocidas las discusiones que han por largo tiempo atormentado la doctrina procesal-civilista a propósito de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, y aquellas surgidas en la doctrina juspublicista a propósito de la clasificación de los reglamentos estatales en la jerarquía de las fuentes: trátase de cuestiones claramente indicativas de la descoordinación apuntada.

Dejando de considerar aquellas teorías que construían la función administrativa como actividad con carácter residual respecto

(\*) Traducción de Mauro Murillo.

a aquellas legislativas y jurisdiccionales, o que subrayan el carácter no autosuficiente (es decir, de simple ejecución respecto a las metas fundamentales), teorías todas ligadas a la concepción formal del principio de separación de los poderes, sostenemos que la definición de la función administrativa, e igualmente la identificación de sus características, debe ser conforme al derecho positivo italiano. En razón de los orígenes jurisprudenciales propios del derecho administrativo, ello significa que a la noción de función administrativa se puede llegar en primer lugar a través de la definición que el legislador da del acto administrativo.

El artículo 26 del Texto Unico del Consejo de Estado (Real Decreto N° 2054 del 26 de junio de 1924) hace referencia, para sujetarlos a la competencia del juez administrativo, a los "actos o proveimientos de una autoridad administrativa o de un cuerpo administrativo deliberante". Por el contrario, el sucesivo artículo 31 sustrae de la competencia del juez administrativo los "actos o proveimientos emanados del Gobierno en el ejercicio del poder político". De ambas normas se deduce, sin deber con ello descender a una minuciosa interpretación, que la actividad administrativa (y por consiguiente la función) consiste de dos elementos, uno subjetivo, la proveniencia del acto de un sujeto de la administración pública, otro objetivo, estar el acto emanado en el ejercicio de un poder administrativo y no de otra especie. Por esta vía se llega a definir la función administrativa, aunque si tal definición permanece en un nivel de primera aproximación. Por lo demás, no puede ser diversamente, porque ella se compone en realidad de un conjunto de funciones, en razón de la variedad de los sujetos (administraciones del Estado, otros entes territoriales e institucionales, organismos pertenecientes a otros poderes que también ejercen funciones administrativas, etc.) que ponen en ser las muchas actividades con las cuales el Estado moderno provee a las múltiples instancias que le provienen de la colectividad.

#### b) Funciones de administración activa, de control y consultiva

Según una distinción tradicional, y aún válida desde el punto de vista didáctico y por su elasticidad, es posible hacer una tripartición entre funciones de administración activa, de control y consultiva.

La administración activa consiste en la actividad de carácter práctico, mediante la cual el Estado provee, en modo inmediato, al cuidado de los intereses públicos que ha asumido en sus propios fines. En tal actividad, a diferencia de la legislativa y jurisdiccional, que se concluyen con la emanación de particulares preceptos o decisiones, se tiene por consiguiente también un elemento material, operativo directa y concretamente de efectos en la realidad externa (y este elemento es puesto en ser directamente por el Estado-persona).

La función de control es construida, por la doctrina tradicional, como un fenómeno típico de una organización administrativa a dos niveles, cual es la del Estado centralizado: a través de ella el ente de gobierno, que al mismo tiempo es ente de administración, provee al reexamen, de la legitimidad y/o del mérito, de los actos puestos en ser por sus propios órganos o por los sujetos que lo ayudan en su acción. Con ello se persigue un doble fin, asegurar, por un lado, el respeto al orientamiento administrativo (y político) del ente primario, y, por otra parte, coordinar la acción administrativa en el plano vertical de la organización. Ni siquiera es extraño a esta función el aspecto garantizador propio de la idea liberal pura (y en efecto se tiende a poner el órgano de control en posición de tercero respecto al órgano o ente controlado), ni el aspecto técnico, consecuente en cambio con las exigencias propias de un sistema burocrático basado en la jerarquía. La introducción en el ordenamiento de nuevos entes regionales comporta una mutación de esta problemática, o mejor, su revisión. En efecto, en la realidad el sistema de los controles ha aparecido inadecuado a la necesidad, de frente a la continua expansión del actividad pública en los sectores sociales y económicos, y ha constituido y constituye un no leve obstáculo a la agilidad de la acción administrativa. El control del ente mayor (Estado-Región, o bien Región-Comuna, Provincia y otros entes locales) viene a asumir características propias, de relación nueva entre entes políticos, aunque de diversa posición; es de legalidad y sólo excepcionalmente de mérito (artículos 125 y 130 de la Constitución); tiende a revisar la correspondencia del acto al orientamiento general o a la directriz, antes que a acertar su correspondencia con una norma rigidamente predeterminada en sus elementos a la cual la autoridad controlada deba simplemente adecuarse.

Desde un diverso perfil, el control del ente político sobre los actos de los entes instrumentales, y en particular de aquellos que operan en el campo económico, tiende a abandonar el esquema clásico del re-examen de un acto ya perfecto y lo sustituye con los controles preventivos sobre las personas llamadas a dirigir el ente, y sobre la actividad globalmente considerada, como resultado de la gestión. El órgano de control esta aún en posición de tercero respecto al sujeto u órgano controlado, pero la idea garantizadora parece estar superada por las ideas tecnicísticas, que se reflejan en los particulares conocimientos solicitados al órgano de control y a sus miembros. 367

La actividad consultiva, que se concreta en la emisión de dictámenes (facultativos, obligatorios, vinculantes), ha seguido un desarrollo en parte análogo. Según la doctrina tradicional, el actuar era propio del órgano individual, el decidir del colegiado. También aquí encontramos, si bien con un distinto matiz, la idea garantizadora, en el sentido de que la presencia de varios individuos consiente una mejor ponderación de los intereses públicos y privados en juego y, por consiguiente, un cierto grado de imparcialidad. Por otra parte, el sistema organizativo del Estado anterior a las regiones respondía a una concepción burocrática piramidal, y para cada administración del Estado había órganos consultivos internos (Consejo de Administración y Consejo Superior del Ministerio), aparte de órganos de asesoría general (como el Consejo de Estado). Ello explica por qué el artículo 3º, párrafo 1º, de la Ley de abolición del contencioso-administrativo (Ley Nº 2248 del 20 de marzo de 1865, Apéndice E), requiere, para la definición de los asuntos contenciosos, donde no se hiciere cuestión de derechos subjetivos, el "previo parecer de los consejos administrativos che, para los diversos casos, sean establecidos por la ley"; por lo demás, la actividad consultiva se da constantemente también en los procedimientos administrativos no contenciosos, en los cuales aporta una valoración de orden técnico-jurídico de extrema importancia para los órganos de administración activa.

En el Estado regional la perspectiva sufre algunas variaciones: para las funciones que quedan a la administración estatal el cuadro queda invariable, aunque la disminución cuantitativa de los negocios debería producir una mayor expeditéz de la consulta; por el contrario, en el ámbito regional la actividad consultiva pierde

valor en gran medida. En efecto, los estatutos regionales, generalmente inspirados en modernos criterios de responsabilidad de los funcionarios, ignoran toda forma de actividades (y de órganos) de ejercicio de la función consultiva, que acabarían por transformarse en un modo de descargo de las responsabilidades para el funcionario. Resulta además superado, a través de la general introducción de sistemas de participación mediata o directa en la función administrativa de parte de los ciudadanos, también aquella forma de órganos consultivos en los cuales se tendía a dar una representación de intereses de las categorías destinatarias del proveimiento emanado.

En este cambiar de los institutos de control y de la actividad consultiva, de los cuales no es posible hoy preveer su desarrollo, quedan de todos modos inmodificadas las tradicionales distinciones dentro de los actos emanados en el ejercicio de las funciones en examen.

367 Así, dentro de la actividad de control es posible distinguir, en relación a la fase de incidencia, entre actos de control preventivo (que preceden la perfección del acto y, por consiguiente, se desarrollan sobre un proyecto de acto), sucesivos (que tienen lugar sobre un acto ya perfecto pero no aún eficaz), represivos, que pueden concluirse con la anulación ex tunc del acto, y controles sustitutivos, con los cuales el órgano de control se sustituye a aquel activo a causa de su inercia. En relación con los sujetos pasivos se tienen controles sobre las personas y controles sobre las actividades, globalmente considerados o por actos singulares. Con respecto al criterio en base al cual el control se ejercita, se distinguen después los controles de legalidad (donde se da el examen del acto respecto a una norma jurídica) y aquellos de mérito (donde el examen tiene lugar respecto a normas no jurídicas de oportunidad y de buena administración).

En cuanto a la actividad consultiva, se distingue, en razón de la eficacia atribuida al dictamen respecto a la deliberación, entre dictámenes vinculantes (a los cuales la autoridad requirente debe ajustarse) y no vinculantes (de los cuales en cambio es posible separarse); y, en razón de la relación entre autoridad activa y autoridad consultiva, entre dictámenes obligatorios (es decir, que la ley requiere como condición de validez del procedimiento) y facultativos (que el órgano activo puede requerir a su propia

iniciativa). Por lo general el dictamen obligatorio es también vinculante, mientras el facultativo nunca lo es.

### c) Aspectos y principios generales de administración

Pasando a examinar el ordenamiento administrativo, entendido como complejo de las normas que disciplinan la organización y la actividad de los sujetos de la administración pública, debe decirse que, a nivel constitucional, son individuales algunos principios que rigen la actividad administrativa generalmente considerada; tales principios, hoy elevados al rango constitucional, eran de todos modos ya conocidos en nuestro ordenamiento, como fruto de la obra de los jueces más que del legislador.

El artículo 97 de la Constitución sanciona en su primer párrafo los tres principios fundamentales de la actividad administrativa, entre ellos relacionados, de la imparcialidad, de la legalidad y de la eficiencia.

El principio de legalidad, en su acepción más restringida, significa que todo momento de la acción administrativa está sujeto a disposiciones de ley, por lo tanto regulan, de modo puntual, toda fase del procedimiento, naturalmente, semejante concepción se relaciona con aquella del poder administrativo como poder ejecutivo, y en ello encuentra su mayor límite. En el momento actual, en el cual la actividad autoritativa disminuye respecto a aquella de derecho común, el principio en cuestión ha asumido un diverso significado: la concepción rígida, aunque en cierto modo suavizada por la paralela noción del poder discrecional, permanece aún válida en los proveimientos "ablatorios" y autorizadores, así como para las partes autoritativas de aquellos de concesión; para todos los otros proveimientos el principio mismo se ha convertido, como ha notado M. S. GIANNINI, en una regla del límite del actividad administrativa, de regla del contenido que era; es decir, se da en la dialéctica de la autoridad y de la libertad. El ordenamiento regional está destinado también en este caso a acentuar esta tendencia: en él en efecto está generalizada la afirmación de la programación como método de la acción administrativa regional, y, por consiguiente, al momento autoritativo se sustituye aquel del acuerdo; la disciplina del actividad, después de determinados los orientamientos generales, debe necesariamente ser elástica para

adecuarse al cambiar de los hechos concretos; con ello el principio de legalidad parece reasumir las vestes de aquel principio de subordinación del Estado al derecho y retornar así a los orígenes, mientras se despoja de su significado más restringido.

El principio de imparcialidad afirmado por el artículo 97 de la Constitución constituye aplicación en el ordenamiento administrativo del principio constitucional de igualdad, previsto en el artículo 3º, párrafo primero, de la misma Constitución. Es verdad que la norma del artículo 97 está dictada a propósito de la organización de las oficinas públicas y, por consiguiente, está dirigida en primer lugar al legislador y luego a la administración en tanto desarrolle actividad de organización (GIANNINI), por lo que el principio en cuestión no puede ser extendido más allá del campo que le es propio; pero es igualmente cierto que, en relación a cuanto dispuesto por el artículo 3º, párrafo primero, también la actividad de la administración debe informarse al criterio de la igualdad de tratamiento frente a terceros. Es verdad, sin embargo, que en el caso en que en la secuencia de los procedimientos el poder de decisión espere a la misma autoridad a la cual el acto es imputado, y que sea directamente interesada, la administración se viene a encontrar en la posición de parte, y el principio de imparcialidad asume entonces más que nada la veste del límite, externo al procedimiento, de la recepción de los intereses secundarios privados respecto a aquellos públicos y, al mismo tiempo, de criterio de comportamiento de la administración frente a los intereses de terceros.

El principio de eficiencia, que en el artículo 97 de la Constitución coincide, al menos en parte, con el buen andamiento, representa un necesario corolario de los otros dos criterios. La agilidad de la acción administrativa encuentra en efecto su base en modelos organizativos inspirados en el buen andamiento, del cual viene a constituir la proyección en el plano de las actividades. Por otra parte, no puede haber legalidad e imparcialidad en un procedimiento estructurado en modo de desesperar a los interesados con la lentitud de los procedimientos.

La eficiencia de la actividad administrativa se mide en la escogencia de los instrumentos del operar concreto, en su correspondencia a los fines que la administración se perfija.

También sobre estos principios el ordenamiento regional hace sentir su influencia, con notables oscilaciones a favor de una ampliación del principio de eficiencia respecto a los otros dos, que se dan ya por adquiridos. En la parte dedicada a las normas fundamentales, todos los estatutos ordinarios hacen referencia a estos criterios; queda por ver cuáles formas concretas el legislador sabrá dar a estas enunciaciones.

d) **Las garantías procedimentales (justo procedimiento, motivación, contradictorio, participación).**

Siempre a nivel de actividad administrativa, débense luego considerar las garantías procedimentales del justo procedimiento, de la motivación de los actos, del contradictorio y de la participación.

Conducir un discurso general sobre estos principios, al menos en cuanto respecta al ordenamiento estatal, no es posible, dado que en Italia falta una disciplina general del procedimiento; en estas condiciones, los cuatro principios enunciados encuentran una aplicación de especie; ni siquiera la jurisprudencia (como por ejemplo ha sucedido en Francia) ha tratado de construir una teoría homogénea.

El principio del **justo procedimiento** parece constituir un eco de la bien diversa experiencia anglosajona del due process of law, y su introducción en nuestro ordenamiento es aún muy discutida. Con las decisiones N° 4 y N° 52 de 1958, la Corte Constitucional ha primero puesto en luz la función garantizadora de los derechos de los ciudadanos que las formas procedimentales desarrollan sobre el plano sustancial, y, luego, con las decisiones N° 13 de 1962, ha afirmado la existencia de un principio general del justo procedimiento, que sería deducible de aquél fundamental de la legalidad de la acción administrativa, entendido no como imposición de límites a la acción administrativa, sino desde el punto de vista de los límites a la ley. En otros términos, sería deducible implícitamente combinando lo dispuesto por los artículos 3° y 97 de la Constitución; pero, si así fuese, debería retenerse dotado de valor formalmente constitucional y no ya, como quiere la Corte, como principio del ordenamiento; a ello agréguese lo problemático que

resulta deducir del artículo 97 un coligamiento entre imparcialidad de la función administrativa y buen andamiento. Se explica en tal modo como el principio en examen es susceptible de aplicación sobre todo bajo el diverso perfil de garantía sustancial de los ciudadanos a través de la imposición de formas procedimentales predefinidas; por esta línea se han orientado todos los estatutos regionales, los cuales, si bien con diferencias de especie, dejan a una ley regional la disciplina del procedimiento administrativo, a la que se remiten para la actuación de éste y de los otros principios en examen.

También respecto de la **motivación** en el ordenamiento estatal no existe un principio general, y es lícito dudar que pueda establecerse, dada la extrema variedad de los actos administrativos. Sin embargo, la jurisprudencia ha sentado algunos principios, como aquel por el cual la obligación de motivos es más fuerte en los actos vinculantes, atenuándose respecto de los discrecionales. La jurisprudencia ha querido sobre todo afirmar que en la función administrativa no se da una obligación de motivación igual a aquella que caracteriza los procedimientos jurisdiccionales; este particular ángulo de aproximación explica cómo la construcción de la obligación de motivación haya sido elaborada por la jurisprudencia en forma negativa, y haya estado conducida prevalentemente bajo el análisis del caso de especie, sin buscar una construcción teórica general. Por otra parte, la variedad de los proveimientos obliga a un examen necesariamente caso por caso de la observación de la obligación en cuestión, según la fórmula también jurisprudencial de la suficiencia de la motivación. Es éste, en efecto, el otro principio fijado por la jurisprudencia administrativa, y también éste está construido en forma negativa, como insuficiencia de la motivación y consiguiente ilegitimidad del acto.

Quedan en fin por considerar otras dos garantías procedimentales, del contradictorio y de la participación; la primera indica la posición de los destinatarios directos del acto, es decir, de aquellos que ven derechos o intereses propios inmediatamente implicados en el acto; la segunda hace en cambio referencia a cuantos del acto no derivan inmediatamente, sino sólo en vía directa y no actual, una posición de ventaja o desventaja.

En el sistema pre-regional, **contradictorio y participación** en el procedimiento administrativo se daban en diversas situaciones

normativas; de modo muy general, puede decirse que el contradictorio estaba presente en numerosos procedimientos de carácter sancionador (como por ejemplo en aquel disciplinario y en aquellos que se concluían con la revocación de una concesión o autorización), mientras la participación encontraba gran espacio en los procedimientos de formación de los actos de planos y de programas (planos reguladores urbanísticos, etc.). Ambas formas procedimentales respondían, según la jurisprudencia, a un prevalente criterio de colaboración de los particulares interesados con la administración, mientras el lado garantizador era subvalorado o de toda suerte escasamente considerado. En los estatutos regionales la situación no presenta mutaciones de importancia; sólo en algunas regiones se ha afirmado en vía general el principio del contradictorio, mientras el de participación encuentra una general aplicación, si bien en la forma mediata, de participación a través de formaciones sociales. Naturalmente, de la afirmación necesariamente genérica de los estatutos no es posible deducir otros elementos para afirmar que ambos principios hayan sufrido una evolución, también a causa de la coexistencia del ordenamiento regional con aquel estatal.

Lo que se puede afirmar es que el principio del contradictorio en el procedimiento administrativo no goza de la tutela del artículo 24 de la Constitución, que vale únicamente para los procedimientos jurisdiccionales.

e) **Los principios de organización (jerarquía, descentralización, autonomía, autogobierno).**

Pasando a considerar la organización del Estado-ente y los principios a los cuales esa se informa, se debe hacer notar que nuestro ordenamiento responde, aún, a principios y estructuras de **jerarquía**. En otras palabras, la coordinación y la unificación de la acción pública son asegurados, en el plano de la organización, a través de la subordinación de los órganos inferiores a aquellos superiores; ello en cuanto respecta a los órganos con trascendencia externa y que dependen del mismo Ministerio. También para los órganos internos existe una jerarquía, pero esa debe ser entendida como subordinación de las oficinas auxiliares al jefe mismo de la oficina, y, por consiguiente, no tiene jamás trascendencia externa. La autoridad jerárquicamente superior tiene particulares poderes

respecto de los órganos inferiores; puede regularles y dirigirles la actividad, resolver los conflictos de competencia que surjan entre ellos, decidir recursos administrativos interpuestos contra sus actos, proceder a la anulación, de oficio o por recurso, de los mismos, puede además sustituirse al inferior y tiene también facultad de delegación y de evocación en los casos previstos por la ley.

Un segundo principio de organización, sancionado por el artículo 5º de la Constitución, es el de **descentralización**, la que puede ser jerárquica o burocrática (atribución de poderes de órganos centrales a órganos no centrales del Estado-ente), o autárquica o institucional (atribución de poderes del Estado a los entes locales, territoriales o no). En el primer tipo de descentralización la oficina central permanece titular de un poder de dirección respecto a la oficina local, en la cual se concentran los poderes de administración activa y las consiguientes responsabilidades. La Ley Nº 150 del 11 de marzo de 1953 quiso actuar, a través de la delegación al gobierno, una forma de descentralización, que, a través de la emanación de dieciséis decretos legislativos, ha tenido en gran parte naturaleza de descentralización jerárquica o burocrática, y en medida menor, de descentralización autárquica, a favor de provincias, comunas, cámaras de comercio, consorcios, entes provinciales de turismo, aunque sin alcanzar los fines entonces queridos.

Con la institución de las regiones con estatuto ordinario se ha dado inicio a un más vasto programa de descentralización autárquica; para que el mismo alcance su conclusión es necesario que el cuadro constitucional sea actuado completamente, es decir, que de un lado las regiones provean mediante la delegación (artículo 118, párrafo último de la Constitución) a conferir a los entes locales, in primis las comunas y las provincias, al ejercicio de las funciones administrativas regionales; por otra parte, que el Estado (artículo 118, párrafo primero de la Constitución), atribuya, con propias leyes, a los entes locales, las funciones administrativas de interés exclusivamente local. En el ámbito de este general reordenamiento territorial de las funciones administrativas se realizará aquel principio de buen andamiento de la organización administrativa, que constituye uno de los pilares del ordenamiento italiano y sobre el cual nos hemos precedentemente detenido.

Otros principios organizadores son luego aquellos de la autonomía, de la autarquía y del autogobierno. Trátase de nociones



relacionadas entre ellas, que representan características que, en número de una o más, pueden encontrarse en el mismo ente público.

Como es sabido, la persona jurídica pública está, por lo demás, caracterizada por el hecho de que sus fines coinciden con algunos de los fines del Estado. En el ente autárquico tal coincidencia se realiza ante todo a través del principio de autarquía, en relación con los medios con los cuales el ente puede perseguir tales fines, y con los actos que el ente puede emanar con eficacia análoga a aquella de los actos puestos en ser por el Estado en el ejercicio de la función administrativa.

La **autonomía** consiste en cambio en la capacidad reconocida al ente de constituir, en todo o en parte, su propio ordenamiento, mediante normas jurídicas que tienen a veces el valor de ley formal (por ejemplo, para las leyes regionales), o bien aquel de ley en sentido material (piénsese en los reglamentos de organización de los entes públicos).

Así como la amplitud de la autonomía puede ser variable, diversos pueden ser los actos que de ella constituyen externación: se va desde los estatutos hasta los reglamentos, y a veces otros tipos de actos bilaterales o plurilaterales (por ejemplo, acuerdos entre comunas y otros entes territoriales o institucionales para la constitución de consorcios, etc.).

La atribución de la autonomía a un ente tiene lugar solo mediante un acto legislativo, por lo que esa puede ser abolida o reducida únicamente por un acto que tenga idéntica fuerza o valor. Comúnmente las normas emanadas con base en la autonomía tienen carácter de fuentes primarias, en tanto regulan materias expresamente dejadas sin definición por las leyes y por los reglamentos estatales; a veces la misma ley atributiva puede consentir también a la norma autónoma derogar las normas de la ley misma, que tiene así solo valor dispositivo.

Mientras la autarquía presupone la personalidad jurídica del sujeto que es su titular, el **autogobierno** prescinde de ello; éste consiste en la capacidad reconocida por el ordenamiento de que un grupo social se administre por medio de algunos de los propios componentes, y es así significativo de la independencia del grupo mismo respecto a la autoridad central. En vista de ello, pueden coexistir en el mismo ente el autogobierno y la autarquía (lo que

sucede con las comunas y provincias), pero nada impide que dichos caracteres puedan darse separados.

#### f) Los órganos administrativos

Como toda persona jurídica, también la de derecho público puede actuar solamente a través de sus propios órganos. Este vocablo es usualmente empleado tanto para individuar las oficinas como las personas que del ente dependen y que en concreto actúan.

En el primer sentido, el órgano-oficina resulta de un complejo de elementos personales y materiales, entre ellos ordenados y dirigidos al fin del ente; ellos constituyen una institución con los caracteres de la continuidad, necesidad y homogeneidad, privada aún de personalidad jurídica, aunque si al interno del ente los órganos pueden estar dotados de una propia subjetividad interna que les permita su individuación, respecto a otros complejos del ente mismo. Se dan, sin embargo, también casos, excepcionalmente. (\*)

A la clasificación de los órganos puede procederse con base en diversos criterios; así, en relación con su posición y estructura, se tienen órganos constitucionales (que tienen trascendencia esencial y determinante en el ordenamiento del cual forman parte), y órganos no constitucionales; órganos individuales (formados por una sola persona) y órganos colegiados (constituidos por varias personas que, en posición de igualdad, actúan simultáneamente); órganos simples y complejos (es decir, resultantes de varias unidades orgánicas, como por ejemplo los ministerios); órganos representativos (compuestos de personas escogidas por la colectividad a través de sistemas variables electorales o de designación y no representativos).

Con base en sus atribuciones, se distinguen los órganos externos (a los que espera manifestar al externo la voluntad del ente) y órganos internos; entre los externos es posible ulteriormente distinguir aquellos primarios, que tienen su propia competencia, de los secundarios o vicarios, a los que espera ejercer en todo o en parte las funciones de otros órganos sólo en caso de impedimento de éstos; órganos activos, consultivos y de control,

(\*) De órganos provistos de personalidad jurídica, aunque con fines prevalentemente instrumentales.

según la función administrativa a ellos confiada; órganos centrales y locales, según la extensión territorial en la que son llamados a operar.

De norma toda persona jurídica tiene varios órganos, entre los cuales está dividida la actividad, sea para fines de buena administración y de oportunidad que por la garantía de los intereses de terceros; las normas que determinan tal distribución tienen carácter jurídico y obligatorio y determinan la competencia del órgano. Obviamente, tal noción es aplicable sólo a los órganos externos, mientras que para aquellos internos es posible hablar sólo de atribución. La competencia administrativa es en general taxativa e inderogable, y puede referirse a la materia, la función, el grado o el territorio.

En cuanto a la relación que liga los sujetos que forman las oficinas con el ente, la generalidad de la doctrina italiana parece hoy día aceptar la teoría de la relación orgánica, la que postula su diferenciación de la noción de representación en sentido estricto privado.

En la relación orgánica no hay, en efecto, la presencia de sujetos separados y distintos. El órgano se identifica con el ente al cual pertenece, y la personalidad del sujeto que lo forma no es relevante; único sujeto de derecho es el ente, y los actos realizados por el funcionario son inmediatamente referidos al mismo.

El sujeto o los sujetos que forman el órgano se encuentran normalmente en relación de servicio con el ente, en el sentido de que prestan su obra bajo la dependencia del ente.

Conforme al artículo 97, párrafo 3º, de la Constitución, la relación se constituye por principio solamente a continuación de un concurso, salvo los casos de excepción establecidos por ley; pero la norma ha sufrido numerosas derogaciones, y los estatutos regionales dan la posibilidad de constituir en determinadas circunstancias relaciones de servicio por el trámite de la asunción directa, con el fin de garantizar a la administración un personal particularmente cualificado. Por otra parte, la asunción por medio de procedimientos de concurso público está dirigida a garantizar la asunción de los mejores y de los más preparados, eliminando toda posible influencia externa y extraña a valoraciones de capacidad.

La relación se constituye sólo con un acto formal de nombramiento, y, una vez constituida, lo es por tiempo indeterminado.

La relación de empleo público está ordenada según el sistema de las carreras, a las que se accede, una vez asumidos, sólo por promociones internas, en las que son consideradas las aptitudes, los títulos y la antigüedad adquirida, también a través de especiales concursos internos. Los estatutos regionales han querido poner coto a un cierto automatismo, ligado a los principios de promoción antes descritos y a malentendidas acentuaciones en sentido burocrático del derecho a la oficina y a la carrera, estableciendo como principio que el personal regional sea constituido en un solo rol y que el pasaje de carrera tenga lugar por concursos externos; a ello han agregado un tentativo de responsabilizar el funcionario, desarrollando principios constitucionales que en el ordenamiento estatal no habían encontrado aplicación o habían estado notablemente atenuados (por ejemplo sobre la base del artículo 28 de la Constitución).

En fin, es necesario resaltar cómo un órgano puede estar formado por sujetos que con el ente no tienen alguna relación de empleo; existe, es decir, la figura del funcionario honorario, que responde usualmente a la necesidad de formar el órgano con personas escogidas mediante especiales sistemas de elección o designación, en atención a la naturaleza particularmente representativa del órgano mismo.



El objeto o los sujetos que forman el cargo se encuentran normalmente en relación de servicio con el ente, es el sentido que prevalece en el caso de la ley.

Conforme al artículo 97, párrafo 2º de la Constitución, la relación de servicio por principio solamente se establece en favor de los funcionarios públicos y no de los particulares, salvo en casos de excepción establecidos por la ley y sancionados por el Poder Judicial. En consecuencia, la ley debe garantizar el derecho de acceso al empleo público por medio de un concurso de mérito y capacidad, y de un sistema de promoción interna, en las que son consideradas las aptitudes físicas y la experiencia adquirida, según se especifica en el artículo 97 de la Constitución. Los estatutos orgánicos de las entidades públicas deben estar basados en los principios de promoción interna, descentralización y participación en el sentido de la ley, y en la medida de lo posible, en el principio de igualdad de oportunidades para todos los funcionarios, y en el punto de vista de la equidad de los recursos humanos, en el sentido de la equidad de los recursos humanos.

En consecuencia, el artículo 97 de la Constitución establece que el personal que presta servicios en las entidades públicas debe ser seleccionado por un concurso de mérito y capacidad, y de un sistema de promoción interna, en las que son consideradas las aptitudes físicas y la experiencia adquirida, según se especifica en el artículo 97 de la Constitución. Los estatutos orgánicos de las entidades públicas deben estar basados en los principios de promoción interna, descentralización y participación en el sentido de la ley, y en la medida de lo posible, en el principio de igualdad de oportunidades para todos los funcionarios, y en el punto de vista de la equidad de los recursos humanos, en el sentido de la equidad de los recursos humanos.

El sujeto o los sujetos que forman el cargo se encuentran normalmente en relación de servicio con el ente, es el sentido que prevalece en el caso de la ley.

Conforme al artículo 97, párrafo 2º de la Constitución, la relación de servicio por principio solamente se establece en favor de los funcionarios públicos y no de los particulares, salvo en casos de excepción establecidos por la ley y sancionados por el Poder Judicial. En consecuencia, la ley debe garantizar el derecho de acceso al empleo público por medio de un concurso de mérito y capacidad, y de un sistema de promoción interna, en las que son consideradas las aptitudes físicas y la experiencia adquirida, según se especifica en el artículo 97 de la Constitución. Los estatutos orgánicos de las entidades públicas deben estar basados en los principios de promoción interna, descentralización y participación en el sentido de la ley, y en la medida de lo posible, en el principio de igualdad de oportunidades para todos los funcionarios, y en el punto de vista de la equidad de los recursos humanos, en el sentido de la equidad de los recursos humanos.

La relación de servicio debe ser un acto formal de nombramiento, y, una vez establecido, lo es por el cargo que desempeña el funcionario.