

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**REVISTA JUDICIAL**

Año IV - No. 16 - Junio, 1980

Publicación trimestral

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas  
Revista Judicial  
Corte Suprema de Justicia.  
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:  
Biblioteca Judicial  
Corte Suprema de Justicia.  
San José, Costa Rica.

## S U M A R I O

|   |     |
|---|-----|
| Presentación. . . . .   | 5   |
| <b>Sección I. Estudios:</b>   |     |
| El agente provocador. . . . .<br>Dr. Francisco Castillo González.   | 9   |
| La Ley de Administración Pública de Costa Rica y el principio de legalidad. . . . .<br>Dr. Jorge E. Romero Pérez.   | 17  |
| El Derecho Procesal Agrario como instrumento de seguridad jurídica y social en el agro. Su<br>situación en Costa Rica. . . . .<br>Dr. Olman Arguedas.         | 25  |
| La doctrina procesal agraria. . . . .<br>Dr. Ricardo Zeledón.   | 39  |
| Fundamentos e implicaciones constitucionales del nuevo régimen minero. . . . .<br>Dr. Rubén Hernández Valle.  | 53  |
| El procedimiento denominado de "Citación Directa". . . . .<br>Dr. Mario Houed Vega.   | 63  |
| El Derecho del Trabajo y los regímenes estatutarios, en especial la Ley General de Adminis-<br>tración Pública. . . . .<br>Dr. Luis Guillermo Herrera Castro. | 73  |
| Apuntes sobre el desistimiento en el proceso civil. . . . .<br>Lic. Diego Baudrit Carrillo.   | 83  |
| Historia del procedimiento penal en Costa Rica. . . . .<br>Lic. Berny A. Arias Hidalgo.   | 93  |
| Derecho Público - Derecho Privado. . . . .<br>Dr. Víctor Pérez Vargas.  | 103 |
| <b>Sección II. Reseña legislativa extranjera:</b>   |     |
| La Ley Orgánica del ambiente de Venezuela. . . . .<br>Dr. Rodrigo Barahona Israel.  | 113 |
| <b>Sección III. Reseña bibliográfica:</b>   |     |
| Derecho Agrario. . . . .<br>Prof. Antonio Carrozza.   | 115 |
| <b>Sección IV. Información normativa.</b> . . . . .   |     |
| Licda. Marcelina Zeledón Castillo.  | 119 |
| <b>Sección V. Pronunciamientos especialmente relevantes.</b> . . . . .  |     |
| Licda. Marina Ramírez Altamirano.   | 123 |
| <b>Sección VI. Jurisprudencia.</b> . . . . .  |     |
| Digesto.  | 127 |

## EL AGENTE PROVOCADOR

*Dr. Francisco Castillo González.  
 Profesor de Derecho Penal.  
 Universidad de Costa Rica.*

1. Por agente provocador se entiende, en sentido amplio, el participante en el hecho delictuoso cuya finalidad es, no la consumación del delito en cuanto tal, sino llevar a su autor a proceso y someterlo a pena. Tal tipo de participante puede encontrarse tanto en el concurso facultativo como en la participación necesaria.

Nosotros partimos, en el presente trabajo, de un concepto restringido de agente provocador: éste es el cómplice o instigador que, asumiendo el papel de participante en el concurso facultativo, no quiere ni acepta (si se produce) la consumación

del delito (1). Para analizar el problema nos basamos en la teoría de la causación ("Verursachungstheorie"), según la cual cómplice e instigador actúan culpablemente y son punibles por apoyar al autor o por hacer nacer en éste la resolución de realizar una acción típica y antijurídica (2). No lesionan, por tanto, la norma contenida en el tipo penal sino que concurren a lesionar, a través del apoyo al autor o la influencia psíquica sobre éste, la norma contenida en el tipo penal, que el autor lesiona (3).

El problema del agente provocador es, desde

(1) El concepto de agente provocador no es algo inmutablemente establecido. Nuestra definición difiere de la que es tradicional en autores italianos, franceses y españoles. En la doctrina latina pueden distinguirse sobre la figura dos claras tendencias: a) Unos creen que lo que caracteriza al agente provocador es no estar interesado en la consumación del delito como tal, sino en que el delito se intente o se consuma para que resulte daño al instigado o ayudado (así, CARRARA, Parag. 1594; MAGGIORE, I, pág. 142; CUELLO CALON, I, pág. 609). b) Otros piensan que lo específico del agente provocador es perseguir, como fin o motivo, que el instigado o ayudado sea descubierto por la autoridad, sometido a proceso y condenado (así, JIMENEZ DE ASUA, pág. 508; MANZINI, II, pág. 503; MALINVERNI, pág. 396; DELL'ANDRO, pág. 865; NEPPI-MODONA, pág. 223). Común a ambas corrientes es definir la figura a través del fin o motivo de la actuación del agente provocador; la primera, en la forma general de dañar al instigado o ayudado; la segunda, mediante el fin específico de llevarlo a proceso y someterlo a pena.

(2) Así, JESCHECK, pág. 558; BAUMANN, págs. 577 y 592.

(3) JESCHECK, pág. 558.

esta perspectiva, un problema de culpabilidad (4), que afecta únicamente al cómplice y al instigador (5).

2. El problema del agente provocador debe plantearse en los siguientes términos: ¿Es punible el policía que instiga a A, de quien se sospecha que es un delincuente habitual, a cometer un determinado delito, —por ejemplo, un hurto—, con la intención de sorprenderlo o de que sea sorprendido por otros policías en el momento en que intenta consumir el delito, pero antes de lograr su consumación?

Dos posiciones se enfrentan en doctrina sobre el punto de saber si el policía del ejemplo es punible o impune. Dentro de cada una de estas posiciones hay diferentes corrientes de opinión, diferenciables según el fundamento que intentan dar a la punibilidad o impunidad del agente provocador.

## I. LA TESIS DE LA PUNIBILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR.

3. Entre los partidarios de la punibilidad del agente provocador, como dijimos, se distinguen varias corrientes:

1. *La tesis de la punibilidad a partir de la accesoriedad de la conducta del participante.*

4. Una importante corriente doctrinal (6), dominante en Italia y España, afirma que no hay razón alguna para dejar impune al agente provocador. Desde el momento en que el agente provocador expuso el bien jurídico a peligro (7), por tentativa, el fin específico perseguido por él —llevar el delincuente ante los Tribunales— no hace desaparecer el dolo, ni tiene influencia alguna sobre la estructura del delito cometido. Según esta corriente,

(4) Supone que la acción del agente provocador es típica y antijurídica.

En tanto que nada autoriza a alguno a cooperar con otro o a instigarlo en la comisión de un delito, la conducta del agente provocador no puede justificarse por mandato de la ley o cumplimiento de un deber legal, sea autoridad o particular (así, DELL'ANDRO, pág. 869; MALINVERNI, pág. 399). Por ello es errónea la posición de quienes, como MANZINI (II, pág. 911) y ANTOLISEI (P. G., pág. 422), sostienen que hay causa de justificación cuando la autoridad o el particular, con orden de ésta, realizan actividades de agente provocador para descubrir al delincuente, someterlo a proceso y lograr su castigo.

Algunos han invocado la legítima defensa como causa justificante para el agente provocador, cuando trate de descubrir actividades delictuosas, promovidas por grandes intereses económicos o políticos, tales como el tráfico de drogas o el espionaje (así, MALINVERNI, pág. 399). Tal tesis es errónea; en todos esos casos falta la actualidad del peligro, esencial en la legítima defensa (así, también, NEPPI-MODONA, pág. 277).

En cuanto al consentimiento del derechohabiente, el problema sólo puede plantearse en los casos de bienes jurídicos disponibles. Si tal consentimiento existe hay justificación para el agente provocador. Por ejemplo, A, que sospecha que B, su empleado le hurta, pide a C que lo instigue a realizar un hurto, para tomarlo con las manos en la masa. C está justificado por el consentimiento del derechohabiente. Pero el consentimiento acordado hace lícito (no antijurídico) el resultado producido. B, que desconoce la situación objetiva justificante, no podrá alegar causa de justificación (sobre los elementos subjetivos de las causas de justificación, véase nuestro artículo "Los elementos subjetivos de las causas de justificación", Revista Judicial No. 14, San José, Costa Rica, 1979).

En todos aquellos casos en los que el agente provocador instigue o ayude a otro a realizar un delito putativo o un delito imposible, habrá impunidad para aquél. Para el provocador habrá también impunidad en el primer caso y medida de seguridad (art. 24 Cód. Pen.) en el segundo. Pero la sola intervención del agente provocador no convierte la acción en atípica o en inidónea, ni al delito en putativo o imposible. Por ejemplo, si A instiga a B a estafar a C, quien había sido previamente avisado de las maniobras que intentaría B, el delito no es imposible. La imposibilidad absoluta del resultado (art. 24 Cód. Pen.), que caracteriza en nuestro derecho al delito imposible, no depende de la inidoneidad de la acción, sino de la falta del objeto.

(5) Ciertamente el autor o el coautor pueden realizar el hecho punible con la finalidad de que la autoridad descubra a los otros coautores o participantes. Pero tal circunstancia no tiene influencia alguna sobre la responsabilidad total, por el hecho realizado, del agente provocador, autor o coautor. Algunos autores (así, KARGE, pág. 18; NEPPI-MODONA, págs. 220, 221, 222, entre otros) extiende el concepto de agente provocador al coautor, e incluso al autor en sentido estricto. Afirman que es agente provocador el policía que, infiltrado en la banda de malhechores que planea el gran golpe, asume papel de coautor o de autor en sentido estricto en delitos menores, anteriores al grande que quiere evitar.

(6) Entre otros, CARRARA, Parag. 1594; MALINVERNI, pág. 397; DELL'ANDRO, pág. 867; NEPPI-MODONA, pág. 229; ANTOLISEI, P. G., pág. 422; MAGGIORE, II, pág. 144; CUELLO CALON, I, pág. 610; RODRIGUEZ DEvesa, P. G., pág. 656.

Es necesario tener presente que CARRARA (Loc. Cit.), partidario de la punibilidad del agente provocador, hace, sin embargo una salvedad, un tanto falta de lógica, dentro de su tesis fundamental. Dice: "Únicamente considero discutible hasta qué punto puede ser responsable el agente provocador cuando un gobierno inicuo, desmoralizador y desmoralizado, hace de él un instrumento para sus fines políticos". No veo lógica alguna en absolver al chivato, por ser chivato, y en condenar al provocado!

(7) Así, MAGGIORE, II, pág. 144; CUELLO CALON, I, pág. 610; RODRIGUEZ DEvesa, P. G., pág. 656; CARRARA, Parag. 1594; ANTOLISEI, P. G., pág. 422. Esta tesis parte del principio de accesoriedad de la conducta del participante con relación a la del autor principal, autor de una tentativa. Por ello, tomamos esta característica de la corriente en comentario para denominarla.

la tesis que afirma la impunidad del agente provocador es inexacta, porque no existe un dolo de tentativa, en tanto que el dolo del participante es necesariamente dolo de consumación (8). Y aunque la intención del agente provocador estuviera dirigida, efectivamente, a la producción de un delito tentado, siempre hay una ofensa jurídicamente relevante, por la cual debe responder.

Aunque partiendo de otros supuestos, tienen una posición semejante a la descrita por autores como Jescheck (9) y Hurtado Pozo (10), quienes afirman la punibilidad del agente provocador en aquellos casos en los que el bien jurídico corra peligro (11). Más adelante nos referiremos a esta posición y daremos las razones de por qué creemos que es equivocada.

2. *La punibilidad del agente provocador para los partidarios de fundamentar la punición de la participación en la conducción a culpabilidad.*

5. Para algunos, la razón de castigar al participante no es que éste haya concurrido a lesionar o a poner en peligro el bien jurídico tutelado, a través del autor, sino que, especialmente el instigador, condujo a aquél a culpabilidad y pena ("Schuldteilnahmetheorie") (12). Esta teoría de la participación, hoy día abandonada, se emparenta con el derecho penal de voluntad.

La razón de castigar al agente provocador la encuentran los partidarios de esta teoría en que corrompió al autor y lo condujo a culpabilidad y pena (13).

La solución que ofrece la teoría mencionada para el agente provocador es consecuencia de sus puntos de vista sobre el fundamento de la punición del participante. Del artículo 46 Cód. Pen. se deduce que el instigador no responde en el tanto en que corrompió al autor, como sería lógico si esta teoría de la participación fuera correcta (14), sino por el delito cometido por éste (principio de accesoriedad). Siendo, por consiguiente, falso el punto de partida, y derivando de éste la solución que la teoría de la conducción a culpabilidad aporta al problema del agente provocador, hemos de concluir que también es falsa.

Esto, aparte de su origen antidemocrático, es incompatible con el derecho penal de un Estado de Derecho.

3. *La posición de Stratenwerth.*

6. Para Stratenwerth (15) el agente provocador es punible, aunque no quiera la consumación del delito, por la tentativa realizada por el provocado.

Este autor rechaza la teoría de la punición del participante como conductor del autor a culpabilidad (16). Su punto de partida es la teoría de Welzel sobre la antijuridicidad personal ("personales Unrecht"); el agente provocador debe ser punible porque ha instigado a un hecho socialmente dañino y antijurídico (17). Si debe ser menos castigado que el delincuente "normal" por creer que podía evitar el resultado, o por pensar que éste no iba a producirse o perseguir el llevar a los Tribunales al delincuente, es cuestión de

(8) En tal sentido, DELL'ANDRO, pág. 867; MALINVERNI, pág. 397; NEPPI-MODONA, pág. 229.

(9) JESCHECK, pág. 522.

(10) HURTADO POZO, pág. 368, quien considera insuficiente el criterio de la impunidad del agente provocador, ya que éste "crea un peligro para el bien jurídico protegido".

(11) En aquellos casos en los que el agente provocador coopera o instiga a la realización de un delito putativo o de un delito imposible, es claro que es impune porque, entre otras cosas, el bien jurídico no corre peligro alguno. Pero cuando no se dan estas hipótesis, ¿cuáles podrían ser los casos en los que, existiendo hecho punible realizado por el provocado, la intervención del agente provocador no hace correr peligro alguno al bien jurídico tutelado? En nuestra opinión solamente hay dos posibilidades: o se introducen nuevos criterios, —por ejemplo, la distinción entre consumación formal y consumación material—, para poder diferenciar las intervenciones del agente provocador punibles e impunes, o bien se afirma la punibilidad del agente provocador en todos los casos, pues la misma existencia de un hecho punible tentado, realizado por el provocado, es suficiente para afirmar que el bien jurídico corrió peligro.

(12) Por ejemplo, SCHAFFSTEIN, ZStW Bd. 57, pág. 323.

(13) Así, H. MAYER, pág. 336. Si el agente provocador solamente quiere que el delito quede en estado de tentativa, siempre es punible, dice H. MAYER (pág. 342) "wegen eines Angriffes auf die rechtstreue Gesinnung des Aufgeforderten".

(14) Con normas parecidas a las nuestras, igual argumento para el Derecho Penal alemán, KARGE, pág. 21.

(15) STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 720 y "Strafrecht", pág. 240.

(16) STRATENWERTH, "Strafrecht", pág. 240.

(17) STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 720.

aplicación de la pena (18). Pero aun en la hipótesis de que el delito quede en estado de tentativa, el agente provocador ha realizado un hecho que contiene un ilícito penalmente relevante, reprochable y punible desde el punto de vista del desvalor de la acción ("Handlungsunwert") (19).

La punibilidad del agente provocador descansa para Stratenwerth en el desvalor intrínseco de su acción de participante. Pero ¿puede diferenciarse esta posición de la de quienes también lo consideran punible por haber conducido al provocado a culpabilidad y pena? A nosotros nos parece que no, si Stratenwerth parte de la doctrina welzeliana de la antijuridicidad personal, la cual implica, lógicamente, un rechazo de la visión de la participación como lesión o puesta en peligro, a través del autor, del bien jurídico tutelado. De ahí que tengan razón aquellos (20) que afirman que la teoría desenvuelta por Stratenwerth es solamente una nueva formulación de la teoría de la participación como conducción a culpabilidad y pena.

7. Las anteriores son las principales tendencias dentro de la corriente que afirma la punibilidad del agente provocador (21).

## II. LA TESIS DE LA IMPUNIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR.

8. También hay diferentes posiciones dentro de la corriente que afirma que el agente provocador es impune. La diferencia entre ellas radica en los principios en que fundamentan la impunidad.

1. *La tesis de que el agente provocador no realiza actos de instigación.*

9. Para algunos (22) el agente provocador, quien no requiere la consumación, proporciona solamente la ocasión de realización del delito. No realiza instigación en sentido legal.

Es cierto que en algunas hipótesis el agente provocador no puede ser instigador, porque el delincuente estaba ya decidido a cometer el delito ("omnimodo facturus"). En tales casos, si el agente provocador proporciona apoyo o consejo, puede ser cómplice (23). Pero estas situaciones no son la regla: muchas veces es la determinación que hace el agente provocador la que hace surgir la idea del delito y la que convierte al provocado en delincuente (24). Tanto en la hipótesis de que el agente provocador juegue el papel de cómplice como en la que sea instigador, sus actos son algo más que proporcionar la ocasión de cometer el delito.

(18) STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 720.

(19) STRATENWERTH, "Strafrecht", pág. 240.

(20) Así, KARGE, pág. 24.

(21) No analizaremos posiciones que afirman la punibilidad del agente provocador, partiendo de una concepción equivocada del concurso. Tal es la tesis de LOEWENHEIM (págs. 50 ss.), quien considera que el instigador responde sólo por su hecho propio, que es haber determinado al autor a la comisión del delito. Es esta determinación lo que consume el delito. Desde esta errónea concepción del concurso, afirma la punibilidad del agente provocador.

(22) Así, HEILBORN, pág. 73; GERLAND, pág. 199; SINGEWALD, pág. 60, entre otros.

(23) Así, KARGE, pág. 28.

(24) Así, por ejemplo, en nuestro Derecho no es punible el consumo de drogas estupefacientes tales como marihuana, cocaína, etc. De acuerdo con la Ley General de Salud (art. 372) es punible el tráfico, el transporte, el suministro, etc. o la posesión de la droga para tales fines. Suele ocurrir que un consumidor de droga, que tiene unos pocos cigarrillos de marihuana o unos cuantos gramos de cocaína venda a una autoridad (agente provocador), que se hace pasar por consumidor desesperado, una pequeña cantidad para que satisfaga sus necesidades. Es apresado en el preciso momento de la venta.

Nuestra jurisprudencia ha dictado sentencia condenatoria en tales casos contra el consumidor; normalmente no llevan las autoridades a proceso a tal agente provocador. Esta solución nos parece injusta. Ciertamente el agente juega el papel de instigador, pero también participa como coautor en lo castigado, que es el tráfico de drogas, delito de participación necesaria. Afirmar, como lo ha hecho alguna sentencia, que en tal caso el agente no quería traficar la droga sino descubrir al delincuente, nos lleva entonces a plantearnos el problema de si en la hipótesis hay delito alguno que perseguir, incluso con relación al provocado. En efecto, el delito de tráfico de drogas es de los llamados "delitos-contratos", cuyo presupuesto es una operación jurídica, por ejemplo, una compraventa prohibida. Si se niega la voluntad contractual de uno de los participantes, se niega la existencia del contrato, base de la punición de los participantes necesarios. Si se afirma que la intervención del agente provocador no anula la voluntad contractual (simple reserva mental), entonces no hay ninguna razón para no condenar también al agente provocador. "Tercius non datur"; a menos que la tercera posibilidad descansa en la razón de Estado.

2. *La tesis de la aplicación analógica de las reglas del desistimiento al agente provocador.*

10. Especialmente Katzenstein (25) e Ibach (26) sostienen que deben aplicarse las reglas del desistimiento, que valen también para el participante. Así como el autor es impune cuando desiste de la consumación, así también debe ser impune el agente provocador, que no quería la consumación.

Esta tesis es infundada. Es claro que en el caso del agente provocador, que no busca la consumación del delito, no puede hablarse de desistimiento, porque el desistimiento implica, precisamente, el abandono de la voluntad criminal (de consumación) (27), que el agente provocador no tenía.

Pero, además, para que puedan aplicarse las reglas del desistimiento, es necesario que haya actos de ejecución, punibles. Si se aplican las reglas del desistimiento al agente provocador es porque ha cometido actos punibles de ejecución. Entonces, la corriente doctrinal que quiere aplicar las reglas del desistimiento debe demostrar primero que los actos del agente provocador son punibles (28). Tal prueba no la aporta; en consecuencia, su afirmación de que el agente provocador es impune en virtud de las reglas del desistimiento carece de fundamento.

3. *Impunidad del agente provocador por falta de dolo.*

11. La opinión mayoritaria en la doctrina alemana, que nosotros acogemos, considera impune al agente provocador (cómplice o instigador) por falta de dolo.

El elemento subjetivo de la instigación requiere un doble dolo: el dolo debe dirigirse, por un lado, a producir en el instigado la resolución de cometer el hecho punible y, por otro, a la producción del hecho punible por el autor principal, incluyendo los elementos subjetivos del tipo y la realización del resultado típico (29). Esta característica del dolo del instigador deriva claramente del artículo 46 Cód. Pen. (30). Lo mismo vale para el cómplice: éste debe querer no solamente apoyar al autor principal, sino la consumación del hecho punible al que coopera o auxilia (31).

De lo anterior se sigue que si el instigador o el cómplice quieren solamente que el hecho quede en estado de tentativa, —no quieren ni aceptan (si se produce) la consumación del delito—, son impunes por falta de dolo (32), dado que la tentativa, penalmente relevante, requiere la voluntad de consumación del delito (art. 24 Cód. Pen.) (33). Y si esta voluntad de consumación no existe, aunque el hecho quede en estado de tentativa, no se comete acción punible como tentativa.

Cuando se afirma que el agente provocador debe responder por la tentativa realizada por el provocado, o por haber expuesto el bien jurídico a peligro, se parte, conscientemente o inconscientemente, de la idea de que la accesoriadad vale en el concurso para todos y cada uno de los elementos del delito. Ahora bien, no es cierto que la accesoriadad valga para todos y cada uno de los elementos del delito. El dolo es elemento del hecho ilícito que no es traspasable de un delincuente a otro, sino que debe ser realizado por cada participante en su propia persona (34).

(25) KATZENSTEIN, pág. 407.

(26) IBACH, pág. 76.

(27) HURTADO POZO, pág. 314.

(28) Así, STRATENWERTH, MDR, 1953, pág. 718; KARGE, pág. 30.

(29) Así, entre otros, JESCHECK, pág. 522; BAUMANN, pág. 577; MEZGER-BLEI, pág. 250; ROXIN, LK, Vorb. Parag. 26, Anm. 14; SCHMIDHÄUSER, pág. 555; STRATENWERTH, "Strafrecht", pág. 239; DREHER, Vorb. Parag. 26, Anm. C a), b) y c); SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26, Anm. 15; RUDOLPHI UND AND., Vorb. Parag. 26 Anm. 6; KARGE, págs. 12 y 13.

(30) En tanto que el artículo 46 Cód. Pen. establece la determinación intencional del instigado ("intencionalmente determinaren") a la consumación del hecho punible ("a cometer el hecho punible").

(31) Así, BAUMANN, pág. 592.

(32) Así, BAUMANN, pág. 577; KARGE, pág. 13; SCHMIDHÄUSER, pág. 555.

(33) Así, KARGE, pág. 13.

(34) Así, HERZBERG, pág. 133.

12. Para la existencia de la instigación basta el dolo eventual (35), lo cual vale también para la complicidad. Es punible el agente provocador como participante si acepta el resultado, si se produce, aunque no lo haya querido.

13. El problema del agente provocador es, entonces, un asunto referente a la culpabilidad del participante. Punto central del análisis debe ser el elemento subjetivo de la participación criminal.

En nuestra opinión no sirve el fin, móvil o motivo del agente provocador como criterio de diferenciación con el participante, como lo ha pretendido una corriente doctrinal. Lo que importa no es la especial intención (fin) o el especial motivo de actuación (móvil o motivo) del agente, sino el fin objetivo de la acción. Ahora bien, tanto la acción de instigador (punible) como la acción del agente provocador tienen objetivamente el fin de someter al autor a proceso y pena. Cada acción del agente provocador llena, objetivamente, el fin de la acción del instigado. El fin objetivo de la acción, siendo el mismo en uno y otro caso, no puede ser criterio objetivo de separación entre ambas figuras.

Cuando un participante perseguía el fin de descubrir a un delincuente y de someterlo a pena, pero quizo la consumación o la aceptó, si se producía, es punible. A nivel de medición de la pena este fin socialmente adecuado puede serle reconocido como atenuante.

Por el contrario, si el agente no quizo ni aceptó (si se producía) la consumación, es impune por falta de dolo, sea cual fuere el fin perseguido por él o el móvil de su actuación; sea elevado (descubrir un delincuente habitual), sea abyecto (por ejemplo, enamorar la mujer del provocado mientras éste guarda prisión).

Una importante corriente doctrinal (36) niega que sea punible quien quiere o acepta (si se produce) la consumación, si el fin era descubrir a un delincuente. Para ello distinguen entre consumación formal, —el agente tiene la intención de evitar una lesión efectiva al bien jurídico tutelado—, y consumación material. Así, por ejemplo, hay sólo consumación formal (no material) si en el delito de hurto, al cual ayudó o instigó, el participante (agente provocador) quiere, inmediatamente después del apoderamiento de la cosa por el provocado, quitársela y devolverla al propietario (37). En nuestro criterio, esta distinción es jurídicamente irrelevante. Lo que esta doctrina entiende por consumación formal es la existencia de la finalidad, en el participante, de reparar el daño causado. Ello puede servir como criterio de atenuación, pero no tiene influencia alguna sobre la estructura del delito consumado.

14. Puede ocurrir que el agente provocador (que no quiere ni acepta, si se produce, la consumación) no pudo evitar la consumación o que ésta ocurra porque no se produjeron las circunstancias que, según lo previsto por él, debían ocasionar la interrupción del proceso ejecutivo (por ejemplo, la policía no llegó a tiempo).

En esta hipótesis también es impune el agente provocador, aunque el hecho esté también sancionado como delito culposo. Por falta de dolo es impune por el hecho doloso cometido por el provocado. Porque no hay participación (secundaria) culposa, no es punible el agente provocador por el hecho como culposo; éste requiere siempre autoría. Sería, por lo demás, un contrasentido sancionar como participación culposa, lo que es impune a título de participación dolosa.

(35) Entre otros, SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26 Anm. 12; WACHENFELD, pág. 206; JESCHECK, pág. 522; KARGE, pág. 14.

(36) Así, IBACH, págs. 73, 74; SINGEWALD, pág. 82; MAURACH, págs. 582 ss.; DREHER, Vorb. Parag. 26, Anm. C c) (restringiendo la impunidad al caso de que el agente provocador quiera evitar la consumación del delito); SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26, Anm. 20.

(37) Así, HEILBORN, pág. 6; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorb. Parag. 26, Anm. 16.

### III. CONCLUSIONES.

15. Agente provocador es el instigador o el cómplice que no quieren ni aceptan (si se produce) la consumación del delito.

Si el participante quiere o acepta (si se produce) la consumación es punible, lo mismo que quien asume el papel de autor o de coautor del delito.

No cabe duda que algunas formas de delincuencia de la sociedad moderna, como el tráfico de sustancias psicotrópicas, hacen necesario que las autoridades asuman el papel de agentes provocadores, y que para descubrir al delincuente tengan que aceptar o estar de acuerdo con la consumación e incluso asumir el papel de coautores. Sobre todo en delitos de participación necesaria, como compraventas, etc., de marihuana. Reconociendo que ésto es así, es necesario reconocer que se han producido abusos. Muchas veces el consumidor, impune según nuestra legislación, es inducido a venderle a la autoridad; es convertido, entonces, en delin-

cuenta. Desde un punto de vista jurídico esta situación es chocante, porque las autoridades están para impedir la comisión de delitos y no para promover la delincuencia.

Diferente es el caso de que el provocado sea un traficante de droga. Aquí la intervención del agente provocador es necesaria, en muchos casos, para impedir que el delincuente continúe su actividad delictiva.

Ambas situaciones son jurídicamente idénticas desde el punto de vista de la responsabilidad del agente provocador. Si estuvo de acuerdo o quiso la consumación es punible, lo mismo que si asumió el papel de autor o de coautor. La fórmula que se ha ideado en muchos países, para evitar abusos de las autoridades y para satisfacer las necesidades sociales de descubrimiento de delincuentes habituales, es dar al Ministerio Público poder de apreciación discrecional en el ejercicio de la acción penal. Una reforma en este sentido es urgente en nuestro derecho.

### BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale" (Parte Generale), 5. ed., Milano, 1963.
- BAUMANN, "Strafrecht" (A. T.), 7 Aufl. Bielefeld, 1975.
- CARRARA, "Programa de Derecho Criminal" 2a. Ed., Bogotá, 1966.
- CUELLO CALON, "Derecho Penal", I (Parte General), Barcelona, 1960.
- DELL'ANDRO, "Agente provocatore", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo I, Milano, 1958.
- DREHER, "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 35. Aufl., München, 1975.
- GERLAND, "Deutsches Reichsstrafrecht", Bd. I, 2a. Aufl., Berlin und. Leipzig, 1932.
- HEILBORN, "Der agent provocateur", Berlin, 1901.
- HURTADO POZO, "Manual de Derecho Penal" (Parte General), Perú, 1979.
- IBACH, "Die Anstiftung", Breslau, 1912.
- JESCHECK, "Lehrbuch des Strafrechts" (A. T.), 3. Aufl., Berlin, 1978.
- JIMENEZ DE ASUA, "La ley y el Delito", 3a. ed., México y Buenos Aires, 1959.
- KARGE, "Der agent provocateur", Diss. Univ. Frankfurt am Main, 1969.
- KATZENSTEIN, "Der agent provocateur vom Standpunkt des RStGB", en *ZStW*, Bd. 21 (1901).
- LOEWENHEIM, "Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht", Breslau, 1897.
- MAGGIORE, "Derecho Penal", Vol. II, Bogotá, 1972.
- MALINVERNI, "Agente provocatore", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo I, Torino, 1968.
- MANZINI, "Trattato di Diritto Penale Italiano", Vol. II, Torino, 1963.
- MAURACH, "Deutsches Strafrecht" (A. T.), 3. Aufl., Karlsruhe, 1965.
- H. MAYER, "Strafrecht" (A. T.), Stuttgart und Köln, 1953.
- MEZGER-BLEI, "Strafrecht I" (A. T.), 14. Aufl., München, 1970.
- NEPPI-MODONA, "Il reato impossibile", Milano, 1965.
- ROXIN, en "Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar", 10. Aufl., Berlin, New York, 1978.

- RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español", Parte General, Madrid, 1971.
- RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch" (Bd. 1, A. T.), Frankfurt am Main, 1975. (Citado, Rudolphi und and.).
- SCHAFFSTEIN, "Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems", en *ZStW* Bd. 57.
- SCHMIDHÄUSER, "Strafrecht" (A. T.), 2. Aufl., Tübingen, 1975.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch" "Kommentar", 18. Aufl., München, 1976.
- SINGEWALD, "Der agent provocateur" "Ein Beitrag zur Theorie der Teilnahme am Verbrechen", Breslau, 1908.
- STRATENWERTH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil I", Köln, Berlin, Bonn, München, 1971. (Citado, Stratenwerth, "Strafrecht").
- STRATENWERTH, "Der agent provocateur", en *MDR*, 1953, págs. 717 ss. (Citado, Stratenwerth, *MDR*, 1953).
- WACHENFELD, "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", München, 1914.

\*\*\*\*\*



## LA LEY DE ADMINISTRACION PUBLICA DE COSTA RICA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD\*

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.  
Prof. de la Universidad de Costa Rica.*

### S U M A R I O

|      |  |    |
|------|--|----|
| I.   | Introducción. . . . .                                    | 18 |
| II.  | Política y derecho. . . . .                              | 19 |
| III. | Estado de Derecho y legalidad. . . . .                   | 21 |
| IV.  | La Ley de Administración Pública y la legalidad. . . . . | 21 |
| V.   | Estructura de la Ley de Administración Pública. . . . .  | 22 |
| VI.  | Estado actual del debate en torno a la LAP. . . . .      | 22 |
| VII. | A modo de conclusión. . . . .                            | 22 |

#### Siglas más usadas:

|      |  |
|------|--|
| LAP  | Ley General de la Administración Pública |
| AP   | Administración Pública                   |
| E    | Estado                                   |
| C.R. | Costa Rica                               |
| CGR  | Contraloría General de la República      |
| G    | Gaceta (Periódico oficial del Estado)    |
| PLN  | Partido Liberación Nacional              |
| PU   | Partido Unidad.                          |

\* Ponencia al Congreso Internacional de Ciencias Administrativas - Madrid, 1980.

## I. INTRODUCCION.

El principio de legalidad es esencial para la existencia y fortalecimiento del Estado de Derecho. La ley, y principalmente, la noción de Ordenamiento Jurídico, cumple ese rol vital para la comunidad de constituirse en freno de la arbitrariedad del Estado. Sin embargo, esa arbitrariedad de que hace gala la maquinaria estatal, valiéndose de su poder de *imperium* y de la debilidad del administrado, forma parte de la realidad cotidiana.

Ese balance, que debe existir teóricamente, entre la libertad de los administrados y la potestad de *imperium* de la Administración Pública, se viola continuamente en forma expresa y palpable en los regímenes de fuerza y en los Estados de excepción que nos señala Nicos Poulantzas (1). Sin duda esa masa amorfa de países que se denominan (2) "tercermundistas", padecen la tragedia de regímenes militares violadores de los derechos humanos (inherentes a las personas físicas) y de los fundamentos del derecho administrativo.

Nuestro país no escapa de las actuaciones arbitrarias del Estado, por diversas razones que el Contralor General de la República ya ha señalado así:

*"Uno de los mayores problemas que presenta la administración de los entes estatales, es el desajuste de su actividad con el régimen jurídico. El principio de legalidad, básico en la función pública, vive permanentemente en crisis".*

Precisando que:

Existe ignorancia (en la realidad) en el conocimiento de la ley por parte de los agentes públicos, lo cual se agrava con la situación que presenta la Administración Pública respecto de la inexistencia de cursos de capacitación, pues nadie se prepara para el ejercicio del cargo público. *"Tampoco se observan esfuerzos importantes, sistemáticos y permanentes para llenar ese vacío"*, todo lo que confi-

gura ese panorama desolador de la Administración Pública: *"ausencia de programas de formación profesional, complementación o adiestramiento"* (3).

Este aspecto que subraya el Contralor General de la República (4) es fundamental: la ausencia de cursos de capacitación para el personal de la Administración Pública (5), unas veces por negligencia de los funcionarios y empleados del Estado (burocracia pública), otras veces por estrategia de control social de parte de los políticos que ocupan los puestos de jerarquía máxima en una institución o ente de la maquinaria del Estado. Se ha comprobado como el desinterés por esos cursos (y, su correspondiente institucionalización, incluso a nivel de convención colectiva de trabajo) le sirve a los partidos mayoritarios que ocupan el poder público (mediante el triunfo en las urnas electorales, por medio de las cuales han logrado ocupar la silla presidencial).

Es digno de ser puntualizado, este aspecto de la negligencia de la Administración Pública por instaurar una escuela de capacitación administrativa, o al menos, institucionalizar cursos de adiestramiento para los burócratas del Estado. En este marco de subdesarrollo mental, financiero, social y político, también se da la situación de que una gama de funcionarios y empleados de la Administración Pública reciben becas y tiempos pagados sin ser efectivamente laborados con el objeto de que asistan a lecciones a la Escuela de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Costa Rica, dándose la contradicción en que, con fondos públicos, se matriculan en cursos de "Administración de empresas", cuyo contenido programático es de contabilidad, graduándose (sustancialmente) como contabilistas y no como tales "Administradores de empresas". Obviamente, no reciben cursos en Administración Pública, sino en materias que les abrirá la puerta x de trabajo con la empresa privada.

La cosas no han mejorado o cambiado, sin

(1) Fascismo y dictadura (Madrid: Siglo XXI, 1973, pp. 352 a 383).

(2) Esta conceptualización es imprecisa e incorrecta, pues se mueve en el plano de las intuiciones a partir de la caprichosa y arbitraria "separación del Orbe" en naciones del mundo, desarrollo perteneciente a la órbita de influencia de los Estados Unidos de América (USA), con régimen capitalista, y aquellas del sector socialista con centralismo planificador y propiedad estatal (por un lado) y por otro, los pueblos subdesarrollados, dependientes de esos centros.

(3) CHINCHILLA FALLAS, Rafael Angel. "La Contraloría y la vigencia del Derecho" (Presentación a la Ley de Administración Pública, San José, Imprenta Nacional, 1978, p. 3).

(4) Ib., p. 3.

(5) Ib., p. 3.

embargo, la Escuela de Administración Pública de la citada universidad (UCR) ha hecho esfuerzos por darle preparación a los agentes públicos, empero tales empeños siguen confirmando la regla de un personal rutinario, inepto, sin vocación ni entrenamiento para los puestos que ocupan, como tónica general (6).

Este hecho de la burocracia incapaz, inepta, ineficiente, al mando de militares "con bajos niveles de escolaridad" (analfabetoides), como abundan en Centro América, a pesar de los constantes entrenamientos de manos y cabezas de expertos militares de los Estados Unidos de América, hace nulo el principio de legalidad, más bien lo correcto es decir que en Centro América, en términos generales, lo que se practica es la ilegalidad, arbitrariedad y violación del Derecho racional burgués capitalista (Max Weber) (7).

Nuestro país no presenta una capa social de militares, lo cual no quiere decir que el ejército no exista, al contrario sí existe (8).

La situación de los altos militares de Costa Rica no es como la de los "milicos" guatemaltecos que forman una fracción de la burguesía de ese país, ya que se han convertido en propietarios de ganado, algodón, café, industrias, servicios, etc. Sin embargo, la violación continúa al principio de legalidad y al Estado de Derecho se observa cotidianamente, estando los administrados en condiciones de indefensión e incapacidad para enfrentarse a la maquinaria del Estado, la cual cuenta con los denominados y conocidos "privilegios de la Administración" (v. gr. ejecutoriedad del acto administrativo, dispensa de afianzar costas, presunción de la legalidad de sus actos, abogados entrenados en la

tarea de defensa de los intereses del Estado, que raramente coinciden con los intereses de la comunidad y de los administrados).

## II. POLITICA Y DERECHO.

Todavía existe quien afirma (con ingenuidad, candidez, mala fe, ignorancia y otros motivos ajenos) que el derecho no tiene nada que ver con la política. Que el ordenamiento legal es un mundo desligado de la política.

Obviamente esa tesis es ideológica y constituye una cortina de humo para evitar ver directamente la íntima relación entre la estructura legal y las relaciones políticas.

Y, en lo concerniente a las leyes administrativas que inciden en forma palpable en ese dilema entre autoridad pública y libertad ciudadana, la trabazón entre Ley y política se torna necesaria, suficiente y requisito *sine qua non* para entender esa ligazón. Parte de la estrategia de los gobiernos para negar el derecho a los administrados, es realizar una maniobra en el manejo del derecho afirmando que el derecho, en países de orientación europea continental, es aquel que "yace escrito", negando todo el mundo del derecho no escrito (costumbre, hábitos, principios generales del derecho (9)) y además restándole importancia a la jurisprudencia, que sin ser vinculante (jurídicamente), de hecho lo es. Lo mismo se comprueba al analizar (exégesis de contenido) las sentencias de los tribunales de trabajo de nuestra Nación, los cuales hacen caso omiso (generalmente) de los mencionados principios.

- 
- (6) La Universidad de Costa Rica (UCR) en este año de 1980 anunció la realización de un programa de maestría en Administración Pública a nivel centroamericano, con el fin de coadyuvar a llenar esa enorme laguna de la falta de preparación adecuada en los cuadros del sector público. Asimismo, se puede señalar la Antigua Escuela Superior de Administración Pública de Centro América (ESAPAC) ahora bajo el nombre de Instituto Centroamericano de Administración Pública, cuya labor si bien meritoria, no ha hecho mella en los regímenes militares del Istmo ni en la burocracia rutinizada de Costa Rica.
- (7) J.E. ROMERO PEREZ. "La sociología del Derecho de Max Weber" (San José, 1a. edición. Imprenta Trejos, 1975. 2da. edición. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1980, *in toto*).
- (8) Según la Carta Magna de 1949, todavía vigente, art. 12 afirma que se proscribió el ejército como institución permanente; existiendo las fuerzas de policía necesarias para la vigilancia y conservación del orden público. Esto es una declaración en el plano legal, con rango constitucional. La realidad, por su parte, informa otra cosa. Efectivamente, las llamadas "guardia civil" y "guardia rural", se han unido bajo el mando único del Ministro del Interior (aún no creado por Ley, pero de hecho existe por la fusión de dos Ministerios: Gobernación y Seguridad Pública), con un presupuesto conocido (el bajo carpeta obtenido mediante "empréstitos" de "ayuda militar", fundamental de Estados Unidos de América (USA), no se llega a conocer) de 50 millones de dólares US. Por otra parte los entrenamientos contra-mitines y otros similares para reprimir a obreros, estudiantes, comunidades urbanas y rurales, etc., son habituales tanto en Panamá (Canal Zone, IS), Puerto Rico, Estados Unidos de América v. gr. Todo este aparato militar se da en un país de dos millones de habitantes y cerca de 51 mil kms. cuadrados. Al momento de escribir estas líneas esos cuerpos represivos de la guardia civil golpearon hasta la saciedad a un grupo de ciudadanos pobres que a la par de sus mujeres e hijos efectuaban un acto simbólico de protesta ante la Casa Presidencial, en la cual estaba el Presidente de la República.
- (9) Al respecto el ensayo de Eduardo García de Enterría sobre las "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho" (Madrid: Revista de Administración Pública No. 40, 1963), constituye uno de los mejores escritos sobre este tema siempre de primer orden.

En este contexto, la historia de la Ley de Administración Pública significó la lucha de sectores políticos ubicados en el terreno de opositores al Partido Liberación Nacional (PLN) (10) (que participan en la lucha electoral de 1970, ganando las elecciones presidenciales) que habían dado su apoyo al proyecto de la Ley de Administración Pública, con el objetivo de frenar las irregularidades administrativas de los gobiernos de 1970 a 1978, a cargo del PLN, no sin antes mencionar que antes de la toma del poder por José Figueres en 1970, dicho proyecto estuvo a punto de convertirse en ley, lo cual no sucedió en vista de no contar con los votos parlamentarios suficientes para ello.

Una vez que el Partido Unidad (PU) logra el triunfo en las urnas de elección, realiza una oposición sistemática contra la Ley de Administración Pública (LAP) aprobada a fines de la legislatura 1974-1978, en una tramitación de varios proyectos de leyes, aprobados con el concurso de los diputados integrantes del PU, que luego pasarían a ocupar cargos importantes de gobierno.

Fue una jugada política del PLN, efectuada después del resultado de las elecciones del 8 de febrero de 1978, tendiente a que el nuevo gobierno del PU se encontrara con el cuadro legal del conjunto normativo de la LAP.

Ante ello, el PU en el poder público, trata (de varias formas) de neutralizar, "bombardear" y liquidar la LAP. Sin embargo todos los intentos resultan fallidos. Cabalmente, en los periódicos de mayor circulación, en los años de 1978 a esta parte, se han publicado artículos y puntos de vista respecto a esta LAP que ilustran la intensidad del debate.

Parte de esa estrategia, llevada a cabo —principalmente por la oficina de abogados que componen la Procuraduría General de la República— ente público cuya función es la defensa de los intereses

del Estado, cuyo máximo jerarca es de nombramiento del Poder Ejecutivo (y, además —en esta Administración, es a la vez Ministro de Gobierno—) dio por resultado la emisión de dos decretos que eximen de la aplicación de la LAP una lista amplia de entes y leyes y, por supuesto lo relativo al libro del procedimiento administrativo, *mutatis mutandis*. Para ello violentó el espíritu y la orientación del art. 367, inciso h del aparte dos, que dice:

*"Se exceptúa de la aplicación de esta ley, en lo relativo al procedimiento administrativo los demás que el Poder Ejecutivo determine por decreto, dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de esta ley, cuando existan motivos igualmente justificados que los de los incisos anteriores, y siempre que estén regulados por ley"*.

Obviamente el Poder Ejecutivo abusó de su poder normativo (vía decreto), cuando interpretó (12) arbitrariamente esa facultad dada por la LAP, procediendo a confeccionar una lista de excepciones que nítidamente violentaban la intención excepcional de ese inciso h del apartado dos del art. 367 indicado supra.

En el mismo sentido de debilitar la LAP, el Poder Ejecutivo realizó la maniobra (común en este Poder (13)) de publicar en el periódico oficial la LAP argumentando "errores en el original" con el fin de obtener unos meses de tardanza en la eficacia de la LAP, lo cual acompañó de la presentación de un proyecto de ley para que se postergara la aplicación de la LAP durante dos años debido a la estructura técnica de esta ley y a su complicación en el uso del lenguaje *ius* administrativo. Ambas maniobras (políticamente legítimas como Administración; pero censurables desde el ángulo de los administrados, preocupados por el Estado

(10) Al respecto los libros que he publicado "La Social democracia en Costa Rica" (San José: Imprenta Trejos, 1975) y "Partidos, poder y derecho" (San José: Eds. Syntagma, 1979).

(11) Esta agrupación política es heterogénea, amorfa y sin un proyecto político cierto, definido y congruente. Se aglutinó a propósito del político Rodrigo Carazo Odio, logrando el triunfo electoral para el período de 1978 a 1982, con el apoyo de sectores financieros conservadores y tradicionalistas. Dicho político se formó en la escuela reformista del PLN, habiéndose retirado del mismo, al fracasar su candidatura presidencial para el período de 1970 a 1974.

(12) Cf. Pedro Enrique Haba "Interpretación jurídica y lenguaje" (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, Nos. 37, 38 y 39, 1979).

(13) Por una costumbre irregular, el Poder Ejecutivo realiza publicaciones por "errores en el original" de las leyes, sin control por parte de la Asamblea Legislativa, lo cual ha incidido en variaciones al contenido del cuerpo legal. Lo mismo sucede en el parlamento, en el sentido de que una vez aprobada la ley, esta pasa a una comisión de redacción y estilo, que podría variar sustancialmente lo acordado en el plenario del Poder Legislativo. Posteriormente, se traslada el expediente aprobado al Poder Ejecutivo, el cual —a su vez— lo pasa a una sección u oficina de estilo y composición, que en anteriores ocasiones ha variado aspectos relevantes de una ley. Estos vicios y abusos del Poder Legislativo y Ejecutivo, parece que no hay manera de corregirlos.

de Derecho, le fallaron al Poder Ejecutivo, pues la Contraloría General de la República le recordó al citado Poder que la vigencia, aplicación y eficacia de la LAP "empezó a correr a partir de su publicación original en el Diario Oficial" (14).

### III. ESTADO DE DERECHO Y LEGALIDAD.

En países en los cuales, el sistema democrático republicano liberal es fundamental, el Estado de Derecho se presenta como la realización de los ideales democráticos y legalistas de la comunidad.

En esencia, el Estado de Derecho implica el ejercicio de las libertades públicas, el pleno goce de los derechos y garantías individuales y sociales; la sede de lo contencioso administrativo para enjuiciar al Estado, tributos y libertades y propiedad privada como esfera propia de la reserva de la Ley y por ello la exclusiva competencia del Poder Legislativo para regularlas o limitarlas.

El principio de legalidad, lamentablemente, se observa y se cumple cada vez en menor proporción por el Estado contemporáneo. Y, esto tiende a suceder en mayor grado en los países subdesarrollados, en los cuales la mayor parte de los ciudadanos carecen de medios de defensa de sus intereses como administrados.

El aparato estatal se consolida como una teoestructura administrativa y militar, que la convierte en un *leviathan* todo poderoso frente a la atomización de los ciudadanos y nacionales. Esa masa amorfa que compone la sociedad civil se ve coartada con relación a la fuerza organizada ubicada en el Estado. Urge en este sentido actualizar el Derecho Administrativo y Público, para adaptarlo a los requerimientos modernos de ese campo de fuerzas desiguales cuyos actores son la Administración Pública y los administrados. Ya el dilema entre autoridad pública *versus* libertad de los seres humanos han cedido terreno en favor del Estado y su potestad de imperio, que las más de las veces se trueca en arbitrariedad institucionalizada, en recuerdo y actualización de los regímenes nacional socialista y fascista.

En esta corriente de pensamiento, se puede decir que se hace imprescindible volver al sentido

original y siempre presente del Derecho Público, como una técnica de defensa de la libertad del individuo y de su integridad como ser humano. En la práctica, el Derecho Público, lo ha convertido el Estado en un fiel instrumento de su voluntad de imperio y de sojuzgamiento a los administrados. Todo parece indicar que el proceso es irreversible. El totalitarismo no es solo un recuerdo del pasado, sino una tragedia del presente, independientemente de sistemas políticos y ecosistemas económicos.

### IV. LA LEY DE ADMINISTRACION PUBLICA Y LA LEGALIDAD.

En cumplimiento con los dictados del fundamento del sistema democrático de gobierno, la Ley de Administración Pública de Costa Rica plasma este principio en las normas que se analizarán a continuación.

- \* **Regulación del Derecho público.** El art. 3 manda que este derecho regulará la actividad del Estado, tanto en su organización como en su actividad; lo cual es obvio, dado que el Estado es el ente público de mayor jerarquía en la sociedad política.
- \* **Servicio público.** A pesar de constituir un concepto jurídico indeterminado, la ideología jurídica dominante lo ha cristalizado (incluso y a pesar de los llamados servicios públicos virtuales) como básicos en la acción del Estado, lo cual explica por qué el art. 4 afirma que la actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales de dicho servicio con el fin de que se aseguren los mismos: regularidad, continuidad, eficiencia, su adaptación a cambios en el régimen legal, en la sociedad, y, por supuesto, la igualdad de trato de los usuarios del servicio.
- \* **Legalidad expresa.** El art. 11, por su parte, precisa que la Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos

(14) Gacetas del martes 25 de abril de 1978 (dictamen de mayoría) martes 30 de mayo publicación original) y jueves 26 de octubre de 1978 (nueva publicación "por errores en el original"), La Nación del miércoles 18 de abril de 1979, en la que el Contralor General afirmó que la LAP tuvo vigencia y eficacia a partir del 26 de noviembre de 1978. Ante esta tesis del Contralor, el Poder Ejecutivo gestionó —infructuosamente— la prórroga de la aplicación de la LAP para 1981 (id., p. 10-A).

servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes, indicadas en el art. 6 (15).

\* **Estado supeditado a la Ley:** En el art. 13 se reafirma el criterio de legalidad y la subordinación del aparato estatal a la "soberanía de la ley", siendo la *ratio legis* el pivote sobre el cual debería descansar la acción del Estado moderno. Así, se manda que la Administración estará sujeta a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, como también, al derecho privado supletorio de ese ordenamiento citado, no pudiendo —el Estado— derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

## V. ESTRUCTURA DE LA LAP.

La LAP presenta la siguiente estructura temática: **libro primero:** principios generales; órganos de la Administración; competencia, relaciones interorgánicas; servidores públicos —en tanto agentes—; actos administrativos; responsabilidad de la Administración y de sus agentes públicos; y un **libro segundo,** dedicado al procedimiento administrativo.

Con relación a este libro segundo, el art. 367, aparte dos exceptuó una lista de leyes (como también los decretos ejecutivos 8979 de la Presidencia y 9469-P de fechas 28 de agosto y 18 de diciembre de 1978, que contienen listado aún mayor de excepciones) de este libro segundo. Razón por la que el Congreso Jurídico Nacional de 1978, afirmó el principio general de derechos que indica que aquellos aspectos no regulados (en lo tocante al procedimiento administrativo) en esas leyes deben y tienen que estar bajo el ámbito de acción de ese libro segundo de la LAP. Tales omisiones y lagunas son bastante frecuentes dada la deficiencia en la redacción de las leyes exceptuadas, tanto por la propia LAP como por la voluntad del Poder Ejecutivo.

## VI. ESTADO ACTUAL DEL DEBATE EN TORNO A LA LAP.

En estos momentos, la LAP es cuestionada por el actual gobierno cuya devoción al Derecho, en la práctica, está ausente. Así se explica el enfrentamiento entre administrativistas y el gobierno en punto a la recta aplicación de la LAP. Cabe decir que el Partido Liberación Nacional, cuando estuvo en el poder público, también bloqueó el proyecto de LAP, durante ocho años, dando su consentimiento para que se convirtiera en ley de la República como un mecanismo de debilitar la gestión de la administración presente (1978 a 1982). En el fondo se trata de un fenómeno político marcado por la postura del Poder Ejecutivo de actuar contra *iure*, violentando la esfera de derechos y garantías de los administrados. Se trata de la eterna lucha contra el poder público y sus abusos y arbitrariedades en perjuicio de los ciudadanos y nacionales.

Esta ponencia recoge parte de la polémica en torno a la LAP y, lógicamente, no agota la temática en discusión, sino que más bien tiende a ampliarla y fomentarla.

Consideramos que en cualquier parte del mundo se debe dar la lucha por los derechos humanos y el principio de legalidad. Y que es tarea insoslayable de los administrativistas participar en la faena de respeto a esa esfera de garantías del individuo, y, a la vez, de contención de los abusos de la maquinaria estatal, en función de una adecuada cristalización del Estado de Derecho.

## VII. A MODO DE CONCLUSION.

A lo largo de la historia, la lucha del ser humano por el resguardo de su dignidad, libertad e integridad cruza las diversas sociedades y sistemas políticos en modo, a la larga, más significativo que la lucha de clases en las formaciones sociales capitalistas.

(15) Art. 6. Jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, en su orden: Carta Magna, tratados internacionales, leyes (en sentido estricto), decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo y las demás normas jurídicas subordinadas a reglamentos y decretos. Este artículo encuentra su apoyo, en el art. 7 de la Constitución Política que manda que los tratados internacionales tienen una jerarquía normativa inferior a la Carta Magna y superior a las leyes emanadas del Poder Legislativo, y que por supuesto, se refieren a los instrumentos legales del Mercado Común Centroamericano, cuya realidad ha venido decayendo por factores políticos.

De hecho, los intereses del Estado y de quienes ocupan las posiciones de poder público están enfrentados a los intereses de los administrados. Decir lo contrario es ocultar la realidad y lanzar cortinas de humo. La teoría democrática que postula la tesis del Estado como representante de los intereses de la sociedad civil ha quedado liquidada por la realidad social. Así, la legitimidad del orden estatal se ha ido reduciendo al terreno de las armas, y con más frecuencia y disposición presupuestaria, los Estados invierten sumas cuantiosas en armamentos para hacer ejecutar el principio de que toda forma de Estado se asienta en el uso y abuso de la fuerza.

Frente a esta situación, el rol del abogado y del administrativista se torna "subversivo" para ese aparato de fuerza que es el Estado. De este modo, ya sea bajo el argumento del crecimiento económico, del bien común y del enfrentamiento al comunismo, el principio de legalidad y el respeto a la Carta Magna y el Estado de Derecho son violados en forma cruel e incluso sanguinaria (realidad viva para América Latina).

De esta forma, el principio de legalidad juega un papel esencial para la libertad y la estabilidad de las sociedades modernas, a pesar del Estado.

\*\*\*\*\*



## EL DERECHO PROCESAL AGRARIO COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD JURIDICA Y SOCIAL EN EL AGRO. SU SITUACION EN COSTA RICA\*

*Dr. Olman Arguedas Salazar.*

### I N D I C E

|   |    |
|---|----|
| Algo de historia. . . . .                                   | 26 |
| Estado actual. Ley de Tierras y Colonización. . . . .       | 27 |
| Normas procesales incluidas en el derecho de fondo. . . . . | 29 |
| Jurisdicción agraria. Competencia. . . . .                  | 30 |
| Tribunales agrarios. . . . .                                | 32 |
| Principio dispositivo e impulso procesal oficial. . . . .   | 32 |
| Improrrogabilidad. . . . .                                  | 33 |
| La acción. . . . .  | 33 |
| La humanización del proceso agrario. . . . .                | 34 |
| La rebeldía. . . . .  | 35 |
| Defensas previas. . . . .                                   | 35 |
| El juicio verbal. . . . .                                   | 36 |
| Prueba y sentencia. . . . .                                 | 36 |
| Los recursos. . . . .                                       | 36 |
| La ejecución de las sentencias. . . . .                     | 37 |
| Procedimientos especiales. . . . .                          | 37 |
| La defensa. . . . .   | 37 |
| Conclusiones. . . . .                                       | 38 |
| Bibliografía. . . . .                                       | 38 |

\* *Relación presentada al Octavo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Xalapa, 12-16 de noviembre de 1979) cuyo tema fue el Derecho procesal agrario.*

## 1) ALGO DE HISTORIA.

No es posible afirmar que Costa Rica no tenga problema agrario; si bien esto es una verdad, también lo es que el problema agrario costarricense no es tan intenso como se ha presentado en otros países, en los cuales la injusta distribución de las tierras rurales y una explotación de las mismas que no compense esa injusticia, no han sido en Costa Rica en manera alguna causa de movimientos socio-políticos de importancia. Las raíces las encontramos en su historia misma, pues durante la Colonia, la pobreza siempre fue la característica de esta otrora provincia. Efectivamente, en Costa Rica durante la colonia, todos sus habitantes tenían que sembrar su propio sustento, inclusive el Gobernador, hecho éste que unido a otros que no es menester enunciar en este trabajo, dieron como resultado un sistema de vida que a la postre formaría lo que se ha dado en llamar la democracia costarricense. Esas condiciones de pobreza en que se iba desarrollando aquella provincia, y más tarde República, de Costa Rica, determinó que en ella nunca existió el látigo cayendo sobre las espaldas del indio, ni tampoco el latifundista explotador. Pero a pesar de ello, al ir aumentando la población los problemas relacionados con la división de la tierra sí han encontrado un refugio y ha sido necesario entonces legislar en cuanto al punto.

*"Las cartas de los gobernadores, los relatos de los viajeros y de los religiosos, las actas de los cabildos, la falta de comercio y las pequeñas entradas del Fisco y otros documentos relativos a la Colonia, revelan la pobreza en que vivían los habitantes de Costa Rica. Los pobladores eran todos labriegos que vivían diseminados por los campos; cultivaban en pequeñas parcelas caña de azúcar, tabaco, maíz, trigo, frijoles, arroz, yuca, camote, chayote, zapallo, frutas; tenían trapiches primitivos; criaban ganado vacuno, porcino y aves de corral. Exportaban sebo, trigo, vainilla, zarza, mulas y tabaco, lo que les permitía disfrutar de dinero*

*para comprar algunas telas e instrumentos de labranza. Reducido era el comercio. Cada familia producía los artículos necesarios para su alimentación. En una sociedad de esa naturaleza no surgieron grandes explotaciones agrícolas, ni capitales, ni mano de obra. Las gentes vivían alejadas del mundo; los domingos venían al pueblo a oír misa, a conocer los últimos chismes y, durante los primeros años de la República, a enterarse de los comentarios políticos" (1).*

*"Por eso Costa Rica fue país de labradores, dueños de pequeñas parcelas. En Costa Rica no hubo esclavos ni sirvientes; todos fueron personas que hicieron valer su calidad de seres humanos. No extrañe entonces por qué el siglo XVIII lo hemos llamado el siglo del labrantín. Este interesante proceso de democratización, del cual arranca el sentido de vida costarricense, abarcó a todos los habitantes por igual, fueran mestizos, criollos o españoles. Un ejemplo acerca del asunto: a mediados del siglo XVIII el Gobernador Carrandi y Menán, describe la situación porque atravesaban los cartagineses. De sus palabras se deduce que los vecinos, sin excepción alguna, debían sembrar. He aquí sus palabras: Y de estos —se refiere a los indios— es indispensable que salga el trabajo para las milpas y sementeras que han de hacer precisamente los más granados vecinos de esta ciudad por inopia de esclavos que ocasiona el ningún comercio para uno y otro mar, pues hasta el gobernador ha de entrojarse maíz para todo el año y todo lo demás para pasarlo, porque en la plaza no se vende nada ni en la ciudad hay pulperías que suministren como en otras partes las preciadas viandas. Queda pues, claramente expuesto que la más alta autoridad de la provincia tenía que dedicarse a faenas agrarias, por cuanto de no hacerlo arriesgaba a quedarse sin qué comer. Si al gobernador le acontecía semejante percance y debía ponerse a trabajar la tierra, ¿por qué no podemos imaginar lo que les sucedía a los funcionarios menores y a los encomenderos? . . . en Costa Rica se formó una democracia, porque pre-*

(1) Historia de Costa Rica. Carlos Monge Alfaro, pág. 223.

*dominó el sentido de igualdad, y rural, porque ese sentimiento no se desarrolló en multitudes urbanas sino de modo espontáneo en las primitivas "haciendas". Pequeña propiedad y sentimiento de igualdad son los rasgos fundamentales de la democracia rural del siglo XVIII" (2).*

A lo dicho por el autor cuyos párrafos han sido transcritos, Samuel Stone agrega lo siguiente: *"La penuria de recursos mineros —principalmente del oro— junto con el escaso número de indios para constituir una fuente de mano de obra, así como el consiguiente fracaso de las encomiendas, tiende a explicar la ausencia de latifundia, y por lo tanto de una aristocracia de terratenientes. Además, como hubo pocos indios para conquistar, nunca se formó en Costa Rica una clase militar comparable a las de los demás países del istmo. Los colonizadores que constituyeron la base de la sociedad costarricense eran muy distintos del típico colonizador latinoamericano" (3).*

Hemos expuesto con toda claridad desde dónde se origina el espíritu democrático del costarricense, lo que ha dado como resultado, como lo dijimos líneas atrás, que no haya habido en Costa Rica movimientos sociales y políticos lo suficientemente intensos como para producir grandes derramamientos de sangre; por el contrario, aquella vida sencilla y laboriosa del costarricense del siglo XVIII se continuó manifestando a través de los años posteriores produciendo una sociedad que cifra sus esperanzas y sus anhelos en el trabajo, y desde luego, en la juridicidad. Sí, porque ante todo Costa Rica es un Estado de Derecho; un país en el que el campesino, en lugar de resolver sus diferencias con el vecino mediante una lesión corporal, resuelve esa diferencia en los tribunales de justicia. Y si ese es el proceder del hombre del campo, con mucho mayor razón actúa así el de la ciudad, entre los que pueden contarse el profesional, el comerciante, o el oficinista.

## 2) ESTADO ACTUAL. LEY DE TIERRAS Y COLONIZACION.

Pero no obstante lo dicho, ha sido desde luego necesario dar determinadas soluciones al problema agrario a través del tiempo y por ello existieron diversas leyes que sería tedioso mencionarlas en este trabajo. Por eso, lejos de hacer una historia del Derecho Agrario y del Derecho Procesal Agrario, expondremos cómo se encuentra la situación actual de la segunda de esas ramas de lo jurídico, con una obligada mención a la primera, como veremos más adelante.

Ya en el siglo XX la situación es distinta a la que existía en el siglo XVIII; en la actualidad existe un gran porcentaje de fincas sin cultivar, cuyos dueños prefieren mantenerlas improductivas a la espera de que sea el Estado el que intervenga en ellas dándoles así mayor valor; esto ha ocurrido con fincas de gran extensión; presentándose también el problema del minifundio, cuya poca extensión impide que se produzca un adecuado ingreso familiar. A fin de evitar uno y otro extremos, se promulgó la Ley de Tierras y Colonización, número 2825 de 14 de octubre de 1961, la cual ha sido objeto de tres reformas sustanciales a través de las leyes números 3033 de 25 de setiembre de 1962, 3042 de 4 de octubre de ese mismo año, y 3336 de 31 de julio de 1964. Con la promulgación de la mencionada ley se evidencia la intención de realizar en Costa Rica la reforma agraria, cuyo punto de partida lo determina la Constitución Política, la cual, en el título relativo a los Derechos y Garantías Sociales, en el artículo 50 dispone lo siguiente: *"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" (4).*

El objeto de la Ley de Tierras y Colonización es determinar que la propiedad de la tierra se debe

(2) Ob. cit., págs. 169 y 170.

(3) La dinastía de los conquistadores, pág. 67.

(4) Esa Constitución entró en vigencia el día ocho de noviembre de 1949.

promover para el aumento gradual de su productividad y para una justa distribución de su producto, elevando la condición social del campesino y haciéndolo partícipe consciente del desarrollo económico-social de la Nación (5) contribuir al florecimiento de las virtudes republicanas, privadas y públicas, vinculando al ciudadano a un régimen sano de posesión de la tierra (6); contribuir a una más justa distribución de la riqueza (7); contribuir a la conservación y uso adecuados de las reservas de recursos naturales renovables de la Nación (8); evitar la concentración de tierras nacionales en manos de quienes las utilicen para especulación o explotación en perjuicio de los intereses de la Nación. Las tierras en manos de esos intereses deben volver al Estado en la forma que determinan la Constitución y la ley (9); determinar que la tierra no debe utilizarse para la explotación del trabajador agrícola. El Estado, por todos los medios a su alcance, estimulará la formación de cooperativas agrícolas para combinar la dignidad de la pequeña propiedad con la eficiencia de la gran empresa (10); reconocer, de conformidad con lo anteriormente expuesto, la existencia y legitimidad de la propiedad privada (11). Fue necesario para el cumplimiento de esos objetivos expresamente contemplados en la citada ley, la creación de una institución autónoma que tuviera a su cargo tan delicadas funciones. Así, su artículo 15, dice textualmente:

*"Para cumplir las normas y alcanzar los objetivos de la presente ley, sus reformas y otras leyes conexas, créase el Instituto de Tierras y Colonización, como una institución autónoma de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio, e independencia en materia de gobierno y administración.*

*Su funcionamiento se ceñirá exclusivamente a las normas del artículo 188 de la Constitución Política, las de esta ley, sus reformas, leyes conexas y reglamentos inter-nos.*

*Su domicilio legal será la ciudad de San José, sin perjuicio de que pueda establecer dependencias en otros lugares del país" (12).*

Es entonces en la función administrativa del Estado y a través de una institución autónoma, que en Costa Rica se plantean y resuelven ese tipo de problemas, porque en su esencia, dicha ley es derecho de fondo que, como tal, resuelve el problema jurídico inmediatamente, dando así respuesta al qué, siguiendo el pensamiento de Alsina (13); aún así, en la mencionada ley hay normas de carácter francamente procesal que responden, opinando con el mismo autor, a la pregunta cómo. Y esas normas procesales que se encuentran inmersas en esa ley, constituyen, unas, procedimientos de carácter administrativo aplicables por el Instituto creado por la misma, y otras, dirigidas a los jueces civiles y por lo tanto aplicables por éstos. Es decir, ya en Costa Rica se puede hablar sin temor de una autonomía jurídica del Derecho Agrario, autonomía que también es didáctica, puesto que en las universidades su enseñanza es objeto de cátedras especiales. Pero no podemos afirmar que haya una autonomía del Derecho Procesal Agrario, propiamente dicha, porque si bien existen principios propios que ameritan la especialización de la función, también es cierto que en el estado actual de cosas no se justifica una verdadera autonomía legislativa, es decir, no se justifica la existencia de códigos procesales agrarios independientes de los códigos procesales civiles. Basta con solucionar el problema en una de dos direcciones: o se incluyen en los códigos procesales civiles normas procesales agrarias, o se independizan las mismas en un cuerpo de leyes sin jerarquía de código y sí de simple ley. Ni a una ni a otra de estas soluciones ha llegado aún Costa Rica, pues la intención, muy meritoria por cierto, de crear la jurisdicción agraria, plasmada en el proyecto de ley que más adelante

(5) Artículo 1 inciso 1).

(6) Artículo 1 inciso 2)

(7) Artículo 1 inciso 3).

(8) Artículo 1 inciso 4).

(9) Artículo 1 inciso 5)

(10) Artículo 1 inciso 6).

(11) Artículo 1 inciso 7).

(12) Artículo 188 de la Constitución dice: "Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión". Tal es el texto actual, en virtud de reforma introducida por Ley número 4097 de 30 de abril de 1968, publicada en La Gaceta de 7 de mayo del mismo año.

(13) Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo 1.

comentaremos, no pasó de serlo estando el país en espera de que se cristalice esa aspiración.

### 3) NORMAS PROCESALES INCLUIDAS EN EL DERECHO DE FONDO.

a) Dispone la Ley de Tierras y Colonización la consolidación de las informaciones posesorias como medio de adquirir la propiedad (14). El espíritu de la ley estriba en que las informaciones posesorias y las rectificaciones de medida quedan consolidadas con el transcurso de tres años, que se contarán a partir del día de la inscripción del respectivo título en el Registro Público de la propiedad, limitándose a este plazo de tres años la prescripción del tercero que pudiera resultar afectado con esa inscripción. El procedimiento que debe seguir el particular que ha poseído por espacio de diez años un inmueble, es el de la información posesoria, trámite o procedimiento de jurisdicción voluntaria que precisamente por serlo, podría implicar una indefensión o un perjuicio para algún tercero. De allí que la ley que regula este tipo de procedimientos, denominada Ley de Informaciones Posesorias número 5257 de 31 de julio de 1973 y establece en su artículo 16 la posibilidad de que un tercero afectado reclame dentro de ese plazo la indefensión o el perjuicio, siendo por ello posible que la inscripción sea cancelada. La citada Ley de Informaciones Posesorias es en realidad una ley conexas con la Ley de Tierras y Colonización. La primera establece la competencia jurisdiccional para el respectivo pronunciamiento; sin embargo, hubo la intención del legislador de encomendar esa labor a la función administrativa, concretamente al Instituto de Tierras y Colonización y fue así como se promulgó una ley de informaciones posesorias número 4545 de 20 de marzo de 1970; pero posteriormente fue promulgada la Ley de Informaciones Posesorias número 5257 de 31 de julio de 1973 que es la que está actualmente vigente, y la cual se reformó por Ley número 5813 de 4 de noviembre de 1975, pero sin que esta reforma afectara la competencia del órgano jurisdiccional para conocer de ellas.

b) El artículo 92 de la ley mencionada, reformado por la Ley número 3336 de 31 de julio de 1964 está íntimamente relacionado con el artículo 94 ibídem y reforma dicha, y ambos se refieren a la posesión precaria de tierras; el párrafo 1 del artículo 92 antecitado eleva al Instituto de Tierras y Colonización a la categoría de único organismo facultado para intervenir en los casos de posesión precaria de tierras, procurando solución satisfactoria, de acuerdo con las disposiciones de esa ley; antes de exponer las soluciones que la ley confiere, es necesario mencionar que para los efectos de esta ley, el poseedor en precario es aquel que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año, y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público; ahora bien, estos poseedores en precario, si tuvieran la posesión decenal, pueden inscribir su derecho de acuerdo con lo dicho en la ley indicada o por el procedimiento de información posesoria; en el primer caso, el trámite consiste en la solicitud que deberá hacerse ante el Instituto para que éste promueva un arreglo directo entre los propietarios y los ocupantes; de no haber arreglo directo, entonces el Instituto hará el avalúo, lo hará la Tributación Directa pudiendo recurrirse del mismo para ante el Tribunal Fiscal Administrativo. Artículos 95 y siguientes de la ley. Como se ve, el trámite indicado es de carácter administrativo. El párrafo 2 del artículo 94 ibídem establece la obligación de acudir primero al Instituto, cuando se proyecte el establecimiento de una acción judicial respecto a un problema de posesión precaria de tierras, vía jurisdiccional que sólo podrá ser usada en el caso de que el Instituto no haya declarado la existencia de ese conflicto dentro del plazo de tres meses a partir del recibo de la gestión respectiva, o bien después de un año desde esa declaratoria sin que el conflicto haya sido solucionado. Ello revela la posición tomada por el legislador en el sentido de que sea la función administrativa, al menos en este supuesto, la que deba dar solución al conflicto, y en

(14) Artículo 14, párrafo 1 reformado por Ley Número 3336 de 31 de julio de 1964.

defecto de ella, la función jurisdiccional. Si el avalúo antes indicado, fijado ya por el Tribunal Fiscal Administrativo, entonces el Instituto debe iniciar el procedimiento de expropiación, el cual sí se lleva a cabo judicialmente. El artículo 129, en sus párrafos 2 y 3, se refieren a dos aspectos de suma importancia: el primero de ellos, a la condición de parte que tiene el Instituto en toda información posesoria que se tramite ante los Tribunales, así como en los procesos en que se discutan derechos sobre terrenos no inscritos, por ejemplo, procesos interdictales, desahucios e inclusive ordinarios; el segundo, la facultad de que el juzgador tenga como parte al Instituto en aquellos casos relacionados con terrenos rurales en donde exista un problema de posesión precaria de tierras. Se ve con toda claridad aquí también la directriz tomada por el legislador en el sentido de que sea la función administrativa del Estado a través del Instituto en esa clase de procesos, es la prevista en el artículo transitorio de la ley 3336 antes mencionada que introdujo las reformas a que se ha hecho referencia, el cual dispone que a petición de dicho Instituto, los tribunales podrán suspender, en resolución considerada, los procedimientos establecidos contra cualquier persona que hubiera sido declarada por aquél como un poseedor en precario de tierras; si el Instituto resuelve el conflicto, entonces debe ponerlo en conocimiento del juzgador para que se declare caduca la acción civil o en su caso la acción penal, y en caso contrario, continuará el proceso jurisdiccional. Se nota pues un predominio de la función administrativa sobre la función jurisdiccional, y entonces la solución de esos conflictos podrá ser llevada a cabo por funcionarios que pueden ser o no abogados, pues de conformidad con el artículo 18 el Instituto funciona bajo la dirección superior de una Junta Directiva integrada por cinco miembros: el Ministro de Agricultura y Ganadería, como miembro ex officio, dos representantes de las cooperativas de agricultores y de las comunidades campesinas legalmente constituidas, y dos miembros que serán personas de reconocida capacidad en la materia. Dentro del Instituto, no hay órgano alguno que en forma especializada conozca de los conflictos mencionados y su solución, es decir, un órgano decisor que actuará a manera de tribunal administrativo, aunque es obvio que en este supuesto esa decisión no produciría la cosa

juzgada; pero a pesar de ello, hubiera sido preferible el establecimiento de un tribunal de ese tipo. Por eso, cuando el Instituto resuelve que un ocupante pierde el derecho sobre una parcela debido al incumplimiento de las obligaciones a él impuestas, dicha resolución tiene el recurso de apelación para ante la Sala Segunda Civil; tales son las disposiciones de los artículos 66 y 177 párrafo 1; igual ocurre cuando el Instituto declara la caducidad de un contrato de arrendamiento o explotación forestal por motivos de conveniencia pública, y cuando se declara rescindido administrativamente un contrato de arrendamiento por incumplimiento por parte del arrendatario de alguna de las cláusulas del contrato. En este caso no hay duda de que se presenta una duplicidad de funciones estatales, pues hay una primera instancia administrativa y una segunda instancia jurisdiccional.

Sin embargo, se ve clara la inquietud del legislador por la creación de los tribunales agrarios, pues en el artículo 68 en su inciso 4) se menciona a los Tribunales de Tierras, los cuales nunca han existido ni como tribunales administrativos, y menos como tribunales jurisdiccionales. Ello se debe a una errónea técnica legislativa, pues no es posible dar a ello otra explicación.

#### 4) JURISDICCION AGRARIA.

##### a) Competencia.

Hasta la fecha, en Costa Rica no existen normas procesales agrarias independientes; procesos en los cuales hay de por medio un problema agrario se resuelven mediante las normas procesales del Código de Procedimientos Civiles. Tampoco existe una jurisdicción agraria especializada. No obstante, ya existe la inquietud por hacer avanzar o más bien diría yo, por hacer nacer, un derecho procesal agrario positivo, lo que se ha traducido en el proyecto de ley número 7745 tendiente a promulgar una ley de creación de la jurisdicción agraria, proyecto en el cual se ha tratado de que los problemas jurídicos en los cuales hay un problema de orden agrario, sean resueltos por jueces especializados en la materia, y con la celeridad necesaria para evitar graves perjuicios al campesino. Se observa, como lo veremos más adelante, una clara humanización o socialización del proceso agrario.

El citado proyecto (15) hace radicar el origen

(15) El artículo 1 de dicho proyecto dice: "Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 de la Constitución Política, créase la jurisdicción agraria como función especial del Poder Judicial, a lo cual corresponderá en forma exclusiva conocer y resolver definitivamente sobre los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de es-

o la génesis de jurisdicción agraria en la Constitución Política (16), dándole a dicha jurisdicción el carácter de una función especial del Poder Judicial; en esta expresión encontramos una muy buena intención de dejar bien construida la base sobre la cual desarrollará sus labores la citada rama de la jurisdicción, pero realmente no podemos aceptar, y lo señalamos como un error de bulto que verdaderamente es, que la jurisdicción agraria sea o pudiera llegar a ser una función especial del Poder Judicial; las razones son varias: en primer lugar, porque decir "función especial" es un concepto ambiguo en el estado de cosas existente en Costa Rica, pues bien podría creerse que lo que el proyecto está estableciendo sería tribunales especiales que expresamente prohíbe el artículo 35 de la citada Constitución, y lo cual no ha sido motivo determinante en la mente del legislador. De manera que el calificativo que debe usarse, que concuerda con lo que es actualmente la doctrina dominante en esta novísima rama del Derecho Procesal, es el de "especializada"; con ello sí se entiende perfectamente la idea del legislador de establecer dentro de la función jurisdiccional, una categoría de tribunales que se encargarán de resolver los conflictos de carácter agrario.

Y es que la especialidad alude a tribunales que escapen a la función mencionada con un carácter especializado, la disposición en comentario indica cuáles son los conflictos que la mencionada jurisdicción deberá resolver, siendo aquéllos que se susciten por la aplicación de esta ley (se refiere al proyecto), de sus leyes conexas y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas. La frase contenida al principio, sea, "*resolver sobre los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de la ley de*

*jurisdicción agraria*" merece una explicación y es la siguiente: estaría mal redactada esa norma si el proyecto estableciera sólo un proceso común agrario, pero en él se establecen también procesos especiales como la expropiación y las demasías, y entonces, como consecuencia lógica ese tipo de conflictos que nace de la aplicación de la mencionada ley (desde luego cuando ya haya dejado de ser proyecto), deberán ser resueltos por la mencionada rama de la función jurisdiccional.

Lo que debe entenderse por leyes conexas no ofrece ninguna complicación, ni tampoco lo que debe entenderse por producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas.

El proyecto hace seguidamente una enumeración de los procesos, contenciosos y voluntarios, que serán de la competencia de los tribunales agrarios, caracterizados por un contenido distinto y que es lo que se denomina "litigio agrario" (18). Esos procesos son los siguientes (19): reivindicatorios o posesorios en que sea parte uno o varios trabajadores de la tierra o grupos de éstos organizados por el Instituto (20); en este mismo inciso 1 del artículo 2 del proyecto, se agrupan las causas por usurpación y daños de citación directa, error evidéntísimo puesto que con ello ya los tribunales agrarios de especializados no tendrían nada, al estárseles dando también la competencia para conocer de procesos penales; es decir, los tribunales agrarios deben conocer de procesos en los que hay un problema agrario, no un problema penal. Entre esos tipos de procesos que también prevé el proyecto, se encuentran los interdictos, desahucios, y deslindes y amojonamientos, cuando se refieran a predios rústicos (21); es decir, siguiendo la definición que de ese término da el Diccionario de la Lengua Española, aquellos predios o terrenos per-

---

*la ley, de sus leyes conexas y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas*".

(16) El artículo 153 de la Constitución Política dice: "*Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas fuerza pública si fuere necesario*".

(18) Véase Alcalá-Zamora y Castillo, "*Delimitación del Proceso Agrario: Litigio, Jurisdicción, Procedimiento*", en *Estudios Procesales*, págs. 622 a 624 y 631.

(19) Artículo 2 del Proyecto.

(20) Inc. A) Es evidente que se refiere al Instituto de Tierras y Colonización, al cual se pretende también cambiar el nombre por el de Instituto de Desarrollo Agrario.

(21) Inciso B) del artículo 2.

tenecen al campo (22); las participaciones hereditarias, localizaciones de derechos proindivisos y divisiones materiales, cuando se refieran a los bienes adjudicados por el Instituto o derivados de éstos (23); los procesos de expropiación para fines agrarios (24) las informaciones posesorias sobre terrenos rústicos (25); y las acciones relativas a contratos de aparcería rural, esquileo, arrendamiento o préstamo gratuito de tierras (26); todo lo relativo a los actos y contratos originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas (27). Es evidente que el legislador no se ha preocupado en el proyecto que comentamos, en la norma relativa a la enunciación de los procesos que serán de conocimiento de los tribunales agrarios, de establecer un orden de ellos, pues aparecen combinados tanto los procesos contenciosos como los voluntarios; en esta disposición, esto es, el artículo 2, se revela la ausencia de una buena técnica legislativa, pues inmersa en ese desorden de materias competenciales aparece la competencia funcional (28) de segundo grado respecto a resoluciones del Instituto de Desarrollo Agrario sobre dotación de parcelas y caducidad y rescisión de contratos de arrendamientos de tierras, así como también la potestad disciplinaria con arreglo a la Ley Orgánica del Poder Judicial. A pesar de los defectos señalados, es digno de tomarse en cuenta el afán de aclarar en forma taxativa cuáles son los procesos de orden agrario. Y precisamente con ese afán es que el artículo 3 excluye expresamente del conocimiento de los tribunales agrarios aquellos procesos que nazcan como consecuencia de la aplicación o ejecución de las leyes y de los contratos laborales, aún cuando se deriven de la explotación de predios rústicos, o se refieran a los campesinos beneficiarios de las leyes agrarias.

Líneas atrás dimos una definición de predio rústico ateniéndonos a la definición dada por el

Diccionario de la Lengua Española; el proyecto en comentario en su artículo 4 dice textualmente: *"Serán considerados predios rústicos, para los efectos de esta ley, todas las tierras que se encuentran destinadas a la explotación agropecuaria, excepto aquellas que hubieren sido declaradas como zonas urbanas o que estén destinadas a la ejecución de desarrollos urbanos"*. Consideramos que no es necesario incluir en la norma la excepción que la misma contiene, porque ello se sobreentiende, es decir, lo uno excluye a lo otro.

#### b) Tribunales Agrarios.

Por disposición expresa del artículo 5 del proyecto, en materia agraria, la justicia se administrará por: Jueces Agrarios, Tribunal Superior Agrario, y la Sala de Casación. Se nota con ello la especialización de la jurisdicción agraria, y algo muy importante también: la Sala de Casación no conoce con ese carácter, sino que en el fondo se trata de una tercera instancia (29). La solución ha sido idéntica a la que existe en el proceso laboral. Merece destacar que la competencia de los Jueces Agrarios no tiene ninguna limitación por razón de la cuantía; la duración en sus cargos es de cuatro años, al igual que la de los Jueces Superiores Agrarios, con la diferencia de que en cuanto a los segundos se dice expresamente que pueden ser reelectos indefinidamente, lo cual se omite al referirse a los primeros (30).

#### c) Principio dispositivo e impulso procesal oficial.

Se establece en el proyecto (31) que una vez que se requiera la intervención de los tribunales agrarios, éstos continuarán actuando de oficio; es decir, mantiene el principio dispositivo pero entendido como principio de iniciativa de parte; se mantiene también el principio de controversia puesto que son las partes las que harán del conocimiento

(22) Ob. cit., décimonovena edición, Madrid, 1970, pág. 1163.

(23) Inciso c) del artículo 2.

(24) Inciso ch) del artículo 2.

(25) Inciso d) del artículo 2.

(26) Inciso e) del artículo 2.

(27) Inciso h) del artículo 2.

(28) Inciso f) del artículo 2.

(29) Así lo dispone el artículo 60 del proyecto.

(30) Artículos 8, 9 y 10 del proyecto.

(31) Artículo 6.

del juez los hechos y la prueba de éstos; y se mantiene; también lo que algunos entienden por principio dispositivo en sentido estricto, esto es, el poder jurídico de disponer o terminar el proceso anormalmente; aún cuando en el proyecto no se dice expresamente, el artículo 55 dice que *"las sentencias, así como las resoluciones que pongan fin al proceso, contendrán pronunciamiento sobre costas"*. Esa disposición da a entender que el proceso agrario puede terminar no sólo por sentencia, sino también en virtud de otro tipo de resolución, entendiéndose que cualquiera que ella sea, pues no otra solución puede darse desde luego que la norma no especifica qué clase de resoluciones distintas a las sentencias son las que pueden dar por terminado el proceso. Entendemos que no puede producirse la caducidad de la instancia, pues expresamente se ha dispuesto la actuación oficiosa del tribunal con posterioridad a la demanda; y entonces, si el impulso del proceso es obligación del juez agrario, no es posible pensar en la posibilidad de que ocurra esa caducidad. En cambio, pensamos que sí es posible la terminación anormal del proceso mediante transacción o desistimiento, puesto que no existe norma alguna de carácter prohibitivo en ese sentido.

#### d) Improrrogabilidad.

El proyecto (32) en una equivocada expresión terminológica, establece que en materia agraria la jurisdicción es improrrogable. Entendiendo a la jurisdicción como función del Estado ejercida por uno de sus Poderes Públicos, no es posible pensar en que ella pudiera ser prorrogada, pues planteadas así las cosas, ello equivaldría a afirmar que podría encomendarse al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo lo que es función propia del Poder Jurisdiccional. Ante esa equivocada terminología, debemos entender con lógica que lo que ha querido decir el autor o los autores del proyecto es que la competencia en materia agraria es improrrogable. En esta forma sí es fácilmente comprensible la idea. Ahora bien, el artículo 16 establece que *"se considerará competente y preferible para conocer del negocio al Juez del lugar en donde esté localizado el inmueble"*.

Tampoco es feliz esta redacción, porque si existe la improrrogabilidad de la competencia, no

puede entonces incluirse a determinados jueces como "preferibles" para conocer del proceso, sino que por la razón de improrrogabilidad mencionada únicamente será competente el juez del lugar en donde esté situado el inmueble; la forma en que están redactados ambos preceptos resultan contradictorios y si se mantiene su redacción, los problemas que se suscitarán en la práctica serán numerosos.

#### e) La acción.

El proyecto introduce una disposición (33) que no tiene ninguna razón de ser, y por ello debe desaparecer; esa norma dice que el establecimiento de toda acción en materia agraria presupone las siguientes condiciones: a) capacidad procesal; b) pretensión legítima en que se apoya la acción; y c) interés actual en el ejercicio de aquélla. Esta disposición revela una censurable falta de tecnicismo por lo siguiente: no se puede presuponer que quien acciona sea capaz; ello está regido por una presunción "juris tantum", al punto de que inclusive si posteriormente se demostrara la falta de capacidad del accionante, jamás podría afirmarse que no se accionó; todo lo contrario: se accionó pero sin capacidad. Se accionó puesto que se puso en actividad a la función jurisdiccional obligando al juzgador a realizar una determinada actividad; sea que esta actividad lo fuera para señalar de oficio la falta de capacidad, o sea que esa falta de capacidad hubiera sido invocada por el demandado a través de una excepción de forma; en ambos casos la acción consiguió su propósito, que era el de poner en actividad a la función jurisdiccional, como antes se dijo. En cuanto al segundo requisito, esto es, pretensión legítima en que se apoya la acción, también denota un grave error en el sentido que a continuación se indicará. Como ya lo hemos admitido en diversas oportunidades, la pretensión constituye el contenido de la acción; pero de admitir eso como lo hace el proyecto, que la acción presupone una pretensión legítima, hay un gran paso, porque entendiéndola en el sentido de que el fundamento de derecho de la pretensión sea eficaz en la sentencia, ello sería hacer la afirmación de que ocurrirá algo en todo caso de que se accione, cuando la realidad es otra. Porque no podemos llegar al absurdo de entender esa palabra

(32) Artículo 15.

(33) Artículo 23.

"legítima" en el sentido de que no sea lícita, o en otras palabras, ilícita entendiendo esta expresión como sinónimo de delictuosidad o contrario a la ley; entender esos alcances así sería un contrasentido. Entonces, si el actor en un proceso agrario no tuvo éxito en la sentencia porque no demostró sus afirmaciones, ¿podría entenderse esta circunstancia como una ilegitimidad de la pretensión? Es evidente que no. Sencillamente la legitimidad de la pretensión no surtió efecto porque los fundamentos de hecho no fueron demostrados para que hubieran sido aplicados los fundamentos de derecho.

Por ello considero que es innecesario absolutamente darle a la pretensión el calificativo de "legítima", pues ello se presume, hasta que la sentencia diga lo contrario. Se presume, repito, en el sentido de que el fundamento de hecho de la pretensión concuerde con el fundamento de derecho. Aceptar la fórmula introducida por el proyecto sería prejuzgar acerca del resultado del proceso en el fallo. En cuanto al tercer requisito, sea, interés actual en el ejercicio de aquélla, deben también aclararse los alcances que ello tiene; entendido el interés como un presupuesto de fondo, su existencia o no será determinada por la sentencia, y no por el establecimiento de la acción; se podría no tener interés entendido como tal, o sea, como efecto del perjuicio, y sin embargo no puede accionar; pero en este supuesto será la sentencia la que dirá que no hubo perjuicio y en consecuencia que no hay interés. Todos esos defectos salen a la luz sin mayor dificultad debido a que se incluye en un proyecto una institución que es polémica en la doctrina y que por esta razón la solución puede ser en dos direcciones: o se elimina la norma de no ser necesaria, o se mantiene pero conteniendo principios más reducidos y más acordes con la realidad de la vida; de adoptarse la segunda solución debe cambiarse la redacción de la disposición y decirse que para el establecimiento de toda acción en materia agraria, se requiere pretensión en que se apoye. Aún más, podría con generosidad admitirse

el primer requisito, es decir la capacidad para su establecimiento, pero desde luego no entendida como un presupuesto como lo dice erróneamente el proyecto, sino nada más como un requisito cuya existencia está regido por una presunción juris tantum. A pesar de que admitamos el pensamiento carneltuttiano de que el juez es más importante que el legislador (34) puesto que malas leyes pueden ser bien aplicadas por buenos jueces, mientras que sería muy lamentable lo contrario, es decir, buenas leyes aplicadas por malos jueces, pensamos que aunque errores como el analizado bien pueden ser disimulados por los buenos jueces, es preferible que la ley sea hecha con la mayor pureza tanto en su espíritu como en su gramática, a fin de evitar futuras interpretaciones que podrían ser inconvenientes. Confirma nuestra tesis la redacción que se le ha dado en el proyecto al párrafo 2 de la norma en comentario (35), según el cual el Instituto de Desarrollo Agrario puede establecer acciones en defensa de los derechos de sus beneficiarios, o coadyuvar con ellos en los procesos ya promovidos; ello no es ni más ni menos, en el primer supuesto, es decir, cuando el citado Instituto establezca una acción en defensa de un beneficiario suyo, de una acción en que el accionante tiene capacidad legal y existe también una pretensión material y procesal, pero no puede pensarse que haya un interés entendido como presupuesto de fondo a favor de dicho Instituto, puesto que en ese caso el directamente perjudicado no es él sino el particular. Pretensión, tanto procesal como material, forman el contenido de la acción (36). Es evidente que con esta disposición se persigue darle al proceso agrario un contenido de publicación, con lo cual se aleja en mucho, es lógico, del proceso civil.

#### f) La humanización del proceso agrario.

La humanización del proceso civil de que nos habla Sentís Melendo (37) es aspecto que en el proceso agrario se manifiesta con mucho mayor intensidad, por las razones de índole social que entran en juego en este último. Se nota esa humani-

(34) Citado por Luis Recaséns Siches en *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, pág. 130.

(35) El citado párrafo dice textualmente: "sin embargo, el Instituto de Desarrollo Agrario podrá entablar acciones en defensa de los derechos de sus beneficiarios, o intervenir como coadyuvante en los juicios promovidos por éstos para el cumplimiento de los fines de la ley".

(36) Arguedas Salazar, Olman. El derecho de accionar y la pretensión procesal, en *Boletín Informativo de la Corte Suprema de Justicia*, No. 211, julio de 1973, pág. 28.

(37) *Estudios de Derecho Procesal*, págs. 219-237, tomo 1.

zación en la defensa de personas de escasos recursos en cuyo caso, a juicio del juzgador, esa defensa puede ser encomendada a un Defensor Público (38); análoga medida deberá acordar el tribunal cuando el demandado en proceso agrario se encuentre en cualquiera otra de las situaciones previstas en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (39), es decir minoridad sin que exista representación legal, enajenación mental, sordomudez o desvalimiento. Se manifiesta también dicha humanización al permitirse que se litigue en papel común, al eximirse del pago de toda clase de timbres, al no haber obligación de rendir ninguna garantía, en la verbalidad del procedimiento, y desde luego, en la absoluta manifestación del impulso procesal oficial (40). También al disponer la facultad de hacer gestiones en forma oral o escrita, sin necesidad de aportar copias en este último supuesto (41). Asimismo, mediante la actuación en día u hora inhábil de los Tribunales Agrarios a fin de evitar un grave perjuicio a los interesados, y cuya habilitación debe hacerse en resolución considerada (42). La posibilidad, tratándose de agricultores, de que la demanda sea interpuesta verbalmente (43). También tratándose de esa clase de trabajadores, la posibilidad de contestar verbalmente la demanda (44).

#### g) La Rebeldía.

Esta institución ha sido configurada en forma distinta a como está pensada para el proceso civil, pues en primer lugar la rebeldía del demandado puede ser declarada de oficio o a instancia de parte y la misma no implica necesariamente admisión de los hechos de la demanda; todo lo contrario ocurre en el proceso civil: la rebeldía se decreta sólo a instancia de parte, y la misma implica la contestación afirmativa de la demanda en cuanto a los hechos. En cuanto a apertura a pruebas, sí se ha conservado la misma filosofía imperante en el proceso civil, es decir, que a pesar de la declaratoria de rebeldía, el

proceso debe ser objeto de la prueba necesaria: así, en el proceso agrario que se configura en el proyecto que comentamos, para la recepción de las pruebas debe señalarse para la comparecencia a juicio verbal (45). Como la rebeldía en realidad no afecta en nada el fondo del asunto, la misma no es ni más ni menos que el agotamiento de un trámite para continuar con el procedimiento, en el pretendido proceso agrario costarricense.

#### h) Defensas previas.

El nombre de defensas previas deriva de la característica de que esas defensas son resueltas interlocutoriamente, es decir, de previo a continuar con la tramitación. No tienen un plazo determinado para ser opuestas, sino que pueden serlo en el momento de contestar la demanda o en el de la réplica, con la salvedad de que la defensa de cosa juzgada, introducida en el proyecto como previa, puede también oponerse en cualquier estado del juicio antes de la sentencia definitiva (46). Amérita varios comentarios la norma dicha. En primer lugar, consideramos correcta la tesis de que la cosa juzgada se convierta en una defensa previa, al contrario de lo que existe en el proceso civil que se le considera una excepción de fondo. Esta solución implica una economía tanto de tiempo como de dinero y de energías mentales de partes y del juez.

Esa defensa puede ser opuesta antes de la sentencia definitiva, idea que es de fácil comprensión, es decir, en cualquier instancia. En segundo lugar, otro comentario favorable a la disposición comentada es el de catalogar como defensas previas, además, a la prescripción y a la litis consorcio necesaria. Ambas tienden con toda claridad a conseguir la economía procesal en los sentidos antes expuestos, y a conseguir también celeridad en la administración de la justicia agraria.

Quedando las restantes que sí son de tipo exclusivamente procesal, cuales son: la incompetencia, mal llamada en el proyecto incompetencia de

(38) Artículo 25 del proyecto.

(39) El párrafo 1 del artículo 133 de L.O P.J., dispone que los defensores públicos son funcionarios del Poder Judicial nombrados por la Corte Plena, y tienen a su cargo la defensa de los menores de edad, sordomudos, enajenados mentales y personas desvalidas.

(40) Artículo 26 del proyecto.

(41) Artículo 27 del proyecto.

(42) Artículo 30 del proyecto.

(43) Artículo 38 párrafo 2 del proyecto.

(44) Artículo 40 párrafo 3 del proyecto.

(45) Artículos 43 y 46 del proyecto.

(46) Artículo 44 del proyecto.

jurisdicción, la litis pendencia, la falta de agotamiento de la vía administrativa, la falta de personalidad procesal del actor o del demandado y la insuficiencia o ilegalidad del poder de su apoderado.

#### i) El juicio verbal.

Digno de comentarse en cuanto a este trámite es la disposición (47) que establece la posibilidad, no la obligación, de que el juicio verbal se celebre en el predio afectado por el conflicto, disposición que tiende a crear en el ánimo del juez una mayor claridad de los argumentos expuestos por las partes y desde luego una mayor celeridad en el procedimiento y de consiguiente en la decisión. De la redacción de esa norma (48) se colige con facilidad que el espíritu del legislador ha sido el de dicho juicio verbal se celebre en el lugar del conflicto, lo que también demuestra una característica más de la tendencia a humanizar el proceso agrario. Es decir, el juez agrario va hacia el problema en busca de su solución, no al contrario. Los testigos en el acto del juicio verbal deben ser examinados sobre hechos generales por intermedio del juez; las razones las da el mismo proyecto en la norma que regula este aspecto del juicio verbal (49) y son las siguientes. a fin de evitar que se sugiera al testigo en forma implícita o explícita la respuesta que favorezca a la parte preguntante. Consideramos muy sabia la solución que el proyecto da en cuanto a este punto.

#### j) Prueba y sentencia.

El proyecto contiene una disposición que es absolutamente equivocada (50) y es la referente a la prueba para mejor proveer, pues de la redacción de la norma respectiva se concluye con facilidad que dicha prueba se ordena después del juicio verbal, pero antes del plazo para alegar de buena prueba; es decir, este plazo de alegar de buena prueba se está refiriendo inclusive a la prueba para mejor proveer, lo que es absurdo, puesto que la prueba para mejor proveer es prueba del juzgador, no de las partes. Además, no se comprende tampoco por

qué el proyecto prevé ese plazo de alegar de buena prueba, pues el mismo es innecesario ya que no contribuye más que a la lentitud en el proceso agrario, aún cuando sea de pocos días, seis, como se prevé en aquél. Tomando en cuenta el espíritu que debe imperar en esta legislación procesal agraria, lo lógico es entonces prescindir de todo trámite innecesario, pues con alegato de buena prueba o sin él, es el juez el que en definitiva dirá a quién corresponde la razón; por eso es preferible prescindir de ese innecesario trámite.

Las pruebas se aprecian en conciencia y sin sujeción estricta a las normas del derecho común, pero deben expresarse los principios de equidad o de derecho en que el juez basa su criterio (51).

Dados los fines que con el proceso agrario se persiguen, no podía ser de otra forma la valoración de los medios probatorios.

En ninguna norma del proyecto que comentamos se disponen los requisitos que deben contener las sentencias; por eso, y tomando en cuenta también las razones de justicia social que imperan en lo agrario, se ha querido también que no haya atraso en la confección de los fallos al no disponerse en ninguna de las normas del proyecto que las mismas sean hechas con resultandos, considerandos y por tanto, pues de no haber sido así, entonces el proyecto habría dispuesto cuáles habrían sido esos requisitos, o cuando menos habría remitido al Código Procesal Civil en lo relativo a este punto. Se dispone, en cuanto al contenido propio de las sentencias, únicamente que las mismas resolverán todos los puntos que hayan sido objeto del debate y no comprenderán otras cuestiones que las debatidas (52).

#### k) Los recursos.

Se establece el recurso horizontal que también existe en el proceso civil: la revocatoria, que puede ser llevada a cabo por el mismo juez que dictó la resolución, dentro de veinticuatro horas después de notificada, de oficio o a petición de partes. La apelación ha sido pensada únicamente para las sen-

(47) Artículo 48 del proyecto.

(48) Esa disposición, en lo que interesa, dice: "artículo 48. Siempre que fuere posible realizar el juicio verbal en el predio afectado por el conflicto, se llevará a cabo la comparecencia en ese lugar".

(49) Artículo 50 párrafo 3 del proyecto.

(50) Artículo 53 párrafo 2 del proyecto.

(51) Artículo 54 del proyecto.

(52) Artículo 54 antes mencionado.

tencias, para los autos que pongan fin al proceso, para los autos que declaren con lugar defensas previas, y para otras resoluciones que expresamente el proyecto otorgue dicho recurso. Para las sentencias de segunda instancia, se ha establecido un recurso de Casación que por la forma en que está construido, es claro determinar que no se trata propiamente de un Recurso de Casación en su recto sentido, sino más bien de una tercera instancia, como fácilmente resulta del artículo 61 que en su párrafo 3, el cual obliga a la Sala de Casación a apreciar la prueba en conciencia, al igual que como se hace en la primera instancia (53).

#### l) La ejecución de las sentencias.

El proceso de ejecución de la sentencia está regido por las normas que regulan la ejecución de una sentencia civil por remisión expresa que el proyecto hace al articulado correspondiente (54).

Sin embargo, también se han establecido las siguientes disposiciones que revelan una vez más la tendencia a la celeridad y a la humanización del proceso agrario; ellas son las siguientes: señalamiento de oficio para la compulsión para la expedición de las ejecutorias; de oficio, decreto de embargo en bienes del vencido en cantidad suficiente para garantizar sus derechos; de existir elementos de juicio suficientes en el expediente, formulación de oficio de la liquidación. Se limita no obstante en el proceso de ejecución los recursos, pues la sentencia de primera instancia que aprueba la liquidación tiene apelación pero lo resuelto por el Tribunal Superior sólo tiene recurso de responsabilidad; literalmente entendido, se proscribió en este caso el recurso para ante la Sala de Casación.

#### II) Procedimientos Especiales.

En el proyecto se establecen concretamente la expropiación (55) y las demasías (56) y en una forma confusa y antitécnica, los que en conjunto se denominan "*otros asuntos de conocimiento de los Tribunales Agrarios*" (57).

El primero de esos tipos de proceso se refiere, como es de todos conocido, a la necesidad de ad-

quirir terrenos para los fines perseguidos por la ley, se sobreentiende, por la ley agraria de fondo; y los segundos a los casos en que el particular posee una área que excede a la inscrita, a efecto de que ese exceso sea inscrito a nombre del Instituto; en cuanto a los terceros, se trata de procesos que ordinariamente son de competencia de los Tribunales comunes y que no han sido regulados expresamente; entonces en este supuesto, el juez sujetará el procedimiento que en cada caso establece el respectivo Código. La solución mencionada es totalmente equivocada, pues provocará desorden e incertidumbre.

#### m) La defensa.

El proyecto no podía hacer caso omiso del aspecto relativo a la defensa (58). No tiene sin embargo, la orientación que debió habersele dado tomando en cuenta la naturaleza de las pretensiones que en este tipo de proceso están destinadas a debatirse. En otras palabras, el proyecto deja la defensa en manos de las partes, lo cual resulta lógico si una de ellas, o ambas, tienen recursos económicos suficientes para pagar los honorarios de un abogado.

Pero no lo es en tratándose del pobre, no sólo en el aspecto económico sino también culturalmente hablando. Y decimos que no lo es sin temor a equivocarnos porque si bien el artículo 25 del proyecto que comentamos prevé la situación de pobreza, encomendando la defensa de aquel pobre a un defensor público, esa solución no es lo suficientemente justa, puesto que el pobre en un proceso agrario estaría defendido por un defensor público, es decir, por un abogado cuya especialidad es la materia penal, y no el derecho agrario, tanto de fondo como procesal. Si el proyecto quería darle un efectivo auxilio a las indicadas personas, lo que debió establecer fue un patrocinio gratuito a cargo del Estado, pero con abogados especializados en materia agraria, al igual que como ha sido pensado para los jueces agrarios. En este aspecto se estarían combinando bien la pobreza y la justicia (59).

(53) Artículos 58 a 61.

(54) El artículo 62 párrafo 1 del proyecto remite a los artículos 987 a 1018 del Código de Procedimientos Civiles, los cuales regulan la ejecución de las sentencias.

(55) Artículos 63 y siguientes.

(56) Artículos 78 y siguientes.

(57) Artículos 79 y siguientes.

(58) Artículos 24, 25, 28, 29.

(59) A propósito de este tema, véase M. Cappelletti, *Proceso, Ideologías, Sociedad*, págs. 153 y siguientes.

## CONCLUSIONES

- 1) No todo conflicto jurídico en el que aparezca envuelto un predio rústico tendrá carácter agrario, sino solamente los referentes al cultivo y explotación de la tierra.
- 2) Todos los procesos de carácter agrario deben ser de conocimiento de jueces juristas especializados en derecho agrario.
- 3) La función administrativa del Estado debe ser excluida de la solución de esta clase de procesos, siendo por el contrario, únicamente la función jurisdiccional la que debe avocarse a su conocimiento.
- 4) La regulación del derecho procesal agrario, por ser aún incipiente, no amerita la creación de códigos procesales agrarios; tampoco la inclusión de esta materia en los códigos procesales civiles, porque entonces se haría una confusión de materias a todas luces inconvenientes. Basta, por el momento, con la regulación mediante una ley especial.
- 5) El juez agrario debe tener no sólo una especialización en materia agraria, sino además un conocimiento suficiente del lugar en que desempeña sus funciones, tanto en el campo social, como en el económico y agrícola, para realizar un buen papel como tal.
- 6) Improrrogabilidad, impulso procesal oficial, oralidad, simplicidad de formas, gratuidad, son los principios que fundamentalmente deben manifestarse en el proceso agrario, a fin de que con él se consiga la humanización.
- 7) Es absolutamente inconveniente que por razones estadísticas económicas se recargue a los jueces civiles con la materia agraria, pues en ambos campos la filosofía es diversa; se impone siempre que el juez agrario se dedique con exclusividad a este campo.
- 8) Tampoco es admisible la solución de que un juez agrario conozca de determinados delitos relacionados con el agro; ese aspecto también debe ser encomendado con exclusividad al juez penal.

## BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios Procesales*. Editorial Tecnos S. A., Madrid 1975.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. E.J.E.A., Buenos Aires, 1974.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. *Introducción al Estudio del Derecho Agrario*, 3a. edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1975.
- MONGE ALFARO, Carlos. *Historia de Costa Rica*. Décimacuarta edición, corregida y aumentada. San José, Costa Rica, 1976, Trejos Hermanos.
- Proyecto de Ley de Creación de la Jurisdicción Agraria*, Número 7745, publicado en el Alcance No. 13 a La Gaceta No. 19, del 28 de enero de 1977.
- RECASENS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1973, 2a. edición.
- SENTIS MELENDO, Santiago. *Estudios de Derecho Procesal*. E.J.E.A., Buenos Aires, 1967.
- STONE, Samuel. *La dinastía de los conquistadores*. Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), 2a. edición, 1976.

\*\*\*\*\*



## LA DOCTRINA PROCESAL AGRARIA

*Dr. Ricardo Zeledón.*

### S U M A R I O :

|   |    |
|---|----|
| 1. Premisa. . . . .   | 40 |
| 2. Las dificultades de la concepción de un "Derecho procesal de la agricultura". . . . .  | 40 |
| El Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano (1935) y la posición de CALAMANDREI<br>adversa a una distinción procesal agraria. . . . .  | 40 |
| El Secondo Congresso Nazionale di Diritto Agrario (1939) y el Proyecto de Ley de la agricultura. . .  | 41 |
| La emisión del Codice di procedura civile de 1942: ¿venció la tesis contraria al proceso agrario? . . .   | 41 |
| 3. El desarrollo de los sistemas procesales agrarios en Europa (Italia, España y Francia) y América<br>(México y Argentina) al concluir la primera mitad del Siglo. . . . .   | 41 |
| 4. La evolución científica del proceso agrario. Superación de las dificultades contrarias al "Derecho<br>procesal de la agricultura" al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Explicación Política a la<br>tesis de CALAMANDREI. . . . . | 45 |
| 5. Los primeros comentarios (ANDRIOLI y TORRENTE) e intentos de sistematización dogmática<br>(FIX ZAMUDIO y CAPPELLETTI) del Derecho procesal agrario. . . . .  | 46 |
| 6. Los primeros pasos en la consolidación de la doctrina procesal agraria. El VIII Congreso Mexicano<br>de Derecho Procesal (1979). . . . .   | 49 |

1. Aún cuando el nacimiento de la ciencia que estudia el Derecho agrario se ubica en los primeros años de este Siglo, fue necesario un largo recorrido para alcanzar su madurez, y hasta ahora, superados los primeros cincuenta años, se puede contar con la presencia también de un desarrollo y estructuración del proceso agrario.

En un principio, no obstante los sistemas procesales agrarios aparecidos al calor de las imposiciones económico-sociales propias de la agricultura, la doctrina procesal no asumió el estudio profundo de los nuevos sistemas dándoles el valor que se merecían. Esto ocasionó en el seno del proceso agrario dos consecuencias inmediatas: por una parte se evidenció un inmenso vacío en el tratamiento procesal de la agricultura con el reflejo de una marcada desproporcionalidad entre el estudio del Derecho agrario sustancial y procesal; por otra parte, ausente de un tratamiento científico, el proceso agrario hubo de enfrentar desarmado las adversidades propias de una jurisprudencia que tendía a llevarlo a los principios e inspiración del Derecho Civil, anulando la motivación histórica por la cual encontró razón de ser. Solo muchos años después, a través de juristas de gran sensibilidad provenientes del campo procesal y agrario, se vislumbró este importante tema abandonado y se ha comenzado a crear un movimiento destinado a ser el gestor de la novísima doctrina procesal agraria.

En este ensayo se pretende ubicar el grado de desarrollo alcanzado por la doctrina procesal agraria de reciente gestación; es necesario para ello indicar las primeras dificultades que debió enfrentar la disciplina y la forma en que se fueron superando para denotar luego el grado de evolución conceptual alcanzado, pues uno y otro factor adquieren importancia para una visión panorámica de este movimiento que —por pequeño— permite aún denotarlo con sus extremos más salientes.

2. Uno de los interrogantes a los cuales se somete siempre el estudioso del proceso agrario es: ¿Por qué mientras se presencia en el Siglo XX el nacimiento, formación y desarrollo —en los planos le-

gislativo, científico y académico— del Derecho agrario, con un florecimiento impresionante en el campo doctrinal, por otro lado existe un verdadero vacío en el ámbito procesal agrario?

La respuesta es compleja y debe buscarse en las dificultades inherentes a este Derecho procesal que se remontan a la época de los primeros obstáculos superados por la ciencia del Derecho agrario sustancial.

En el Primo congresso nazionale di Diritto agrario italiano, celebrado en Florencia en 1935, PIERO CALAMANDREI comenzó planteando: *"porque el proceso sigue al Derecho como la sombra sigue al cuerpo y, no obstante su autonomía científica cada vez más afirmada en estos últimos decenios, el derecho procesal, como instrumento práctico del derecho sustancial, se conforma y se plasma necesariamente sobre las exigencias de éste, es lícito al procesalista, que asistiendo al presente congreso pueda darse cuenta del camino cumplido en Italia hacia el estudio sistemático del Derecho agrario como disciplina autónoma, preguntarse si a este siempre más neto diferenciarse del derecho sustancial de la agricultura, no deba corresponder, a un análogo movimiento de diferenciación en el campo del proceso: si no se pueda hablar, ésto es, al margen y apéndice del estudio del Derecho agrario sustancial, privado y público, de un derecho procesal de la agricultura, como otras veces se ha hablado del derecho procesal del comercio, o se habla hoy del derecho procesal del trabajo"* (1).

La solución al problema no la daba el famoso florentino en sentido positivo: no era precisamente impulsando la existencia del proceso agrario como se cumple con las exigencias del nuevo Derecho agrario, por el contrario, era necesario imprimir en el proceso ordinario una serie de modificaciones sustanciales para lograr un proceso menos lento y adecuado a las necesidades de la agricultura (2). Dentro del planteamiento general habían dos extremos fundamentales: por una parte desechar la creación de cualquier tipo de tribunales agrarios (idea completamente importuna para CALAMANDREI), y de otro lado, mantener la

(1) CALAMANDREI, P., *Diritto agrario e processo civile*, relación presentada al primer congreso italiano de Derecho agrario, publicado en *Atti del primo congresso nazionale di Diritto agrario* (Tip. M. Ricci Firenze, 1935), luego en *Studi sul processo civile* (Cedam, Padova, 1939) IV, p. 15-32, ahora en *Opere Giuridiche* (al cuidado de Mauro Cappelletti) (Morano, Napoli, 1965) I, p. 279-94, 279.

(2) CALAMANDREI, P., *Diritto agrario e processo civile*, *Ibid*, p. 289.

unidad del proceso civil porque "el problema general de la reforma del proceso civil ordinario debe ser considerado como problema que interesa en forma esencial a la economía agraria" (3) pues sobre ésta caía, más que en otros aspectos, los anacronismos del proceso de la época. Se trató de demostrar la importancia de no dejar al Derecho agrario, naciente y vigoroso, caer dentro de un proceso separado de las nuevas reformas que se impulsaban en ese tiempo en Italia: no debía quedar encadenado a un proceso, del cual luego le costaría liberarse, atrasado en el campo legislativo y doctrinal, y no moderno como se pretendía.

En el Secondo congresso nazionale di Diritto agrario, celebrado en Cerdeña en 1939, el tema procesal de la agricultura fue de nuevo tratado (4), sin existir, sin embargo, un pronunciamiento concreto sobre su establecimiento. En este congreso fundamentalmente se discutió acerca de la elaboración de una Ley orgánica para la agricultura (5) y su contenido (para unos debía constituir un texto único en el cual se reunieran todas las normas referidas a la agricultura, dispersas en ese momento en las diferentes leyes y códigos, y otros, pretendían fundar la autonomía legislativa). Frente a este intento, siempre en pos de sostener la unidad procesal civil, CALAMANDREI se pronunció negativamente corroborando su posición de 1935: si la legislación especial en todos los casos elabora un

capítulo procesal como accesorio "el estudio del derecho procesal como disciplina autónoma estaría en peligro" (6), así como la distinción entre derecho sustancial y derecho procesal (7).

Con estas dificultades en el plano doctrinario (8) relevante sobre todo por la autoridad científica de CALAMANDREI, se dictó el Codice di procedura civile publicado el 28 de octubre de 1940 que aparentemente terminó la discusión tendiente a buscar un proceso especial para la materia agraria, pues —como antes— las controversias referidas al contenido de ésta deberían ser conocidas en la sede civil. De frente al interrogante: ¿venció la tesis contraria al proceso agrario? la doctrina parece ser que respondió en forma afirmativa en un principio, o al menos aceptó con plena validez la tesis sostenida por CALAMANDREI en 1935 y 1938, pues no se encuentra una labor de los procesalistas (9) digna de mención en los años sucesivos.

3. Al dar inicio la segunda mitad de este siglo, después de la contienda bélica que aquejó al mundo por tantos años, confluyen nuevas fuerzas económicas y sociales destinadas a cumplir un papel cardinal en la agricultura: se requieren nuevas técnicas de producción, intercambio y consumo, así como de una nueva disciplina jurídica acorde con el movimiento económico (10) para forjar la sociedad moderna. Al dictarse un complejo conjunto

(3) CALAMANDREI, P., Diritto agrario e processo civile, *Ibid.*, p. 293-94.

(4) Las relaciones referidas al proceso agrario son: CALAMANDREI, P., Esecuzione forzata sul fondo o sull'azienda agraria, p. 319-36; CORSO, V., La disciplina processuale dei rapporti di compartecipazione agricola e di piccola affitanza, p. 469-88; PESCE, G., Gli aspetti procedurali dell'ordinamento sindacale corporativo per la agricoltura, p. 488-523; ROCCO, L., Conseguenze della esecuzione forzata sui beni gravati dai privilegi agrari in rapporto all'unità aziendale, p. 917-28; SENIN, A., Concorso fra privilegi agrari e privilegio per tributo fondiario sui frutti, p. 928-53, todos publicados en *Atti del secondo congresso nazionale di Diritto agrario* (Edizioni universitarie, Roma, 1939).

(5) Véase fundamentalmente las relaciones BOLLA, G.G., Per una legge organica dell'agricoltura. Presupposti e sistema, p. 137-54; y, AZARA, A., Istituti giuridici nei progetti dei codici che devono essere particolarmente studiati nella formazione di una legge organica dell'agricoltura, p. 154-67, en *Atti del secondo congresso nazionale di Diritto agrario*, *Ibid.*

(6) CALAMANDREI, P., Processo civile e diritto agrario publicado en *Rivista di Diritto processuale civile*, 1938, ahora en *Opere Giuridiche supra* nota 1, p. 390-91, 391.

(7) CALAMANDREI, P., Processo civile e Diritto agrario, *Ibid.*

(8) Acordes con la tesis de CALAMANDREI, CARRARA sostuvo que "como regla valen para las relaciones de la agricultura los mismos institutos procesales ordinarios" (CARRARA, G., Corso di diritto agrario, Studium, 2a. ed., Roma, 1938, I, p. 32-33), y tiempo después NICETO ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO decía que "el procedimiento sobre los litigios agrarios no creemos (. . .) que requiera una judicatura especial, distinta de la civil" (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento, publicado en *Atti della Seconda assemblea dell'istituto di Diritto agrario internazionale e comparado*, Giuffrè, Milano, 1964, I, p. 431-64, 458).

(9) En efecto "la contribución de los procesalistas al estudio de los problemas del Derecho agrario no ha sido, en el cincuentenario desde la fundación de la *Rivista di Diritto Agrario*, caracterizado por la cantidad" ROMAGNOLI, E., en la *Presentazione* al libro de ALBERTO GERMANO, *Il processo agrario* (Giuffrè, Milano, 1973) p. v.

(10) Un interesante estudio jurídico, con incidencia en estos aspectos propios de la sociedad moderna que escapan las más de las veces a la vista del jurista, es: CAPELLETTI, M. *Il Diritto comparado e il suo insegnamento in rapporto ai bisogni della società moderna*, que fue la relación presentada al convenio "Scienze sociali, riforma universitaria e società italiana" promovido por el "Centro nazionale di prevenzione e difensiva" (Milano, noviembre de 1967) publicado en *Rivista di Diritto Civile*, 1968, p. 162-75 ahora en *Processo e ideologie* (Il Mulino, Bologna, 1969) p. 265-85.

iusagrario se encuentran también interesantes disposiciones procesales destinadas a satisfacer las exigencias de las normas sustantivas que requerían una especialización procesal.

En Europa y América Latina se desarrollan verdaderos sistemas procesales agrarios (11) cuya aparición fue el motivo principal para dar inicio a una serie de comentarios doctrinarios, antecedente valioso de la nueva doctrina procesal agraria.

En Europa el sistema procesal agrario presenta una enorme variedad en cuanto a la definición de la naturaleza de los órganos, el grado de amplitud de la competencia, el tipo de procedimiento seguido e incluso en cuanto a los principios procesales presentes (12). En Alemania Federal se encuentra el *Landwirtschaftsgerichte* que es un órgano facultado para conocer de las controversias relacionadas con los arrendamientos agrarios y forestales, así como del régimen de transmisión hereditaria. En Austria, no obstante al magnífico proceso civil (oral, rápido, concentrado, de carácter público) se encuentran también procesos agrarios. Bélgica conoce en sede civil. Dinamarca tiene la *Commissión des petits exploitations* y la *Commissión d'Etat pour la législation foncière*, sin tribunales agrarios pues el 95 por ciento de los agricultores son propietarios. En Escocia existen los *Land Courts* de carácter cuasi-jurisdiccional que resuelve conforme a principios de justicia natural. En España en la actualidad existen los Jurados de riego, el Tribunal de las aguas de Valencia, y los Tribunales de censos de Cataluña. En Finlandia hay jueces competentes para conocer de materia de expropiación, con base en la Ley de reforma agraria. En Francia existen los *Tribunaux paritaires de baux ruraux* como parte de la *Jurisdiction d'exception*. En Holanda las controversias agrarias provienen de la Ley de arrendamientos rústicos, resueltas en los *Pachtckamers*, de jurisdicción especial. En Inglaterra la solución

de controversias es competencia de árbitros y órganos judiciales especializados: los *Agricultural lands Tribunals*, que resuelven conforme a principios de Derecho natural. Irlanda posee tribunales agrarios creados desde 1881 cuya competencia consiste en la adquisición forzosa de terrenos y su posterior distribución entre los campesinos, fijando precio y forma de pago, se llaman *Land Commision*, integrados por un *Judicial commissioner* y cuatro *commissioner* laicos que tienen por superior a la *Supreme Court* cuando medien motivos de Derecho. Italia tiene dentro de los tribunales civiles las *Sezioni specializzate* agrarias cuya competencia se refiere al conocimiento de la contratación agraria, integrada por jueces juristas y laicos. Luxemburgo no tiene Juez agrario, conocen los tribunales ordinarios. Noruega, con un 92 por ciento de agricultores propietarios, ha creado las *Land Committees* con carácter técnico asistencial, dependiente del *Agricultural Country Society*. En Portugal los problemas provenientes de los arrendamientos rústicos son conocidos por una comisión arbitral integrada por un Juez de Distrito (Presidente), un representante del Ministerio de Agricultura y otro de las organizaciones agrícolas, cuya resolución tiene solamente el recurso de apelación ante el *Tribunal de Relação*. En Suecia dos leyes de 1927 crearon jueces especiales con competencia en cuanto a la delimitación y uso de parcelas de tierra: es el *Land Partition Courts* integradas por el Juez de distrito y por tres laicos electos popularmente. En Suiza —para completar el marco de la Europa occidental— hay jueces especializados pero solo para los cantones de Lucerna, Zurich y Glaris, que conocen de contratos agrarios y problemas de aguas (13). Valga el intento de hacer un comentario más amplio de los casos de Italia, España y Francia.

En Italia desde 1939 hay antecedentes del Juez especializado en materia agraria (14) con la

(11) Véase en este sentido AGUNDEZ FERNANDEZ, A., *Tribunales y procesos agrarios* (breve síntesis de la tesis doctoral) (Gráficas Uguina, Madrid, 1975).

(12) "Al estudiar la organización de los diversos regímenes procesales vigentes en Europa —sostiene AGUNDEZ— se observa una gran variedad, que se extiende desde el Juez administrativo al Juez ordinario, pasando por Jueces especiales, Jueces especializados y Jueces populares. En unos Estados las normas de trámite del proceso agrario siguen el ordenamiento general de todo proceso civil y otros presentan procedimientos específicos y singulares. Por regla general el proceso agrario es referido a la materia de arrendamientos rústicos", en AGUNDEZ FERNANDEZ, A., *Tribunales y procesos agrarios*, *Ibid.*, p. 6-7.

(13) Cfr., GERMANO, A., *Appunti sulla recente legislazione agraria inglese*, en *Rivista di Diritto Agrario, I tribunali agrari nel diritto europeo occidentale* en la misma Revista, 1968, p. 264 ss. y 587 ss., *Il processo agrario*, *supra* nota 9, p. 15; AGUNDEZ FERNANDEZ, A., *Tribunales agrarios* publicado en la *Revista de Estudios Agro-Sociales*, 1955, No. 11, p. 36-66, *Justicia agraria en Iberoamérica* en la misma Revista 1972, No. 79 p. 169-84, *Tribunales y procesos agrarios supra* nota 12, p. 6-9; MASREVERY, J., *Derecho agrario y justicia agraria*, (F.A.O., Roma 1974); y, ZELEDON, R., *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina* (desarrollo conceptual y perspectivas histórico-jurídicas), publicado en la *Revista Desarrollo Rural en las Américas*, 1977, No. 3, 129-43, especialmente p. 131-32.

(14) Véase la Ley No. 895 del 22 de mayo de 1939. En todo caso al final del Siglo pasado e inicios del presente se co-

creación de la *Commissione rappresentativa mista* instaurada para valorar y proponer la reducción del canon de los arrendamientos al prefecto, cuya función fue ampliada más tarde a las prórrogas de locación (15). El verdadero nacimiento del Juez especializado, sin embargo, es de 1944 al disciplinarse los contratos de aparcería ("mezzadria") impropia, colonia y coparticipación, e instaurar las *commissioni circondariali* (16) (presididas por el Presidente del Tribunal, con un representante de los propietarios y uno de los aparceros o colonos) encargadas de determinar, arbitralmente, la medida de las cuotas de repartición de los productos y utilidades (17). Más tarde, en 1948 y 1950 (18), se establecieron las *Sezioni specializzate dei tribunali* competentes en materia de prórroga; compuestos por el presidente de la sección, dos jueces togados y cuatro expertos escogidos entre los designados por las organizaciones de las partes. El carácter de las *Commissioni* obligó en 1962 (19) a su supresión de acuerdo con la Constitución republicana pues ésta prohibía la existencia de jueces especiales (20). Fue necesaria su inmediata previsión obligan-

do al legislador a instituir un sistema procesal sustitutivo en 1963 en virtud del cual se crearon las *Sezioni specializzate agrarie* en todos los Tribunales y Cortes de apelación (21) integrados en forma colegial por cuatro expertos nombrados por el presidente del Tribunal de las listas ofrecidas por las asociaciones sindicales de arrendantes y arrendatarios (22) con una competencia bastante similar a las anteriores (23), para conciliar el principio de la jurisdicción única con la necesidad de adaptar la composición de los órganos a las especiales exigencias de las causas a juzgar (24). No obstante su especialización en cuanto a las personas integrantes del colegio, el procedimiento seguido, y su competencia, la jurisdicción agraria italiana es de carácter especializada porque forma parte de un órgano judicial ordinario.

En España los antecedentes históricos de los tribunales agrarios son particularmente antiguos, entre ellos están los Jueces de Aliste (en Zamora), los Arbitros y Amigables componedores de la comunidad de Toruel, el Tribunal del asesor de Ibiza y Formentera, y el Tribunal de las aguas de Valen-

---

noce de la existencia de "comitati", "commissioni arbitrali", "giunte d'arbitri", "collegi dei provviri", etc., destinado a conocer arbitralmente de la materia laboral agrícola (vgr. el Real decreto legislativo No. 407 del 7 de abril de 1921 derogado más tarde por el fascismo con el Real decreto legislativo No. 1437 del 14 de noviembre de 1922).

- (15) Real decreto legislativo No. 953 del 19 de junio de 1940 y Ley No. 1727 del 28 de enero de 1940.
- (16) El verdadero nacimiento del juez especializado agrario se opera con el Decreto legislativo No. 311 del 19 de octubre de 1944.
- (17) La competencia de las comisiones fue ampliada posteriormente a través de los decretos Nos.: 157 del 5 de abril de 1945, el 639 del 10 de agosto de 1945, el 273 del 1 de abril de 1947, y el 277 del mismo 1 de abril de 1947, en relación con la prórroga de contratos agrarios de tipo asociativo y con la presencia de pequeños empresarios, la adecuación y percepción de cánones, e incluso algunas disposiciones concretas referidas al procedimiento para ante las comisiones.
- (18) Véase la Ley No. 1094 del 4 de agosto de 1948 modificada por la No. 392 del 3 de junio de 1950.
- (19) La sentencia No. 108 del 11 de diciembre de 1962 de la Corte de Casación, y la No. 5 del 5 de febrero de 1963 declararon inconstitucionales las prescripciones legislativas contenidas en los artículos: 5 de la Ley No. 1140 del 18 de agosto de 1948 y el 7 de la No. 1094 del 4 de agosto de 1948, y el 1 de la No. 392 del 3 de junio de 1950 en cuanto a la constitución de las oficinas judiciales y de los órganos especializados.
- (20) El artículo 102 de la Constitución Política aprobada el 22 de diciembre de 1947 establece que "la función jurisdiccional se encuentra ejercitada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas del ordenamiento judicial. No pueden ser instituidos jueces extraordinarios o jueces especiales. Pueden solamente instituirse en los órganos judiciales ordinarios secciones especializadas para determinadas materias, también con la participación de ciudadanos idóneos extraños a la magistratura. . .".
- (21) Véase la Ley No. 320 del 2 de marzo de 1963.
- (22) Las secciones especializadas agrarias instituidas en todos los Tribunales y Cortes de apelación se encuentran constituidas por Magistrados nombrados anualmente con base en la normativa del ordenamiento judicial, y además dos expertos nombrados por dos años (italianos, de edad no inferior a los 25 años, inscritos en los registros profesionales al menos tres años antes, y de buena conducta) escogidos para las Secciones de los Tribunales entre los registros de los doctores en ciencias agrarias, peritos agrarios y agrimensores, y para las Secciones de las Cortes de apelación entre los doctores de ciencias agrarias, a través de sorteo. Véase GERMANO, A., *Il processo agrario*, en *Manuale di Diritto Agrario italiano* (U.T.E.T., Torino, 1978) p. 627-88, 637-37.
- (23) La competencia concedida a las secciones especializadas agrarias italianas es una "competencia funcional" (en este sentido MUGNAINI, S., *La competenza della sezione specializzata agraria*, publicado en *Rivista di Diritto Agrario*, 1976, p. 381-432, especialmente 381-83) pues "se habla de *competencia por la materia* aún cuando la función jurisdiccional en sentido estricto es atribuida a un cierto órgano judicial con relación a una serie individualizada de situaciones subjetivas que pueden ser objeto de un proceso declarativo; se habla de *competencia funcional* cuando a un cierto órgano judicial le son atribuidas ciertas funciones en relación a situación subjetivas particulares" (ANSELMINI BLAAS, V., *Il processo agrario Speciale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 7-78).
- (24) En este sentido GERMANO, A., *Il processo agrario*, *supra* nota 22, p. 632.

cia, los Comités paritarios de la propiedad rústica, y los Jurados mixtos de la propiedad rústica (25). Con vigencia se encuentran, en este momento, solo tres órganos agrarios: los Jurados de Riego, el Tribunal de las aguas de Valencia y los Tribunales de Censos de Cataluña, todos de jurisdicción especial. *Los Jurados de Riego* se encuentran instituidos desde hace casi cien años (26), pero su normativa actualmente corresponde a los años inmediatos posteriores de la Segunda Guerra Mundial (27) en que se declararon vigentes los procedimientos especiales de las Comunidades de regentes, de los Jurados de riego (28) y del Canal Imperial de Aragón (29) con competencia todos ellos en materia de aguas y riego. *El Tribunal de las aguas de Valencia* (30) constituye una jurisdicción especial (31), que conoce de las diferencias suscitadas entre los miembros de las comunidades de regantes (32) en las ocho acequias de la Vega de Valencia (33); se encuentra constituido por jueces laicos —denominados “jueces-síndicos” (34)— con potestades para decidir en forma colegiada, definitivamente, de todas las causas referidas a los derechos de agua y riego dentro del ámbito de la Huerta, con base en un magnífico proceso informado en los princi-

pios de la oralidad, concentración e inmediatez (35), para constituir uno de los ejemplos más interesantes dentro de todos los sistemas procesales del mundo. *Los Tribunales de Censos de Cataluña* (36) se encuentran ubicados en cada una de las capitales de las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida, y Taragona (37) para conocer (38) de las divisiones y redenciones de censos enfitéuticos, determinación de pensiones, valoración de prestaciones y de fincas, fijación y distribución del laudemio, y de los demás asuntos establecidos por la ley constitutiva (39); la integración del tribunal es con un Magistrado de la respectiva audiencia y dos vocales: un Registrador de la Propiedad y un Notario (40).

En Francia después de la Segunda Guerra Mundial se conoce fundamentalmente de la existencia de los *Tribunaux paritaires de baux ruraux*. Antes de su constitución, sin embargo, en 1943, fueron establecidas las *Commissions paritaires de baux ruraux* (41) con el objeto de conocer los conflictos entre *baillieurs* y *preneurs*, creándose en 1944 el recurso de apelación para ante los *Tribunaux paritaires* (42). Con estos antecedentes, en 1958, dada la importancia de la materia en el Derecho agrario francés, se concibe un entero sistema

- 
- (25) AGUNDEZ FERNANDEZ, A., *Tribunales y procesos agrarios*, *supra* nota 11, p. 11-12. Observa GUASP que “órganos de la jurisdicción civil especial, prescindiendo de aquellos que, por su carácter temporal y limitado, carecen hoy de actualidad, o están en vías de perderla (. . .) son, exclusivamente, los llamados Tribunales de foros y Tribunales de censos, pues es dudoso el carácter jurisdiccional de otros organismos híbridos que aquí podrían citarse, como los Jurados agrícolas y de riego, entre los que habría que contar el famoso Tribunal de las aguas valenciano”, GUASP, J., *Derecho procesal civil* (Instituto de Estudios Políticos, 3a. ed., Madrid, 1977) I, p. 121.
- (26) El nacimiento de estos jurados corresponde a la previsión de la Ley de Aguas del 13 de junio de 1879.
- (27) Véase el Decreto del 10 de octubre de 1958.
- (28) Arts. 231 a 255 de la Ley de Aguas del 13 de junio de 1879, y la Orden del 6 de agosto de 1963.
- (29) Véase el Decreto del 22 de julio de 1953.
- (30) Para todo véase el interesantísimo libro: FAIREN GUILLEN, V., *El Tribunal de las aguas de Valencia* (Gráficas Soler, Valencia, 1975) en la cual se hace un análisis profundo y serio de este milenario Tribunal tanto históricamente como en sus aspectos procesales más importantes.
- (31) En virtud del Decreto del 5 de abril de 1932 es que se confirman “Los privilegios y autonomía de la jurisdicción” del Tribunal y se le reconoce la “facultad de policía y administración” de las aguas de las acequias de la Vega de Valencia (FAIREN GUILLEN, V., *El tribunal de las aguas de Valencia*. *Ibid.*, p. 21 y 114).
- (32) FAIREN GUILLEN, V., *Ibid.*, p. 65-74.
- (33) FAIREN GUILLEN, V., *Ibid.*, p. 49-63, especialmente 51-60.
- (34) FAIREN GUILLEN, V., *Ibid.*, p. 143-50.
- (35) FAIREN GUILLEN, V., *Ibid.*, p. 375-92, 391-99, 401-13.
- (36) Véanse las leyes del 31 de diciembre de 1945, con las modificaciones de la del 26 de diciembre de 1957, arts. 296-319 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, y del 21 de julio de 1960.
- (37) Art. 1 de la Ley del 31 de diciembre de 1945.
- (38) El capítulo IV (artículos 46-51) de la Ley del '45 se denomina “Normas procesales”, en el cual se establece toda la estructura de los órganos procesales con su competencia, función, características, así como las normas del proceso a seguir para la discusión de los asuntos.
- (39) Artículo 46 de la Ley del 31 de diciembre de 1945.
- (40) Art. 47 de la Ley del 31 de diciembre de 1945.
- (41) Ley del 4 de setiembre de 1943.
- (42) Decreto del 4 de diciembre de 1944.

procesal con los *Tribunaux paritaires de baux ruraux* (43) los cuales, con carácter *d'excentión* (44), fueron dotados de organización, con su respectiva competencia, procedimiento y recursos. En la sede de cada Tribunal de instancia existe un Tribunal paritario que conoce en primer grado; formados por un *juge directeur* con carácter de presidente y cuatro miembros: dos *baillieurs non preneurs* y dos *preneurs non baillieurs*, integrantes de un colegio a cinco, de carácter eminentemente deliberativo (45). La ley prevé la existencia de dos secciones, una de los *baux a ferme* y la otra de los *baux á colonat partiare*; pero no en todos los tribunales se ha hecho esta distinción. La competencia (46) se refiere al conocimiento de los litigios nacidos entre *baillieurs et preneurs* y de la aplicación de los títulos primero a quinto del libro VI del *Code Rural* (47) (48). En cuanto al procedimiento, se aplican las mismas normas aplicables en los tribunales ordinarios (49). en cuanto no estén en contra de las normas específicamente dictadas para el conocimiento de sus controversias (50) pues se fijan algunas de aplicación particular.

El desarrollo de los sistemas procesales en América se encuentra cronológicamente en dos etapas bien marcadas: una primera constituida por los ejemplos de México y Argentina dentro de la primera mitad del Siglo, y la segunda a partir de la década de los sesenta (50 bis). Las experiencias vividas en estos dos primeros países demostró por una parte la posibilidad real de cumplir en el plano de las exigencias con un sistema procesal autónomo para satisfacer las necesidades inherentes a la materia, pero, sobre todo, permitió plantear un

gran problema en el continente pues a través de las jurisdicciones especiales concebidas se perfilaron los múltiples intentos de los otros países.

4. Resulta evidente, luego de la aparición de los sistemas procesales agrarios tanto en Europa como en Latinoamérica, una vez superadas las dificultades de orden político, pero sobre todo con las nuevas y diversas realidades económico-sociales aparecidas después de la Segunda Guerra Mundial, la inconsistencia de responder afirmativamente a la pregunta planteada a la doctrina procesal de los cuarentas de entender victoriosa la tesis contraria al proceso agrario. La experiencia vivida en los diversos ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, como realidad histórica, resulta contestataria a las dificultades enfrentadas por la doctrina y también base para su replanteo científico pues los avances institucionales ofrecieron la posibilidad de un tratamiento acorde con su desarrollo.

Por ésto, los comentarios de CALAMANDREI adversos a un Derecho procesal agrario deben ser interpretados dentro de los nuevos cánones fijados por la sociedad moderna (51), como único modo de darle una verdadera magnitud a un problema de palpitante actualidad, y en esta forma encontrar lo relativo de posiciones otrora consideradas correctas. Baste recordar que el tiempo en el cual se plantearon las objeciones al "derecho procesal de la agricultura" la ausencia de libertad, propia de un régimen totalitario (52), y la escasa evolución de la producción agropecuaria dentro de la economía constituyeron dos grandes limitaciones en los pla-

(43) Véase el Decreto No. 1293 del 22 de diciembre de 1958.

(44) MEGRET, J., *Droit agraire* (Librairie Technique, Paris, 1973) II, p. 298.

(45) Cfr. art. 2 de la Ley No. 1293 del 30 de diciembre de 1958.

(46) Cfr. arts. 9 a 22 de la Ley No. 1293 del 30 de diciembre de 1958, y en la doctrina a MOURGEON, G., *La compétence des tribunaux paritaires de baux ruraux depuis le décret du 22 déc. 1958*, en *Gazette du Palais*, 1959, No. 2, p. 3; SAVATIER, R., *Etendus et caractères de la compétence du Tribunal paritaire des baux ruraux en Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1971, p. 888 y ss.; POTREL, R., *Baux Ruraux* (Daloz, Paris, 1971) p. 252-55.

(47) Art. 1 de la Ley No. 1293 del 30 de diciembre de 1958.

(48) Se trata del libro destinado a los *Baux ruraux*, específicamente los títulos "statud du fermage", "Bail á chepel", "bail á domaine congéable", "du bail á complant", "bail emphytéotique.

(49) MOREAU, J.P., *Manuel de Droit rural* (Ed. Néret, Paris, 1974) p. 59-60.

(50) Cfr. MEGRET, J., *Droit Agraire*, *supra* nota 44, p. 304-10; POIREL, R., *Baux ruraux*, *supra* nota 46, p. 256-59.

(50 bis) En verdad hay otros muchos ejemplos, pero ellos se dan después de la II Guerra Mundial, etapa que por el momento no se estudia. En todo caso para un panorama amplio véase ZELEDON, R., *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina*, en *Revista Judicial*, 1978, No. 9, p. 35-48.

(51) "Es necesario tener presente —sostiene ROMAGNOLI— que el argumento de CALAMANDREI es de una época de lenta evolución de la economía y de atraso de la vida política italiana", en ROMAGNOLI, E., *supra* nota 9, p. vi.

(52) En los países en los cuales el jurista no goza de plena libertad para profundizar científicamente, tiene que recurrir al conceptualismo puro para acoger principios y razonamientos extrajurídicos con los cuales asentar las bases del mismo régimen, nutriéndolo ideológicamente al tiempo que se aluden las responsabilidades de estudiar la socie-

nos ideológico y técnico: ésto impidió a CALAMANDREI conocer el problema en su auténtica dimensión. El autor mexicano HECTOR FIX ZAMUDIO afirmó, hace ya algún tiempo, que el maestro florentino "en su exquisita sensibilidad de jurista percibía que el sistema autoritario que padecía su Patria en esa época era poco propicio para el establecimiento de disposiciones instrumentales agrarias inspiradas en postulados de justicia social, y por eso es que se refugió en el proceso civil" (53), y, por su parte, MAURO CAPELLETTI sostuvo que CALAMANDREI al ver hoy frustrado el ideal chiovendiano de la oralidad, y con él el de la inmediatez, la concentración, la simplicidad y racionalidad de las formas, de un proceso capaz de satisfacer las exigencias de la agricultura en el plano de la tutela jurisdiccional, sería el primero en reconocer las exigencias que él mismo indicaba (54).

5. Hay una serie de comentarios referidos al proceso agrario, hechos aún antes de encontrar explicación científica las objeciones planteadas por CALAMANDREI en 1935, dentro de los cuales sobresalen las de ANDRIOLI Y TORRENTE (55). El primero, VIRGILIO ANDRIOLI, asistiendo al *Terzo congresso nazionale di Diritto agrario* celebrado en Palermo en 1952 (56), ayudó a delinear dos

grandes constantes del proceso agrario europeo: la existencia de jueces-laicos para el conocimiento de la especialidad de la materia jurídica agraria (57), y la importancia de un proceso apto para la resolución de controversias de gran contenido social, económico y político (58) propias de diversos momentos históricos; además en el plano estrictamente italiano, vislumbraba la inconstitucionalidad de las comisiones concebidas en 1944 cuya declaratoria se verificaría años más tarde (59). ANDREA TORRENTE, en el encuentro de juristas después del primer convenio internacional de Derecho agrario (60), observó que la novedad de este Derecho *in fieri*, en períodos calificables como revolucionarios "las relaciones entre la norma y el Juez no son, y no pueden ser, como sucede en épocas en las cuales el ordenamiento, aún cuando se inspire en las exigencias siempre vivas de la realidad social ha logrado su momento de estabilidad y de solidificación, habiendo fijado la línea de composición entre los intereses en conflicto" (61), por ello corresponde a la jurisprudencia la tarea de adaptar los casos concretos conforme a las nuevas exigencias sociales (62).

Si en el campo económico la superación de la primera mitad del siglo permitió concebir nuevos institutos en gran cantidad de ordenamientos jurídicos para instaurar verdaderos sistemas procesales

dad tal y como es, otros, por el contrario, recurren al mismo conceptualismo como único modo de oponerse a los regímenes totalitarios en los cuales siempre cobra fuerza renovadora la jurisprudencia de los intereses (véase al respecto PUGLIATTI, S., La giurisprudenza come scienza pratica, publicado en *Rivista italiana di scienza giuridica*, 1950, especialmente p. 50-51), oponiéndose con una barrera formal a los reiterados y siempre insistentes tentativos de los que buscan interpretar en otra forma. (Véase, igualmente, RODOTA, S., Note critiche in tema di proprietà en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252-1341, especialmente p. 1260-62).

- (53) FIX ZAMUDIO, H., Lineamientos fundamentales del proceso agrario mexicano publicado en *Atti della Seconda Assemblée dell'Istituto di Diritto agrario internazionale comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) I, p. 369-429, 380.
- (54) En CAPPELLETTI, M., Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne, en *Atti della seconda assemblea dell'Istituto del Diritto agrario internazionale e comparato*, II, p. 475-518, 497-98.
- (55) Véase también: En España AGUNDEZ FERNANDEZ, A., Tribunales agrarios, *supra* nota 13, y en Italia, BACCIGAPULI, M., Il giudice agrario specializzato. Critica di un concetto. p. 372-85, y GIORDANO, G., Sui limiti della competenza delle sezioni specializzate, istituite ai sensi dell'art. 7 delle legge 7 agosto 1948, No. 1094, p. 386-92 ambos publicados en *Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1954).
- (56) Se trata de la relación ANDREOLI, V., Aspetti processuali delle controversie agrarie, publicada en *Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario*, *Ibid*, p. 344-59.
- (57) Contrariamente a la posición legislativa existente en Italia y a los planteamientos posteriores de su doctrina, ANDREOLI decía: "creo que ninguno se sentiría bien sosteniendo seriamente la necesidad de la participación de los expertos en la cámara del consejo llamada a decidir de controversias agrarias: controversias bastante alejadas de la experiencia jurídica, son los jueces cotidianamente llamados a resolver, y alguna vez sin el auxilio de consultores técnicos, de aquello que no corresponde en las causas agrarias" *Ibid*, p. 350-51.
- (58) "La decisión es el fruto no solo de la interpretación de las normas jurídicas y de las máximas, recabadas por innumerales experiencias técnicas, pero también de la humanidad del juez" (ANDRIOLI, V., *Ibid*, p. 351) cuya razón de ser se encuentra "en la exigencia de temperar o, si se quiere, dar una más concreta expresión a las instancias sociales, económicas y políticas, que florecen, en algunos momentos históricos, con mayor intensidad en algunas controversias" (*Ibid*, p. 352).
- (59) Véase *supra* nota 19.
- (60) Se trata de la relación TORRENTE, A., La giurisprudenza come fonte di Diritto nei contratti agrari publicada en el volumen *Dopo il primo convegno internazionale di Diritto agrario* (Giuffrè, Milano, 1958) p. 327-37.
- (61) TORRENTE, A., *Ibid*, p. 330-31.
- (62) TORRENTE, A., *Ibid*, p. 337.

agrarios, en el plano doctrinal haber explicado las limitaciones de la tesis adversa al Derecho procesal agrario permitió el inicio de nuevos y profundos estudios científicos forjadores de la actual doctrina procesal agraria.

La aparición de intentos de sistematización dogmática en virtud de los cuales se puede ubicar la nueva doctrina procesal agraria se encuentra constituida por la labor de dos juristas de gran sensibilidad provenientes del campo del Derecho Procesal agrario: FIX ZAMUDIO Y CAPPELLETTI. El primero mexicano, digno representante del país que con mayor precocidad, y en forma profunda, enfrentó en América la difícil tarea de reivindicar en el plano social y económico al campesino, concibiendo para ello un complejo sistema para la tutela de sus derechos. El segundo es italiano, sucesor de la escuela de CALAMANDREI, caracterizada por una clara concepción de la modernidad procesal y una profunda sensibilidad en el plano social y humano.

El primero en alertar a la doctrina en cuanto a la ausencia de un estudio sistemático del conjunto institucional constituido por el proceso agrario fue FIX ZAMUDIO, pues producto de su importancia como disciplina jurídica debía —para él— ser objeto de una rama autónoma (63). En 1960 acusó que *"aún no se ha intentado en forma sistemática una estructuración procesal que nos permita cono-*

*cer los lineamientos del proceso agrario y su vinculación con la teoría general del proceso"* (64). Su labor fue mucho más profunda pues mencionó la existencia de un "Derecho procesal agrario" (65) como forma de hacer más patente la autonomía en el plano jurídico de la nueva disciplina, sosteniendo al mismo tiempo que la unidad esencial del Derecho procesal se mantenía inalterada sin permitir ningún rompimiento (66) para atemperar las preocupaciones de los procesalistas en un aspecto sumamente delicado. El primer intento de estructuración del proceso agrario se verificó, en México (67), ofreciendo un válido y magnífico ejemplo para la ciencia procesal, invitando al intento en otros ordenamientos jurídicos dotados de esta normativa especializada (68). La conceptualización en cuanto a la teoría general fue aún más amplia pues descubriría la existencia de todo un sector al interno del Derecho procesal caracterizado por rasgos homogéneos cuyo estudio debía ser informado por principios específicos: en efecto, FIX ZAMUDIO sostiene el nacimiento de un verdadero Derecho procesal social (69) constituido por el Derecho procesal agrario, el procesal laboral y el procesal de la seguridad social (70), dotados de una serie de elementos en común (71), ubicables en forma paralela a los acontecimientos históricos acaecidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial que en el ámbito jurídico ha ocasionado el consustancial

- 
- (63) FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, que es la conferencia sustentada en el local del Colegio de Abogados con ocasión de su segundo centenario, el 7 de junio de 1960, publicada luego en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1961, Nos. 41-42, p. 177-95, 179.
- (64) FIX ZAMUDIO, H., *Ibid*, p. 177.
- (65) FIX ZAMUDIO, H., *Ibid*, p. 180.
- (66) "Estamos convencidos —dice— de la unidad esencial del Derecho procesal, y advertir que cuando nos referimos a una rama autónoma, queremos indicar que siendo el Derecho procesal un instrumento que sirve para actuar el mandato de las normas sustanciales, estas últimas determinan modalidades en el proceso, que la doctrina ha denominado principios formativos, debido a que el proceso debe conformarse según las exigencias de su objeto", en FIX ZAMUDIO, H., *Ibid*, p. 179.
- (67) Más adelante, el mismo autor asistiendo a la Segunda asamblea del Instituto de Derecho agrario internacional y comparado, en 1963, profundizó su labor de estructuración (véase, FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, *supra* nota 53) aportando nuevos e interesantes elementos producto de una mayor maduración científica.
- (68) Véase CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos* (Porrúa, 2a. ed., México, 1977), que sigue en línea de principios la estructuración elaborada por el insigne maestro mexicano.
- (69) Cfr. el interesante estudio FIX ZAMUDIO, H., *Introducción al estudio del Derecho procesal social*, publicado en el volumen *Estudios procesales en memoria a Carlos Viada* (Instituto español de Derecho procesal, Madrid, 1965).
- (70) En México "el Derecho procesal agrario constituye la garantía, no social, sino jurídica, de los derechos sociales agrarios establecidos por el artículo 27 de la Ley Suprema, garantía que se realiza a través de normas instrumentales inspiradas en la justicia social, desprovista de rigorismos, de fórmulas y de la lentitud de los procedimientos ordinarios, rompiendo con el principio de la igualdad formal de las partes con el fin de lograr la igualdad real de las mismas, y de esta manera ese Derecho procesal se encuentra animado de los mismos principios proteccionistas que inspiran el derecho sustancial que constituye su objeto, por lo que podemos denominarlo: *Derecho procesal social*" (FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, *supra* nota 63, p. 181).
- (71) FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, *Ibid*.

nacimiento de una importante corriente alrededor del Derecho social (72), producto de la socialización de las relaciones jurídicas.

Habiendo sido profesor de Derecho agrario de la Universidad de Macerata, un gran alumno de CALAMANDREI, MAURO CAPPELLETTI afrontó desde el ángulo de las tendencias planificadoras de las constituciones modernas el problema procesal del Derecho Agrario al asistir, en Florencia, a la *Seconda Assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (73). En un planteamiento eminentemente de teoría general el jurista italiano centra su estudio en tres aspectos claves: el órgano agrario, el procedimiento y los principios procesales informadores del sistema, definiendo las grandes líneas tendenciales en un período en rápida evolución y transformación en las relaciones económico-sociales, con una amplia visión del Derecho comparado. La función ejercida por el Juez en materia agraria tiene gran importancia dadas las diversas características que asume según el grado de especialidad (74), sobre todo porque en períodos revolucionarios (75), como el actual, el legislador no puede dictar normas claras y precisas (76), de ahí la problemática en cuanto a la concepción de un proceso con la presencia de jueces-laicos o solamente de jueces juristas (77), o más complejo aún de la facultad del Juez para aplicar criterios de

equidad que han de conllevar necesariamente a plantear una función creativa (78). El órgano judicial moviéndose en una amplia esfera de discrecionalidad y de creatividad configurando muchas veces más un juicio de equidad que de legalidad —para CAPPELLETTI— puede dejar de tener ese carácter jurisdiccional (79) para ser más arbitral, actuando con una cierta *terzietà* (80) por instancia de la parte interesada, pues el conflicto de intereses en juego y la idea de la función judicial totalmente ligada a la imparcialidad aparece amenazada cuando se quiere que el Juez sea partícipe del conflicto deducido en juicio (81). La especialidad del procedimiento, producto a su vez de la especialidad de las relaciones agrarias, debe tratarse con gran cuidado porque una excesiva especialización (82) ocasiona grandes problemas, como también sucede con la excesiva abstracción del Derecho procesal de su objeto (83). El aporte más importante de CAPPELLETTI, sin embargo, consiste en haber identificado, en línea de máximas, dos grupos de direcciones presentes —según su interpretación— en todas las normas procesales sobre la agricultura: un primer grupo busca la instauración de un proceso más rápido, más económico, menos formal y menos fiscal del proceso civil, tratando de incorporar los cánones de la oralidad, la concentración, la inmediatez, para la concepción de un

- (72) CAPPELLETTI, M., Introducción al estudio del Derecho procesal social, *supra* nota 69, p. 498.
- (73) CAPPELLETTI, M., Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne, *supra* nota 54.
- (74) "La función misma del juez —sea él o no un juez especial o especializado— asume, cuando tiene que ver con normas y en relaciones referidas al fenómeno agrícola, características muchas veces peculiares" en CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 486.
- (75) Aún cuando TORRENTE no se atrevió abiertamente a declararlo así, dijo que la norma agraria dictada por el legislador era "más el puente lanzado hacia el futuro que el fruto de la experiencia del pasado" (TORRENTE, A., *La giurisprudenza come fonte di diritto nei contratti agrari*, *supra* nota 60, p. 331).
- (76) CAPPELLETTI, M., Il problema processuale del Diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzione moderne, *supra* nota 54, p. 487.
- (77) CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 491.
- (78) "La función del juez —sostiene CAPPELLETTI— si bien es siempre e inevitablemente creativa, lo es en manera excepcionalmente acentuada en estas materias en rápida transformación, de frente a estas leyes apenas esbozadas, y la variedad infinita de los tipos de relaciones agrarias, nuevas y antiguas, locales y generales, que estos quisieran y debieran disciplinar. Donde la necesidad para el juez de llegar más allá de la norma, de penetrar a fondo el aspecto económico o técnico de la relación para lograr su clasificación; de tal forma que aquella valoración de los intereses —aquel juicio que quisiera llamar de *equidad especial*—, que normalmente representa un método de interpretación, de alinearse con los otros criterios de hermenéutica, representa por el contrario muchas veces, en el campo de las relaciones agrarias, el único método que el juez pueda aplicar", CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 488.
- (79) CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 490-91.
- (80) CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 491.
- (81) CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 492-93.
- (82) "Es este en verdad el riesgo siempre presente en una *excesiva especialización*, de una excesiva dependencia del derecho procesal del derecho sustancial, cuya exasperación puede llegar al punto de configurar especiales procedimientos, formas especiales, acciones especiales, y fórmulas de acción para los varios tipos de relación sustancial deducidas en juicio" (CAPPELLETTI, M., *Ibid.*, p. 499).
- (83) Pues en la misma forma "como sería absurdo y antihistórico un acceso hecho así, así de otra parte absurda e inoportuna sería a mi juicio también una excesiva abstracción del derecho procesal de su objeto específico" (CAPPELLETTI, M., *Ibid.*).

procedimiento más sumario (84); por otra parte, en el segundo grupo, se busca atenuar el carácter dispositivo del proceso dándole mayor importancia a la publicidad y la instauración del principio inquisitivo, justificado por las limitaciones al carácter privado-disponible de las relaciones jurídicas propias de la agricultura (85).

6. Fuertemente influidos por los acontecimientos históricos que han exigido la creación de institutos jurídico-procesales en la agricultura (86), agraristas y procesalistas han comenzado a trabajar intensamente en el proceso agrario, haciendo cada vez menos evidente aquella gigantesca desproporción que otrora existiera entre el estudio del Derecho agrario sustancial y el procesal, sustituyendo ese vacío doctrinario con un movimiento que comienza a dar sus primeros pasos en la consolidación de los estudios científicos de lo que se ha comenzado a denominar Derecho procesal agrario.

Ha sido, entonces, la fuerza de las realidades, y no precisamente el resultado de la discusión científica de si era o no necesario un proceso autónomo para el Derecho agrario, la que ha impuesto la inminente necesidad de complementar los insti-

tutos jurídico-procesales con una doctrina sólida para su correcta interpretación. La aparición de tribunales, y órganos, agrarios ha sido un razonamiento más contundente a favor del proceso agrario que cualquier elaboración dogmática.

La consolidación, y primeros avisos de un florecimiento científico, en los estudios procesal-agraristas se encuentra principalmente en Europa y América Latina. En el viejo continente sobresalen las figuras de los italianos ANSELMI BLAAS (87) y GERMANO (88), que junto con los españoles AGUNDEZ (89) y FAIREN (90), han profundizado en el análisis de sus propios sistemas intentando denotar las grandes directrices de ese proceso. En América Latina —sobre todo después de la consolidación de los modelos de México, Perú y Venezuela— se ha iniciado un movimiento en el que sobresalen CHAVEZ PADRON (91), FIGALLO (92), ROBLES RECAVARREN (93), DUQUE CORREDOR (94) y ZELEDON (95), cuyos estudios no solo han sido aportes importantes para el proceso agrario sino, principalmente, han despertado un gran interés para continuar en el desarrollo de la ciencia del Derecho agrario en el continente.

Dentro de este florecimiento, que invade to-

(84) CAPPELLETTI, M., *Ibid.* p. 493-98.

(85) CAPPELLETTI, M., *Ibid.* p. 502-506.

(86) Debe destacarse, principalmente, la existencia del campesino como clase social que ha obligado a una acelerada publicación de la materia jurídica agraria para la tutela de los intereses de los productores agrícolas que requieren, a su vez, un trato procesal distinto.

(87) De este autor véase principalmente *Il processo agrario speciale*, *supra*, nota 23, con el cual realizó la primera obra monográfica del proceso agrario en Italia.

(88) De GERMANO debe destacarse su valiosa obra *Il processo agrario* (Giuffrè, Milano, 1973) en el cual realiza un estudio completo del proceso agrario en toda la Europa occidental, que constituye a su vez la primera investigación seria del Derecho procesal agrario en el ámbito del Derecho comparado. Este autor es, sin duda, el mejor cultor del tema en su patria.

(89) En España se puede decir que el jurista que siempre se ha encontrado presente en el desarrollo y profundización de la materia es el distinguido magistrado del Tribunal Supremo don ANTONIO AGUNDEZ FERNANDEZ, principalmente por sus interesantes ensayos de entre los cuales deben destacarse: *Tribunales agrarios*, *supra* nota 13, *Justicia agraria en Iberoamérica*, *supra* nota 13, y *Tribunales y procesos agrarios*, *supra* nota 12.

(90) De este autor véase la reciente obra *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, *supra* nota 12, cuya profundidad y solidez doctrinaria deberá constituir un importante hito en el desarrollo de la doctrina procesal agraria española, de cuya importancia ya hace mención la doctrina agraria (véase, entre otros, SANZ-JARQUE, J.J., *Derecho agrario*, Rioduero, Madrid, 1975).

(91) De MARTHA CHAVES PADRON véase principalmente el libro *El proceso social agrario y sus procedimientos*, *supra*, nota 68, que constituye la principal obra de su género en la doctrina mexicana.

(92) GUILLERMO FIGALLO ADRIANZEN, otrora Presidente del Tribunal Agrario del Perú con quien adquirió esta insigne institución tanto prestigio internacional, ha escrito las conocidas (*Memorias del Presidente del Tribunal Agrario*), Corte Suprema de Justicia, Lima, a partir de 1969, y también los artículos *El fuero privativo agrario peruano*, publicado en el volumen *Ciclo de conferencias sobre Derecho agrario* (Corte Suprema de Justicia, San José, 1973, p. 47-53), y *Reforma agraria y administración de Justicia* (FAO, Roma, 1978).

(93) De ALEJANDRO ROBLES RECAVARREN véase la obra *La administración de justicia en la nueva estructura agraria peruana* (Ital Perú, Lima, 1977).

(94) De este autor véase principalmente *Justicia agraria y proceso agrario* publicado en la revista *Derecho y reforma agraria*, 1977, p. 109-21).

(95) Véase principalmente *La jurisdicción agraria en Venezuela*, publicado en *Rivista di Diritto agrario*, 1977, p. 612-35; *Hacia la jurisdicción agraria en Costa Rica* en *Rivista di Diritto Agrario*, 1977, p. 790-808; *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina*, *supra* nota 13; *Elementos de calificación del fuero privativo agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico, y su influencia en América Latina*, publicado en *Rivista di Diritto Agrario*, 1978, p. 183-229; *La nueva jurisdicción especializada agraria de Venezuela* en *Revista Judicial* No. 12, p. 139-49; *La jurisdicción especializada agraria de México*, en *Revista Judicial* No. 13, p. 127-41;

das las esferas (96), ocupa un lugar importante el recientísimo *VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, celebrado en Xalapa en noviembre de 1979, cuyo tema fue el Derecho procesal agrario. Este acontecimiento reunió por primera vez a estudiosos del Derecho agrario y procesal, americanos y europeos, para tratar en forma profunda sobre esta nueva clasificación jurídica. Las investigaciones se orientaron principalmente en los temas de tribunales agrarios (97), el proceso agrario como instrumento de seguridad jurídica (98), el Derecho procesal agrario en el ámbito internacional (99), y más específicamente de interés para México sobre los procedimientos especiales agrarios (100) y el

- 
- Derecho y proceso agrario en *Revista Judicial* No. 14, p. 21-33; La jurisdicción especializada agraria del Perú en *Revista Judicial* No. 14, p. 65-77; La institucionalización del proceso agrario en América Latina, en *Revista Judicial* No. 15, p. 1937.
- (96) En América Latina el estudio del proceso agrario ha permitido —al contrario de lo que sucede ordinariamente— el cultivo profundo del Derecho agrario, y el interés porque esta nueva rama del Derecho tenga una importancia no solo científica, sino, también, didáctica y legislativa.
- (97) La comisión encargada de conocer de este tema estuvo integrada de la siguiente forma: Presidente, Dr. Enrique Vescovi (Uruguay); Vicepresidentes, Dr. Carlos Castañeda la Fontaine (Perú) y Dr. Adolfo Alvarado Velloso (Argentina); Ponente, Dr. Gonzalo Armienta Calderón (México); Relatores, Lic. Jorge Antonio Zepeda (México) y Senador Luis del Toro Calero (México); Secretario, Dr. Jesús Zamora Pierce (México).
- (98) La comisión concedora de este tema fue integrada de la siguiente forma: Presidente, Dr. Jesús González Pérez (España); Vicepresidentes, Dr. Ignacio Medina y Lima (México) y Dr. Ricardo Zeledón (Costa Rica); Ponente, Dr. Hernando Devis Echandía (Colombia); Relator, Dr. Carlos Pérez González (México); Secretario, Dr. Guillermo Strazza (Argentina).
- (99) Esta comisión se constituyó así: Presidente, Dr. Carlos Parodi (Perú); Vicepresidentes, Dr. Olman Arguedas (Costa Rica) y Dr. Juan José Sanz-Jarque (España); Ponente, Dr. Guillermo Saínz Gómez (México); Relator, Lic. Mario Montero Castillo (México); Secretario, Dr. Adolfo A. Rivas (Argentina).
- (100) La integración de este grupo de estudio estuvo así: Presidente, Dr. Eduardo Lucio Vallejo (Argentina); Vicepresidentes, Dr. Marcos Alfonso Borges (Brasil) y Dr. José Becerra Bautista (México); Ponente, Dr. Francisco Loyo Ramos (México); Relator, Lic. Joaquín Carrillo Patraca (México); Secretario, Lic. Emilio Polanco Servín (México).

amparo en materia agraria (101), cuyo conjunto constituye un valiosísimo aporte doctrinal (102).

En el largo camino recorrido para la construcción de los conceptos elementales y los principios informadores del nuevo proceso agrario aún faltan

tareas cardinales que cumplir: como aquella de profundizar en la creación de una teoría general del proceso agrario, sin embargo parece claro el futuro en cuanto a su realización por el entusiasmo y entrega de sus cultores.

(101) Quedó integrada esta comisión de la siguiente forma: Presidente, Dr. Alfredo Buzaid (Brasil); Vicepresidentes, Dr. Carlos de Miguel y Alonso (España) y Dr. Fernando Flores García (México); Ponente, Dr. Héctor Fix Zamudio (México); Relator, Dr. Manuel Ruíz Daza (México); Secretario, Lic. Fluvio Vista Altamirano (México).

(102) Las conclusiones finales del congreso constituyen un importante aporte al estudio del Derecho procesal agrario pues son el resultado del estudio profundo y consciente de juristas de altísimo nivel de toda la América Latina y Europa, a las cuales deberá recurrir sin duda el investigador del tema. Dichas conclusiones son las siguientes:

“Primera. Procesos agrarios especiales.  
Sin perjuicio de la detallada reglamentación que se propone en las conclusiones del Primer Plenario, cabe subrayar en forma general, la recomendación de que se unifique el procedimiento, eliminando la proliferación de trámites diferentes y de que tales procedimientos se realicen en forma ágil y eficiente, afines a las modalidades de nuestra época y en garantía de los administrados.  
Segunda. El amparo en materia agraria. Proceso de amparo.

Además de las detalladas conclusiones del Plenario número 2, se señala especialmente que el excelente instrumento procesal del Amparo Mexicano, debe mantenerse también en materia agraria para la aplicación efectiva del Derecho Agrario —Constitucional y Legal en vigencia—, sin perjuicio de reglamentarlo en lo indispensable, para que continúe en este sector su historial de herramienta fundamental en la aplicación jurisdiccional del Derecho.

Tercera. Perspectivas para la creación de tribunales agrarios.

Además de las conclusiones detalladamente formuladas y aprobadas en el Plenario No. 3, se destacan:

1. La relativa novedad y complejidad, no menos que la extraordinaria significación social de los problemas a resolver, reclaman la implantación de tribunales agrarios independientes y dotados de autoridad eficaz, que ejerzan la jurisdicción para resolver los problemas planteados en los casos concretos de Derecho Agrario, conforme al orden jurídico vigente.

2. Sin perjuicio de que las partes en los casos en que no se trate de derechos indisponibles, puedan acudir a la eficaz vía del arbitraje, el tribunal oficial debe estar integrado exclusivamente por juristas.

3. Debe procurarse, en lo sucesivo, que los jueces a designarse, tengan adecuado conocimiento de Derecho Agrario y, en lo posible, de la realidad a la cual deben aplicarlo.

4. La justicia en el campo debe ir a los justiciables, sea por vía de suficiente desconcentración, sea por vía de itinerancia.

5. Dado que el Proceso Agrario es pieza esencial para la aplicación de la Ley de Reforma Agraria y demás leyes agrarias, deberá requerirse al Estado de designación de un número suficiente de jueces, eliminando la burocratización de la oficina (más jueces y menos funcionarios).

6. Debe establecerse con precisión la competencia de los tribunales que abarcarán el juzgamiento de la materia agraria.

Cuarta. El proceso agrario como instrumento de seguridad jurídica y social en el agro.

Sin perjuicio de las detalladas conclusiones votadas en los plenarios números 4 y 5, se señala la siguiente orientación:

1. La realidad agro social, con sus características peculiares y la existencia de un vasto sector relativamente postergado en el medio campesino, —no menos que el desarrollo y creciente determinación del Derecho Agrario—, acreditan, para lograr los fines de justicia, paz y seguridad, la necesidad de consagrar en el derecho positivo, tribunales y procesos agrarios.

2. Con ello se complementará, en el plano jurisdiccional, la efectiva aplicación de las leyes de promoción campesina y de reglamentación de las relaciones jurídicas agrarias.

Quinta. Caracteres del proceso agrario.

Los cinco plenarios destacaron en sus conclusiones especiales, los caracteres siguientes:

1. Principio del realismo jurídico. Teniendo en cuenta la realidad agraria, debe ampliarse la legitimación para obrar en el proceso, extendiéndola a comunidades y ejidos, —por sí o por sus integrantes— y prever la actuación del Ministerio Público —general o especial—, en caso de indefensión o de interés social particularmente comprometido.

2. Principio de igualdad. La igualdad de las partes no se logra si el Estado, sea a través de la profesión jurídica organizada o por otros medios eficaces, no asegura, junto con la gratuidad de la justicia, el asesoramiento previo y la asistencia en juicio de la parte más débil.

3. Proceso por audiencias. Para asegurar un debido proceso legal en el agro, debe consagrarse el proceso que se desarrolla en lo fundamental por audiencias, en el cual el Juez y las partes realizan en conjunto, oralmente, el proceso, hasta el umbral de la sentencia. Dicho proceso realiza efectivamente el ideal de inmediación, concentración, simplicidad, conocimiento de la realidad y publicidad.

4. Facultades del Juez y de las partes. En este proceso deben armonizarse el principio dispositivo con el inquisitivo, asegurando al Juez de la causa, el poder directivo, el impulso procesal y la iniciativa probatoria. También podrá el Juez procurar la conciliación de las partes siempre que no se transgrede la indisponibilidad de los derechos que tengan tal característica”.



## FUNDAMENTOS E IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO REGIMEN MINERO

*Dr. Rubén Hernández Valle.*

### I. INTRODUCCION:

Actualmente se encuentra en estudio de la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para dictar un nuevo Código de Minería. En ese ordenamiento normativo se introducen varias reformas radicales a la legislación vigente, partiendo de una concepción totalmente distinta de lo que ha sido la regulación de la actividad minera en nuestro país hasta el momento.

En este pequeño trabajo intentaré analizar las implicaciones y fundamentos constitucionales del proyecto en cuestión.

### II. PRINCIPALES REGULACIONES SUSTANTIVAS DEL NUEVO REGIMEN DEL DOMINIO PUBLICO MINERO:

La filosofía que impregna el proyecto del nuevo Código de Minería, en sus líneas centrales, se puede resumir de la siguiente manera:

1. El Estado es el dueño de toda la riqueza minera existente en el territorio nacional,

cualesquiera que sea el lugar donde se encuentre, su naturaleza, estado u origen (art. 1).

Lo anterior se basa en la moderna concepción de que el Estado dispone de un verdadero derecho de propiedad pública sobre los bienes dominiales. Esta teoría se fundamenta, por una parte, en el hecho de que las facultades de uso, de goce y de parcial disposición que corresponden al Estado y a sus entes sobre los bienes dominiales (facultades a las que debe reconocerse un carácter público en razón de los poderes públicos de policía y de administración de que van acompañadas) tienen sin duda un carácter real. Por otra parte, se funda en la consideración de la imposibilidad de considerar estos poderes simplemente como limitaciones reales del derecho de propiedad, ya que perteneciendo éstas al mismo sujeto titular del derecho de propiedad, no pueden considerarse más que como elemento o manifestación de este derecho, el cual, por consiguiente, debe considerarse y definirse como derecho de propiedad pública (1).

(1) En este sentido la autorizada opinión de ALESSI, R., "Instituciones de Derecho Administrativo" (Bosch, Barcelona, 1970). Tomo II, págs. 403, 404.

En el derecho de propiedad pública que ejerce el Estado sobre los bienes dominiales se dan las notas características del derecho de propiedad tradicional: por una parte el señorío directo del sujeto titular sobre el bien (2) y por la otra la facultad de defender la cosa, la cual se manifiesta en el ámbito del Derecho Público por medio de actos de imperio y de policía (3).

2. El dominio del Estado sobre los recursos mineros presenta las siguientes características en el nuevo Código de Minería:

- a) inalienabilidad;
- b) imprescriptibilidad; y
- c) exclusividad (art. 1).

Dichas características en realidad son una consecuencia del fin público o de los intereses públicos que pretende perseguir la Administración Pública en materia de recursos minerales (4).

- a) El dominio minero es exclusivo porque el Estado no lo comparte con ningún otro sujeto y además porque se trata de una propiedad pública en el sentido anteriormente explicado.
- b) Luego, es imprescriptible porque no se adquiere ni es susceptible de ser extinguido por prescripción; y
- c) Finalmente es inalienable, porque no puede salir de manos del Estado.

3. No obstante el carácter de propiedad pública exclusiva que ejerce el Estado sobre los recursos mineros, éste puede otorgar permisos o concesiones para el reconocimiento, exploración o explotación de minerales, lo mismo que otorgar autorizaciones para la concentración, fundición, refinación u otros procedimientos (artículos: 12, 26, 32, 91, 92, 93, 94 y 95).

4. Las concesiones se definen como derechos reales administrativos. Según la doctrina más autorizada, éstos son los que adquiere un particular en virtud del acto administrativo denominado concesión para la explotación exclusiva de bienes del dominio público. Por lo tanto, se trata de un derecho subjetivo de naturaleza real que se ejerce sobre un bien del dominio público. En este caso concreto sobre los recursos mineros (5) (artículos 17 a 25 inclusive).

Entre las facultades de los titulares de los derechos reales administrativos están las de defenderlos frente a terceros y la de gozar y disponer de ellos por sucesión, por causa de muerte o por acto entre vivos. Luego se estipula que la concesión y los inmuebles accesorios son inembargables, excepto por parte del Estado en los casos especialmente contemplados en la Ley. No obstante, los inmuebles accesorios podrán ser embargados cuando se hubieren dado en garantía de operaciones financieras destinadas al desarrollo de la exploración o explotación mineras. También se considera que el sólido que comprende la concesión minera constituye un inmueble distinto y separado del terreno superficial donde está ubicado y se rige por las mismas normas que los demás bienes inmuebles y por las especiales contenidas en la legislación minera.

5. Se establecen disposiciones especiales sobre tributación minera y se contemplan franquicias y exenciones a fin de proteger y estimar el desarrollo de la mediana y pequeña minería eximiéndolas del pago de impuestos (artículos 57, 58, 59, 60, 61, 62 y 63).

Dentro de este contexto, se establece expresamente la obligación para el titular de

(2) El señorío en tratándose de la propiedad pública se manifiesta en el ejercicio de la función administrativa dirigida a hacer posible la consecución de las finalidades a que están destinados los bienes en cuestión, ALESSI, supra nota 1, p. 404.

(3) En estos casos la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar la posesión. Véase, ZANOBINI, G. "Corso di Diritto Amministrativo" (Giuffrè, 1970) Vol. I, págs. 195-97.

(4) En este sentido, ALVAREZ-GENDIN, S. "El dominio público", (Bosch, Barcelona, 1956) p. 45. La sentencia de Casación de las 15:30 horas del 30-1-59 dijo que en Costa Rica "los bienes del dominio público son inalienables, imprescriptibles y están fuera del comercio de los hombres, en contraposición con los bienes del dominio fiscal que son enajenables, prescriptibles y, en consecuencia, están en el comercio de los hombres".

(5) Sobre el tema de los derechos reales administrativos, entre todos, véase GONZALEZ PEREZ, J. "Los derechos reales administrativos", (Cuadernos Civitas, Madrid, 1975) especialmente las páginas 29 a 37.

una concesión minera de reconocerle al Estado, en su condición de dueño del yacimiento, una participación en el capital de la empresa, o bien una regalía anual, según lo determine la resolución de otorgamiento de la concesión. Dicha participación no podrá ser inferior al 20 por ciento del capital de la empresa y en virtud de ella el Estado, a través de la institución que designe, tendrá derecho a participar proporcionalmente en las utilidades y podrá ejercer los derechos inherentes a su calidad de socio, como el de participar en la Junta Directiva de la empresa, con voz y voto. Caso de que la empresa optare por el pago de una regalía, ésta no deberá ser inferior al 20 por ciento de los beneficios anuales imponibles o al 5 por ciento del valor de las exportaciones anuales de la empresa.

Luego se establece que se considerará como capital de la empresa el que se indique en el contrato social o en los libros de contabilidad llevados de conformidad con las leyes costarricenses, el que para estos efectos no podrá estimarse en una suma inferior al 30 por ciento de las inversiones reales a efectuarse.

Los titulares de concesiones para explotar o de autorizaciones para instalar plantas de beneficio estarán obligados a pagarle al Estado, en calidad de impuestos, un 50 por ciento del beneficio imponible de cada año que corresponda a los partícipes, socios o accionistas privados. Si luego de pagar la participación o regalía, según el caso, y el citado impuesto antes indicado, la parte correspondiente a la empresa resultare ser superior al 30 por ciento de la cuota que tengan los inversionistas privados en el capital social, el Estado podrá aplicar un impuesto sobre rentabilidad excesiva que será del 80 por ciento del exceso. Luego, no se admiten ninguna clase de deducciones por agotamiento de yacimientos y se dice, además, que las disposiciones del impuesto sobre la renta no le son aplicables a dichas empresas.

De dichos impuestos estarán exceptuados los concesionarios de explotación y los titulares de autorizaciones para instalar plantas de beneficio que tengan o formen parte de una sola empresa cuyas inversiones no excedan de tres millones de colones y cuyos

ingresos anuales no sean superiores a quinientos mil colones, los cuales pagarán un impuesto del 3 por ciento sobre el beneficio imponible. En tales casos, agrega el Código, se podrá obligar a los interesados a vender y entregar su producción al Estado. El Ministerio de Economía, Industria y Comercio queda facultado para reajustar anualmente los montos de las inversiones e ingresos anteriormente señalados en proporción al alza del costo de la vida.

En cuanto a los beneficios y franquicias se establece que el Poder Ejecutivo, en decreto fundado que deberá ser necesariamente refrendado por el MEIC, podrá eximir total o parcialmente del pago de los impuestos antes mencionados a las nuevas empresas mineras que se establezcan en el país, por un plazo no mayor de cinco años contados desde que inicien su producción. Además, los concesionarios de exploración o explotación y los propietarios de plantas de beneficio podrán gozar de las exoneraciones, reducciones, de cualquier impuesto que especifiquen sus concesiones o autorizaciones y de las que sean acordadas con posterioridad por medio de resoluciones especiales. Dichas exoneraciones o reducciones sólo podrán recaer sobre la importación de maquinaria, materias primas, vehículos, combustibles (excepto gasolina), repuestos, etc., que se destinen exclusivamente a la prospección minera o al desarrollo y funcionamiento de yacimientos mineros, plantas de beneficio, y sus obras complementarias o accesorias.

Finalmente se dice que en el evento de que las exoneraciones, exenciones o franquicias fueren modificadas o suprimidas en virtud de leyes dictadas con posterioridad a su dispensa, los afectados tendrán derecho a ser indemnizados por los perjuicios efectivos que sufrieren.

6. Respecto a los permisos y concesiones vigentes, el nuevo Código dispone que los titulares de derechos mineros los conservarán bajo el imperio de la nueva ley, pero en cuanto a su ejercicio, goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones del nuevo Código.
7. El nuevo Código también faculta al Poder

Ejecutivo para declarar áreas de reserva nacional, en aquellas zonas del país no otorgadas en concesión vigente, o cuando así lo exija el interés público, para realizar en ellas por sí, a través de terceros o asociados con éstos, cualesquiera clase de trabajos o actividades mineras. La declaración deberá hacerse mediante decreto fundado, previo informe de la Dirección General de Minería. Dicho decreto deberá llevar las firmas de los Ministros de Planificación, Hacienda y Economía (art. 6).

Tales son, en síntesis, los aspectos sustanciales del nuevo Código de Minería.

### III. COSTA RICA COMO ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU APLICACIÓN ESPECÍFICA EN RELACIÓN CON EL NUEVO CÓDIGO DE MINERÍA:

Todos los ordenamientos jurídicos modernos aspiran a ser Estado de derecho y Costa Rica no es la excepción (6). El nuestro, en consecuencia, es un Estado de Derecho porque su finalidad es garantizar la libertad individual, la que se realiza a través de los siguientes medios específicos:

- protección de los derechos fundamentales;
- existencia de una efectiva división de poderes entre los diversos órganos estatales;
- limitación del Estado por la Ley;
- responsabilidad del Estado por los actos lesivos de los particulares y control jurisdiccional autónomo de la legalidad (7).

Modernamente, sin embargo, las crecientes necesidades socio-económicas han obligado al Estado a perseguir y satisfacer multitud de nuevos y diversos cometidos, lo que necesariamente ha significado un ensanchamiento de su esfera de acción y de las competencias de sus diversos órganos.

Desde el punto de vista jurídico, el ensanchamiento de los cometidos estatales ha dado lugar a

la transformación, en cierta medida, del Estado de Derecho, tradicional protector de la libertad individual, en el Estado social o intervencionista.

En el fondo lo que realmente se ha producido es una complementación del Estado de Derecho, ya que las sociedades modernas exigen mayor intervención de parte del Estado en todas las actividades de la vida de la comunidad, especialmente en los campos económico y social.

El problema del Estado moderno, en consecuencia, estriba en combinar armónicamente la libertad y la seguridad de los administrados. En dicha ecuación se sintetiza todo el dilema de la coexistencia del Estado de Derecho y del Estado intervencionista. Por ello, algún autor alemán ha dicho, con gran propiedad, que el Estado contemporáneo es el Estado social de Derecho (8).

Desde el punto de vista del Derecho, el problema estriba en integrar la libertad en el campo económico y social para lograr la igualdad efectiva y no sólo formal de los administrados. En otros términos, si el Estado de Derecho constituye la coronación de la democracia formal y legalista, el Estado intervencionista, por su parte, trata de que la sociedad moderna conozca una democracia real y operante. El principio de igualdad formal ante la ley ha cedido ante la concepción de la igualdad como un concepto traducible en realidades concretas de carácter económico y social.

El Estado moderno, por lo tanto, interviene activamente en los campos económico y social, tratando de que la riqueza se distribuya de manera más equitativa y de que toda la población tenga acceso y participación efectiva en dicha distribución.

En virtud de lo anterior, las Constituciones modernas han dejado de ser simples documentos garantizadores de las libertades públicas tradicionales, para convertirse en instrumentos jurídicos ágiles que permiten una acción más elástica y eficiente del Estado en los campos económico y social, con el objeto de lograr la plena realización del sistema democrático ya no sólo como forma de Esta-

(6) Sobre el Estado de Derecho existe profusa literatura. Entre otros, véase FORSTHOFF, E. "La Repubblica Federale tedesca como Stato di Diritto e Stato Sociale", (Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, 1956) págs. 547-61; ORTINO, "L'esperienza della Corte Costituzionale di Karlsruhe", (Milano, 1962) págs. 101-5; TREVES, "Considerazioni sullo Stato di Diritto", (Studi in onore di Crosa, Milano, 1960) Tomo II, págs. 1591-1608; LUCIFREDI, R. "Elementi di Diritto Pubblico", (Citta di Castello, 1970) ps. 127-32.

(7) En este sentido, FORSTHOFF, supra nota 6, p. 551.

(8) En ese sentido FORSTHOFF, supra nota 6, p. 548 y MAUNZ, "Deutsches Staatsrecht", (München und Berlin, 1965) págs. 63-64.

do, sino fundamentalmente como forma de vida. Por ello, recordemos con el maestro Calamandrei que las Constituciones modernas constituyen *"una polémica contra el pasado y un programa de reformas hacia el futuro"* (9).

Por tal razón las modernas Cartas Políticas se conciben básicamente como un "proyecto", en el sentido de que contienen numerosas normas "programáticas" y directrices que posteriormente deberán ser desarrolladas por el legislador común (10).

En razón de todo lo expuesto el Estado moderno no puede contentarse con una acción negativa dirigida a salvaguardar únicamente las libertades públicas, mediante la limitación de los propios poderes de sus administrados, como era la esencia del Estado liberal clásico. Por el contrario, el Estado moderno ha pasado a tomar una acción positiva, dedicándose a la reforma de la sociedad y al logro del bien común. No más pasividad, sino interés creativo del Estado. Los nuevos derechos individuales y colectivos de orden económico y social obviamente han venido a limitar e inclusive a hacer nugatorios algunos derechos individuales tradicionales, lo que se ha manifestado especialmente en el ámbito de las libertades económicas y respecto del derecho de propiedad. Análogamente, la igualdad abstracta de todos frente a la ley ha ido cediendo paso a una discriminación entre los distintos sujetos para asegurar una igualdad real de todos los administrados. La ley, como norma general, no siempre constituye el instrumento más idóneo para actuar tales medidas. La administración ha recibido, por consiguiente, nuevas funciones y poderes discrecionales de planificación y de decisión necesariamente amplios y que no tienen parangón con lo que sucedía a principios de siglo. Por ello, el Estado intervencionista es fundamentalmente un Estado administrativo (11).

Dentro de nuestra Carta Política vigente en-

contramos una norma concreta que le confiere asidero constitucional al intervencionista estatal. Nos referimos, desde luego, al artículo 50, según el cual *"El Estado procurará el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza"* (12).

Ahora bien, ¿cuáles son los alcances y contenido de dicha norma? En primer lugar, debemos entender que se trata de una norma programática, dirigida a los órganos estatales.

En segundo lugar, se plantea el problema de determinar los alcances de la "potestad de organización" consagrada en el primer párrafo de ese artículo. Aquí, posiblemente reside el meollo del problema. Algún sector de nuestra doctrina sostiene que *"El artículo 50 debe entenderse, consecuentemente, como una potestad del Estado para organizar "su" producción a través de la creación de entes públicos instrumentales con miras a la realización de sus políticas, planes o programas económicos y al mismo tiempo como una potestad del Estado para fomentar y regular la iniciativa privada con miras al "más adecuado reparto de la riqueza", sea a través de alicientes, sea a través de prohibiciones o mandatos de observancia obligatoria en el desenvolvimiento de la empresa, libremente escogida y organizada"* (13).

Sin perjuicio de los anteriores conceptos, creemos que el término "organizar" utilizado en el artículo 50, también debe ser entendido a la luz de la potestad planificadora del Estado, que se encuentra consagrada en forma ínsita en esa norma. En efecto, "organizar" en este artículo se refiere no sólo a la producción del Estado, sino a toda la estructura productiva del país, tanto del sector público estatal como de los sectores privado y público no estatal. No obstante, el Estado costarricense puede organizar obligatoriamente la producción

(9) Citado por CAPPELLETTI, M., en "Il controllo di costituzionalità delle leggi nell Diritto comparato", (Milano, 1971) pág. 73.

(10) Sobre las normas programáticas, véase, entre todos, CRISAFULLI, V., "Le norme programmatiche della Costituzione", (Studi in memoria di Luigi Rossi, Milano, 1952) págs. 61-96. Para dicho autor, son programáticas aquellas normas constitucionales que en relación con los órganos estatales y especialmente con los órganos encargados de la función legislativa, prescriben ciertos comportamientos o directrices a seguir en la disciplina de determinadas materias que la Constitución considera como vitales, especialmente en los campos económico y social.

(11) Sobre el tema del Estado social de Derecho, entre otros, véase HESSE, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", (Karlsruhe, 1972), págs. 84-7; ZAMPETTI, "L'articolo 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa", (Studi per il XX anniversario de la Costituzione, Firenze, 1969, Tomo II pág. 511; TREVES, supra nota 6, págs. 1602-8 y FORSTHOFF, supra nota 6 págs. 547-61.

(12) Sobre el tema, véase la tesis de grado de SEGARES, P.J. "Los alcances y límites, de la acción a través del artículo 50 de la Constitución de Costa Rica", (Facultad de Derecho, U. de C.R. 1974).

(13) ORTIZ, E. "Costa Rica: Estado social de Derecho", (Revista de Ciencias Jurídicas, número 29, San José, Costa Rica, 1976) pág. 62.

del sector público estatal por medio de la planificación imperativa y de la creación de entes públicos instrumentales o empresas públicas que realicen los programas económicos y sociales del Estado, mientras que la organización de la producción de los sectores privado y público no estatal sólo puede realizarla mediante el instrumento de la planificación indicativa. En otros términos, el Estado sólo puede organizar imperativamente la producción estatal y en forma indicativa la producción privada, ya que de lo contrario violaría la libertad empresarial contenida en el artículo 46 de nuestra Carta Política (14).

En efecto, el contenido de la libertad empresarial ha sido definido por nuestra jurisprudencia en varias sentencias. En esencia ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia que *"la libertad de comercio que existe como garantía constitucional es el derecho que cualquier persona tiene para escoger sin restricciones la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses. Pero ya en el ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la fijación de precios para el consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente. De modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando, se está en presencia de una regulación que se considere de interés general"* (15).

De lo anterior se deduce, sin mayor esfuerzo, que el Estado no podría, so pretexto de organizar la producción, imponerle restricciones y barreras a la actividad privada, estableciéndole la obligación de operar sólo en determinados ramos de la actividad empresarial, o de crearle cargas que hagan imposible o excesivamente oneroso el giro de su actividad, o de exigirle la realización de determinados fines o programas fijados unilateralmente por él. En dos palabras: el Estado costarricense no puede imponerle al administrado la actividad económica que deberá ejercer, determinándole los fines y programas a seguir, aunque sí puede regular el ejercicio de la actividad que el particular haya libremente escogido.

Luego, respecto al término "estimular", debe entenderse que en él se enmarca toda la política estatal de incentivos a la empresa privada. Aquí, entre otras encuentran asidero constitucional leyes como la de Protección y Desarrollo Industrial, Ley de Fomento a las Exportaciones, etc.

Finalmente, en cuanto "al más adecuado reparto de la riqueza", es obvio que el Estado puede utilizar cualesquiera clase de medios para conseguir tal fin, siempre y cuando respete las garantías constitucionales de los administrados.

Ahora bien, el nuevo Código de Minería encuentra asidero constitucional principalmente en el precitado artículo 50 y en los numerales 121 inciso 14 y 140 inciso 19 del mismo cuerpo de leyes.

a. En efecto, la concepción de que los recursos mineros son bienes dominiales parte de una interpretación extensiva del artículo 121 inciso 14 de nuestra Carta Política, según el cual no podrán salir definitivamente del dominio del Estado los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo y cualesquiera otras sustancias hidrocarbonadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional. Dichos bienes sólo pueden ser explotados por la Administración Pública o por los particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la propia Asamblea Legislativa. Obsérvese como el texto constitucional citado restringe la dominialidad a los minerales radioactivos, no obstante lo cual el presente Código amplía la dominiabilidad a los restantes recursos mineros existentes en el país. De manera que en principio pareciera inconstitucional esta disposición del nuevo Código Minero que atribuye carácter dominial a los recursos mineros expresamente no contemplados en el precitado artículo 121 inciso 14 de la Constitución.

Ahora bien, dicha norma tampoco podría encontrar asidero en lo dispuesto en el Código Civil, ya que éste en su artículo 261

(14) Sobre el tema de la planificación en el Estado moderno, entre todos véase PREDIERI, A. "Planificazione e Costituzione", (Edizioni di Comunità, 1963) y SCAGLIA E TRASSARI, "Programazione e libertà d'iniziativa", (in Studi Sull'articolo 41 de la Costituzione, Bologna, 1969) págs. 245-294.

(15) Sentencia número 34 de 9 de julio de 1973 de la Corte Plena. El contenido de dicha sentencia, obviamente, se le puede aplicar analógicamente a la restante actividad empresarial del país (agrícola, ganadera, industrial, etc.).

dispone que *"son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferenciarán de cualquiera otra persona"*. Luego el 262 del mismo cuerpo de leyes establece el principio de que *"las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas"*. Evidentemente los recursos mineros no radiactivos, no son bienes dedicados de un modo permanente a un servicio público de utilidad general ni son cosas que pueden ser aprovechadas por todos por estar destinadas al uso público. Por tal razón, pareciera que no existe base constitucional ni legal para que el Estado declare como demaniales los recursos mineros no contemplados en la reserva constitucional del artículo 121 inciso 14.

- b. Luego, en el artículo 140; inciso 19, se establece la potestad en favor del Poder Ejecutivo para suscribir contratos administrativos que no sean los previstos en el precitado artículo 121, inciso 14, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exenciones de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

Resumiendo, la atribución de la Administración Pública para otorgar concesiones sobre los recursos mineros encuentra su posible asidero constitucional en la interpretación extensiva del artículo 121 inciso 14 en relación con el 140 inciso 19 del mismo texto constitucional. No obstante, dicho fundamento pareciera reñir con principios fundamentales del Derecho Público, como el de que las competencias públicas son taxativas y no admiten ampliación por vía

de interpretación o analogía, en virtud del principio de legalidad que constituye una pieza angular del Estado de Derecho y que en nuestro país encuentra su fundamento positivo en el artículo 11 de la Constitución Política (16).

- c. Posiblemente el aspecto más importante e innovador del nuevo Código de Minería lo constituya la obligación consagrada en contra del titular de una concesión minera de participar obligatoriamente al Estado en el capital de la empresa, o bien de otorgarle una regalía anual, según lo determine la respectiva resolución de otorgamiento de la concesión.

Es evidente que si dicha norma fuere aprobada por la Asamblea Legislativa, sería la primera vez en la historia constitucional de nuestro país, que el artículo 50 de la Carta Política se aplicaría en toda su extensión. En efecto, el Estado costarricense por medio de la disposición contenida en el artículo 58 del nuevo Código de Minería, según el sentido y los alcances antes comentados, evidentemente estaría ejercitando su potestad de organización sobre la explotación privada de los recursos mineros, a fin de que con la riqueza generada en dicha actividad se beneficie la mayoría de los habitantes del país, mediante, por ejemplo, la construcción de obras públicas y la apertura de nuevas fuentes de empleo. Por tanto, de lo que se trata en el presente Código es de regular que la riqueza producida por la industria minera no vaya a parar en forma exclusiva a manos de los empresarios privados, sino fundamentalmente de que parte de esa riqueza se distribuya en forma equitativa entre toda la población del país.

Afirmamos que dicha participación obligatoria en las ganancias de las compañías mineras en favor del Estado significa un verdadero ejercicio de la potestad de organizar la producción privada de que dispone el Estado costarricense al tenor de lo estipulado por el artículo 50 de la Constitución Política, dado que esa disposición constituye en el fondo una regulación sobre el porcen-

(16) Sobre el tema de la naturaleza jurídica de las potestades públicas, véase, ROMANO, S. "Principii di Diritto Costituzionale Generale", (Giuffrè, 1947), págs. 107-9 y HERNANDEZ R., "Derecho Público II", (Universidad de Costa Rica, 1973) pág. 20.

taje de ganancias a que tendrán derecho los titulares de las concesiones mineras en el giro de su actividad. Esta es más o menos la misma filosofía que también impregna la "Ley de Protección al Consumidor", en cuanto a la fijación de porcentajes máximos de ganancia autorizados para los industriales y comerciantes en el ejercicio de sus respectivas actividades. No obstante, en el caso de la producción minera, dado el volumen tan importante que eventualmente podría representar dentro del contexto general del producto interno bruto un adecuado desarrollo de nuestro enorme potencial minero, es patente que una disposición normativa de tal índole es sencillamente revolucionaria.

No obstante, si el porcentaje del 20 por ciento fijado como mínimo en este mismo artículo llegare a ser demasiado oneroso para las compañías mineras, como pareciera serlo en abstracto, de tal manera que haga desaparecer la rentabilidad del negocio, y, en consecuencia, coloque a dichas empresas en una situación de quiebra inminente, es evidente que tal disposición reñiría con lo dispuesto en el artículo 46 de nuestra Carta Política, que consagra la libertad de empresa. Asimismo se violaría la garantía prevista en el artículo 40 *ibídem* que prohíbe expresamente la confiscación de los bienes de los administrados, ya que si dicha norma crea un porcentaje de participación demasiado oneroso para las empresas mineras, es evidente que por vía indirecta se estaría propiciando la confiscación de sus bienes o, en el mejor de los casos, se trataría de una expropiación disfrazada, sin la previa indemnización prevista en el artículo 45 de la misma Carta Política. Además, el establecimiento de cargas tan onerosas en contra de un determinado ramo de la producción privada violentaría el principio de igualdad ante las cargas públicas, implícitamente consagrado en el artículo 33 *ibídem*.

De manera que a pesar de que en principio juzgamos que el artículo 58 del nuevo Código de Minería tiene asidero constitucional por fundamentarse en las potestades de "organización" y de "más adecuado reparto de la riqueza" previstas en el artículo 50 de la Carta Política, también

creemos vehementemente que el establecimiento de porcentajes muy elevados en la participación obligatoria de las ganancias que genere la actividad minera privada en favor del Estado costarricense, eventualmente podría devenir inconstitucional, por violación expresa de principios y normas constitucionales, consagrados en los precitados artículos 33, 40, 45 y 46 de nuestro texto constitucional vigente.

ch. La facultad concedida al Poder Ejecutivo de declarar áreas de reserva nacional, en aquellas zonas del país no otorgadas en concesión vigente, cuando así lo exija el interés Público, para realizar en ellas el Estado por sí, o a través de terceros o asociados con éstos, cualesquiera clase de trabajos o actividades mineras, pareciera encontrar asidero constitucional en el segundo párrafo del artículo 45 de la Constitución, según el cual es posible imponerle limitaciones a la propiedad privada por razones de interés social.

Aunque el precitado artículo 6 del Código de Minería utiliza la expresión "interés público", pareciera que en el presente caso dicha acepción es sinónima de "interés social".

En todo caso, ello significa que el nuevo Código de Minería deberá ser aprobado por lo menos por dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa, a fin de que tal norma no incurra en el vicio de inconstitucionalidad.

d. Respecto a la disposición contemplada en el artículo 131 del Código en relación con que los actuales titulares de los derechos mineros conservarán sus derechos bajo el imperio de la nueva ley, pero que en cuanto a su ejercicio regirá lo dispuesto en el nuevo Código, no es posible alegar que los actuales titulares de tales concesiones tengan derechos adquiridos que deben ser respetados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución Política, que prohíbe expresamente la irretroactividad de las leyes en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 8 del citado Código dispone expresamente que "*las disposiciones de esta ley y de las que regulan las actividades mineras son de orden Público*". Ahora bien, si relacionamos dicha norma

con la jurisprudencia constitucional de nuestros tribunales en el sentido de que frente a las leyes de orden público no existen derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas, se llega a la conclusión de que este punto concreto no admite discusión (17).

- e. Finalmente el aspecto de las exenciones tributarias contempladas en los artículos 61, 62 y 63 del citado Código encuentran asidero constitucional en lo dispuesto en el artículo 140, inciso 19, según los alcances anteriormente explicados, en relación con el artículo 121 inciso 14 *ibídem*.

No obstante, podría surgir la duda acerca de si el otorgamiento de tales exenciones en favor de la industria minera constituye un trato preferencial y discriminatorio en materia tributaria respecto de las demás ramas de la actividad productiva del país, con quebranto del principio de igualdad previsto en el artículo 33 de la Constitución Política. En nuestro concepto dicho principio debe analizarse en conjunción con lo dispuesto en el precitado artículo 50 de la Carta Política, en cuanto dispone que el Estado procurará el mayor bienestar de los habitantes del país estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Por consiguiente, creemos que una política estatal, sancionada expresamente por una norma de rango legislativo, que tienda a exonerar de cargas fiscales y tributarias a determinadas ramas de la actividad productiva del país, tiene como finalidad principal estimular la producción privada y lograr un más adecuado reparto de la riqueza entre toda la población, mediante la construcción, por ejemplo, de obras de interés general y de la creación de nuevas fuentes de empleo con los dineros provenientes de la actividad incentivada por medio de dichas exenciones.

La misma situación ocurre actualmente con las industrias amparadas al Tratado de Integración Económica y nadie ha intentado sostener, hasta el momento, que dichas exenciones son inconstitucionales, o al menos no se ha planteado el respectivo recurso de inconstitucionalidad.

#### IV. CONCLUSION:

1. Creemos que la conclusión más importante que se puede extraer del presente trabajo es la de que el nuevo Código de Minería representa el intento más audaz hasta el momento de nuestros gobernantes para actuar efectivamente la norma programática contenida en el artículo 50 de la Constitución Política.
2. En segundo lugar, creemos un tanto peligroso que el Estado trate de establecer porcentajes demasiado elevados sobre la participación obligatoria que las empresas mineras tendrán que darle en su paquete accionario o en el pago de regalías anuales por la explotación de los recursos mineros, ya que ello podría conducir a que las empresas extranjeras —que son básicamente las que cuentan con la capacidad técnica y financiera necesarias para lograr el efectivo desarrollo de nuestro enorme potencial minero— decidieren no invertir más en ese campo e inclusive retiraran sus inversiones actuales, por cuanto éstas dejarían de ser lo suficientemente rentables en comparación con todos los riesgos envueltos en esa actividad. Lo mismo podría afirmarse respecto de los pequeños y medianos empresarios nacionales que con grandes sacrificios también han invertido considerables sumas de dinero en la industria minera. En todo caso y desde el punto de vista estrictamente jurídico, la fijación de tal porcentaje en forma desproporcionada e irracional podría lesionar importantes garantías constitucionales, como serían las previstas en los artículos 40 (prohibición de confiscación de los bienes privados de los administrados); 45 (garantía de indemnización previa en las expropiaciones); 33 (igualdad ante las cargas públicas y prohibición de discriminaciones por cualquier índole) y 46 (libertad de empresa).
3. Finalmente, creemos un tanto dudosa la constitucionalidad de que los recursos mineros que no sean propiamente radiactivos, puedan considerarse como bienes de maniales.

(17) Véanse, entre otras, las sentencias de Casación de las 14:30 horas del 29-9-20; de las 9:10 horas del 25-7-33; de las 13:55 horas del 3-6-36 y sentencia del Juzgado Segundo Penal de las 16:00 horas del 17-5-57, confirmada por la Sala Segunda Civil por sentencia de las 10:45 horas del 21-4-56.

## EL PROCEDIMIENTO DENOMINADO DE "CITACION DIRECTA"

*Dr. Mario A. Houed Vega.  
Director de la Escuela Judicial y Profesor  
de la Facultad de Derecho de la Universi-  
dad de Costa Rica.*

El procedimiento especial denominado "Cita-  
ción Directa" que nuestro Código Procesal Penal  
ha establecido en los artículos 401 a 414, encuen-  
tra su primera fuente en la "instrucción sumaria"  
del sistema procesal penal italiano (1), la que a su  
vez sirvió de fundamento a la legislación procesal  
de la provincia de Córdoba, Argentina (arts. 418 a  
431 del CPPC), de donde, con muy pocas reformas  
(ninguna de fondo) nos fue prácticamente "trans-  
mitida" al igual que todo el ordenamiento de la  
materia.

De las doce provincias argentinas que actual-  
mente aplican el sistema procesal penal mixto (o  
acusatorio formal) de manera similar a la nuestra  
(Córdoba, Salta, Chaco, Mendoza, La Rioja, La  
Pampa, Catamarca, Santiago del Estero, Entre  
Ríos, Corrientes, San Juan y Jujuy), solamente  
cuatro de ellas: Córdoba, Mendoza, Entre Ríos y  
Salta, contemplan el procedimiento de Citación  
Directa. Sin embargo en la última, Salta, donde el  
procedimiento citado continúa denominándose  
"Instrucción Sumaria" como en Italia, la informa-

(1) En Italia la "instrucción sumaria" (arts. 389 y ss. de CPPI) está encomendada al Ministerio Público o al Pretor; al Procurador de la República ("del Rey") en cuanto a los delitos de competencia del Tribunal o de la Corte de asises; al Pretor en cuanto a los delitos de su competencia (párrafo último de 389 en relación con el 231 y ss. ibídem). Para distinguir la instrucción formal —judicial— de la sumaria, CFR MANZINI, V., Tratado de Derecho Procesal Penal; Traducción de Sentís Melendo; Buenos Aires, 1951-1954, ps. 78 y ss., y LEONE, G., Tratado de Derecho Procesal Penal. Traducción de Sentís Melendo. E. J. E. A. Buenos Aires, T. II, 1963, ps. 141 y ss. ALFREDO VELEZ MARICONDE, coautor del Código Procesal Penal de Córdoba, primera legislación, que implantó el sistema procesal penal mixto en Argentina (1941), fue un insigne defensor del instituto de la citación directa como procedimiento a cargo del Ministerio Público, insistiendo en su conveniencia en la explicación de Reformas al Código Procesal Penal de Córdoba (abril de 1967) que hemos incluido al final de este trabajo en lo pertinente. En diferentes oportunidades el referido autor afirmó, en relación con este procedimiento especial, que era muy clara la diferencia entre el anteriormente citado Código Procesal italiano de 1930 y la legislación argentina, pues según su criterio, de acuerdo con el primero el Ministerio Público podía realizar toda suerte de actos que normalmente corresponden al Juez, sin limitación alguna, con lo que entre la instrucción formal y la sumaria sólo existía diferencia de órgano actuante, contrariamente a lo que sucede en las provincias argentinas donde opera el sistema procesal penal mixto. (VELEZ M., en cita que de él hacen VAZQUEZ IRUZUBIETA Y CASTRO, en su obra "Procedimiento Penal Mixto", ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1969, Tomo III, p. 416, ya que no fue localizar la obra del primero a que hacen referencia).

ción o investigación que debe realizarse previamente a la citación a juicio está a cargo de un Juez y no del Ministerio Público. (Ver arts. 388 y ss. del Código Procesal Penal de Salta); y en la Provincia de Entre Ríos, a pesar de que el Código vigente (cuyo Proyecto fue redactado por el profesor Raúl E. Torres Bas) contempla el "Procedimiento de información sumaria —Citación Directa—", incluyéndose algunas reformas en relación con las legislaciones respectivas de Córdoba y Costa Rica (ver arts. 440 a 453 del C.P.P.E.R.), el capítulo y artículo referidos a dicho procedimiento fueron suspendidos conforme a la disposición transitoria del art. 3 inc. 2 de la Ley 4843, aunque ignoro si ya se permitió su aplicación.

Precisamente la nota característica de este procedimiento está en que el Ministerio Público se constituye, en determinados casos, en un verdadero investigador, aunque no en la forma absoluta que el Código Procesal Penal italiano de 1930 inicialmente había señalado, ya que su actividad en tal sentido (bastante discutida por cierto) tiene una serie de límites y restricciones, como luego podremos observar.

Tampoco esa especial función investigadora que nuestro CPP confiere al M.P. por medio del Agente Fiscal, alcanza los límites de transformación absoluta a que se ha llegado en Alemania, a partir de la Gran Reforma de 1975, pues que en este país, una vez que se efectuaron las investigaciones y estudios correspondientes, se llegó a la conclusión —que no nos atrevemos a valorar sino únicamente a señalar como extrema— de suprimir la instrucción judicial, por cuanto era justamente en esa fase del juicio donde se producían los retrasos alarmantes en la tramitación de los procesos.

Así lo apuntan algunos estudios (2) que nos han servido para conocer los alcances de esa profunda reforma del ordenamiento alemán en lo que se refiere a las actividades del M.P.

El procedimiento de investigación ("instrucción" o información sumaria) a cargo del Ministerio Público, ha sido bastante criticado por no pocos tratadistas (en especial italianos y argentinos) que, con interesantes argumentos —a pesar del criterio del profesor Vélez Mariconde—, apuntan la incongruencia y confusión de las funciones típicas del M.P. (o M.F.) como órgano requirente, con las del juez, dando origen a una especie de funcionario híbrido (el Agente Fiscal encargado de la Citación Directa) que no es una cosa ni otra, con todos los problemas de orden práctico (y aún de orden constitucional en nuestro país) que tal situación presenta.

Así por ejemplo el tratadista italiano Francesco Carnelutti, de reconocido prestigio, formula la siguiente crítica: *"Un error opuesto es el de encomendar al Ministerio Público la instrucción sumaria. La instrucción sumaria es lógica en manos del pretor; en manos del Ministerio Público es un contrasentido. La Instrucción es oficio de juez, no de parte. Que el Ministerio Público opere como parte (en sentido formal, aclaramos nosotros) en la instrucción formal y como juez en la instrucción sumaria, lleva al colmo la incoherencia. De la cual se ha hecho cargo el mismo legislador cuando, también en la instrucción sumaria, ha dispuesto la intervención del juez para la absolución. . ."*, más adelante agrega: *"La instrucción es oficio del instructor, y el instructor debe ser un juez. Que en la instrucción, como en el debate, operen junto al juez, más bien que ante el juez, también las partes, puede ser oportuno o no, según el ambiente histórico al cual se refiere el ordenamiento. En otros términos, adoptar para la instrucción el tipo inquisitorio o el tipo acusatorio, es cuestión que debe resolverse con mucha cautela. PERO ESTA FUERA DE DUDA, QUE, SI EL MINISTERIO PÚBLICO HA DE INTERVENIR EN LA INSTRUCCION, SU FIGURA NO DEBE SER LA DE QUIEN INS-*

(2) ERNESTO PEDRAZ PENALVA, quien realizó una investigación de esta Gran Reforma y su significado, en el Instituto Max Planck de Friburgo, expone al respecto: *"De las investigaciones realizadas se ha podido deducir que una de las causas relevantes de los retrasos en la tramitación de los procesos se encuentra en la instrucción del juicio. Consciente de ello el legislador de 1975 ha emprendido una profunda transformación, que constata primordialmente en la supresión de la instrucción judicial y en la correspondiente atribución al M.P. de determinadas tareas desempeñadas con anterioridad por el juez. Se ha llegado así a convertir el M.P. en el señor del sumario".* Más adelante continúa: *"¿Supone realmente esta transferencia al M.F. de una serie de tareas tradicionalmente desempeñadas por el juez una grave lesión a los principios del Estado de Derecho?"*. Intentando buscar una respuesta válida, Pedraz argumenta: *"... la Ley Fundamental de BONN, en su artículo 92 determina que el Poder Judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por la Corte, así como por los Tribunales Federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los Tribunales de los "Länder", de lo que podría decirse que es claro que el M.F. usurparía las funciones de la judicatura si entrara a conocer y decidir del ámbito que a aquél le es propio. Ahora bien, las actuaciones anteriormente competencia del juez y ahora del M.F., en base al 1. St. VRG. (primera ley de reforma procesal penal de 1/1/75) no suponen lesión alguna de los principios constitucionales, en cuanto que no se "subroga" en tareas específicamente jurisdiccionales, cuales son toda decisión que pueda suponer una entrada inmediata en la esfera de los derechos fundamentales de los particulares (ejemplo secuestro de correspondencia, libertad, etc.)"* PEDRAZ PENALVA, E. La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975. Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericano. Abril-setiembre de 1976.

**TRUYE, SINO LA DE QUIEN AYUDA A INSTRUIR".** (La mayúscula no es del texto original) (3).

También el tratadista argentino Ricardo Levene (hijo), se manifiesta contrario a la institución de la citación directa, en la exposición de motivos del Código Procesal Tipo del que es coautor, advirtiendo que la misma no es otra cosa que la instrucción sumaria (judicial) con la que no existe prácticamente diferencia alguna. Expone que con la instrucción formal o judicial se encuentran garantizados los derechos de todos los individuos, ya que por ese medio están sumamente delimitadas las funciones de acusar y las de decidir. No comparte el criterio de poner en manos del Agente Fiscal la facultad de citar, detener, interrogar y conceder excarcelación al imputado, ya que a pesar de estar garantizados todos los procedimientos al respecto, quien lo realiza no es el juez. En cuanto a la celeridad que implica la adopción del instituto de la citación directa, entiende el autor que la misma podría igualmente conseguirse con un procedimiento correccional simplificado y realizado por el juez correspondiente. Concluye afirmando que la citación directa, tal como la han recibido los códigos modernos, constituye un procedimiento mixto algo confuso, porque en ciertos casos previstos por la ley, el Agente Fiscal, al no ser procedente la citación directa, debe requerir al juez la instrucción formal, cuestión que debe ser decidida definitivamente por éste (4).

Dejando de lado, por ahora, las críticas formuladas al instituto de la Citación Directa ("Instrucción Sumaria"), pasamos a analizar nuestra legislación vigente al respecto, procurando hacer de paso, algunas recomendaciones que orienten mejor lo dispuesto en diversas normas.

La institución estudiada se encuentra en nuestro CPPCR en el Capítulo I del Título II, comprendiendo los artículos 401 a 414.

El primer artículo referido establece cuándo es procedente la "citación directa".

#### **Artículo 401.**

*"Se procederá por citación directa en las causas por delitos de acción pública:*

- 1) *Quando estuvieren reprimidos con prisión no mayor de tres años o pena no privativa de libertad.*
- 2) *Si fueren cometidos durante una audiencia judicial y en los casos del artículo 388".* (Este último artículo se refiere a los falsos testimonios).

Seguidamente el artículo 402 establece las excepciones en que no corresponde el procedimiento de citación directa, expresando:

#### **Artículo 402.**

*"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior no corresponderá citación directa:*

- 1) *Si se tratare de un asunto complejo o la duración de las diligencias que deban practicarse fueren evidentemente incompatibles con el procedimiento sumario.*
- 2) *Quando procediere la internación provisional del imputado (art. 296), y*
- 3) *Si existieren obstáculos fundados en privilegios constitucionales (arts. 171 y ss.), o se tratare de delitos imputados a funcionarios que administran justicia" (5).*

Con los datos proporcionados por las dos normas legales anteriormente expuestas, hemos procurado definir la institución analizada de la siguiente manera:

**"La denominada CITACION DIRECTA es un procedimiento sumario de especiales características, a cargo del Ministerio Público (representado por el Agente Fiscal), establecido para investigar aquellas causas por delitos de acción pública que no tengan pena privativa de libertad, o que teniendo, sea con pena de prisión no mayor de tres**

(3) CARNELUTTI, F. *Cuestiones sobre el proceso penal* ("Poner en su puesto al Ministerio Público"), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, ps. 216 y 217.

(4) LEVENE, R. "La Reforma y la unificación procesal argentina", (p. 193) en cita que de él hacen VAZQUEZ Y CASTRO en su ob. cit. Tomo III, ps. 416 y 417, ya que no fue posible localizar el texto original de la obra de Levene.

(5) Consideramos que esta última parte del inciso 3 está incompleta porque excluye del procedimiento de citación directa a los "Funcionarios que administran justicia" únicamente cuando les sean imputados delitos, sin especificar que deben serlo "en el ejercicio o desempeño de sus cargos", no creemos nosotros que podría justificarse la excepción y no por cometer cualquier clase de delito (incluso culposos). En todo caso la omisión (para los que pudiesen compartir nuestro criterio) proviene del mismo CPP de la Provincia de Córdoba (Argentina). (Ver artículo 312 del mismo).

años, así como los delitos que fuesen cometidos en una audiencia o actuación judicial, exceptuando los casos que taxativamente señala la ley (art. 402 CPPCR)."

Las "características especiales" aludidas son las que seguidamente iremos comentando.

La Ley ha previsto el caso de que exista discrepancia o disconformidad entre el Agente Fiscal y el Juez de Instrucción sobre la procedencia o no de la citación directa, indicando que el incidente será resuelto por el Tribunal de Apelación, sin trámite ni recurso alguno, en el "término" o plazo máximo de veinticuatro horas (art. 403 CPPCR).

Cuando corresponde el procedimiento sumario estudiado, el Agente Fiscal debe practicar lo que la ley denomina "información sumaria" (art. 404 ídem.), pero que no es otra cosa que una "instrucción" abreviada o rápida, para caracterizarla de mejor manera. Esta información sumaria o instrucción rápida, la practica dicho funcionario actuando por propia iniciativa, en virtud de denuncia o por comunicación de la policía, para reunir los elementos necesarios que servirán de base a su "requerimiento" posterior. Precisamente este requerimiento es el que viene a justificar el nombre de "citación directa", porque una vez reunidos los elementos probatorios necesarios, el Agente Fiscal pasa "directamente" a juicio oral o debate al "imputado" (o inculpado), sin haber mediado antes auto de procesamiento (formalidad propia de la instrucción formal o judicial), y sin que contra el "requerimiento de citación directa" se conceda recurso alguno.

Sin embargo debe aclararse que no siempre es necesario que el Agente Fiscal realice la mencionada "información sumaria", pues la misma ley (art. 404) le faculta para fundamentarse en el sumario de prevención y formular de una vez el requerimiento de citación a juicio. Así por ejemplo, recibidos los informes escritos del Organismo de Investigación Judicial (sumario de prevención), el Agente Fiscal puede fundamentarse en ellos para proceder a realizar su requerimiento, debiendo cumplir únicamente con el requisito que le ordena el artículo 413 íbidem, sea la obligación de recibir declaración (indagatoria) al imputado.

A pesar de que la ley autoriza al Agente Fiscal a actuar del modo que anteriormente señalé, en la práctica se ha observado, que los Agentes Fiscales

se convierten en verdaderos "jueces instructores", reiterando en no pocos casos las averiguaciones hechas por las autoridades del Organismo de Investigación Judicial, con lo cual dejan de aplicar lo permitido por el artículo 404, probablemente ante la creencia de la no aceptación por parte de los jueces penales de sus requerimientos. Se hace, pues necesario insistir en esa facultad, a la que el profesor Vélez M. le da mucha importancia, ya que precisamente se trata de aligerar o abreviar los procedimientos, sin necesidad de practicar directamente ninguna investigación. (Ver para mayor información sobre este punto, las explicaciones de las Reformas del Código Procesal Penal de Córdoba que hace el prof. Vélez Mariconde, y que se incluyen al final de este trabajo).

Durante la información sumaria practicada por el Agente Fiscal, éste puede realizar una serie de actos sin necesidad de cumplir las normas de la instrucción judicial, salvo la declaración del imputado, las inspecciones, y las denominadas por nuestra ley "requisas personales" y "secuestros". (Art. 404 ídem, párrafo final).

Si el Agente Fiscal ordena los denominados por la ley "actos definitivos e irreproducible" (art. 405), éstos deben ser practicados por el Juez de Instrucción BAJO PENA DE NULIDAD, con arreglo a los artículos 191 y 192 del CPPCR.

Así por ejemplo, la inspección "ocular" y el llamado secuestro ("decomiso") entran dentro de esas previsiones, dificultando en el caso de la primera, un desarrollo rápido y eficaz por parte del representante del M.P., ya que como es sabido, muchas veces (por no decir todas) las inspecciones deben ser realizadas con la mayor prontitud para evitar la desaparición de cualquier elemento probatorio (sobre todo en los accidentes de tránsito con lesiones culposas, cuyo conocimiento corresponde por regla general al procedimiento de citación directa) y si el juez instructor no se encuentra en ese momento en su despacho, o se encuentra en otra diligencia, constituiría serio obstáculo para el buen desarrollo de las investigaciones.

Una de las disposiciones más controvertidas es la que se refiere a la facultad de citar, detener, e interrogar al imputado (con arreglo a las normas de la instrucción judicial) que se concede al Agente Fiscal (art. 406 CPPCR), puesto que se afirma, no sin cierta razón, que éstas son potestades que úni-

camente puede tener el juzgador (por tratarse de potestades jurisdiccionales en esencia) (6), a lo que VELEZ MARICONDE replicaba, en defensa de esa facultad, que generalmente no procede la prisión preventiva (entendida ésta no como el instituto que opera en la instrucción formal, sino como detención en términos comunes) contra el imputado de delitos leves, además de que éste puede, en caso de que su detención se prolongue más de cierto tiempo (48 horas en Argentina, y 24 horas en Costa Rica) solicitar al Juez de Instrucción su libertad (7) cuya resolución al respecto es irrecurrible según nuestra legislación procesal (párrafo final del art. 406 CPPCR).

Sin embargo la respuesta dada por el profesor Vélez Mariconde no nos satisface plenamente, porque a pesar de que existe un control jurisdiccional para cuando la detención se prolongue más del tiempo antes señalado, únicamente es operante cuando el imputado así lo solicita:

*"Cuando la detención se prolongare más de veinticuatro horas, el detenido podrá pedir al Juez de Instrucción su libertad, con caución o sin ella"* (art. 406, último párrafo). (El subrayado no es del texto).

La disposición anterior significa que el control del juez opera sólo cuando el imputado lo solicita, siendo para él facultativo hacerlo. En la práctica ocurre, generalmente, que los imputados detenidos a la orden de los Agentes Fiscales en asuntos de ci-

tación directa no recurren a la facultad antes dicha, con lo cual su detención se puede prolongar hasta 15 días, que es el término que debe durar la información sumaria cuando el imputado se encuentra privado de su libertad (art. 408 *ibídem*). Como no existe procesalmente en nuestra legislación, resolución alguna que pueda dictar el Agente Fiscal ordenando la detención de una persona, se recomendó por parte de los señores Magistrados de Corte Plena, en su Circular No. 32 del 20 de octubre de 1976, que se dictara una "resolución lacónica" ordenando dicha detención, en vez de hacerlo por simple nota de remisión a la cárcel (8).

Sin embargo esa solución, dicho sea con todo respeto, tampoco nos satisface porque, además de tratarse tan sólo de una recomendación, no tiene apoyo legal alguno.

La situación anterior ha dado origen a no pocas discusiones sobre la constitucionalidad o no de la norma que le permite al Agente Fiscal ordenar la detención de las personas (art. 406), desconociendo si ha sido presentado algún recurso de inconstitucionalidad con base en dichas circunstancias. Sin embargo es interesante anotar que sí se han presentado algunos recursos de "hábeas corpus" originados en esas detenciones, pero sin pronunciarse sobre el verdadero fondo del asunto.

Dispone el artículo 37 de nuestra Constitución Política lo siguiente: "NADIE PODRÁ SER DETENIDO SIN UN INDICIO COMPROBADO

(6) Ver crítica hecha por LEVENE en nota anterior. Ricardo Núñez, al comentar las atribuciones del Agente Fiscal en la información sumaria señala: "Aquí el Agente Fiscal actúa a la vez, como Juez dotado de un limitado poder jurisdiccional y como 'órgano requirente', dotado de los poderes necesarios para informarse y requerir al Tribunal competente la citación a juicio del imputado." (Núñez, R., Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba; Ed. Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1978, p. 65) con lo cual reconoce esa función mixta o híbrida del Agente Fiscal el Agente Fiscal no ejerce ninguna facultad jurisdiccional —afirmación muy discutible—, replicando aquél: "¿Pero, instrucción reducida?". Así se pensó al discutirse el proyecto de Código (de Córdoba) de 1939: "De manera —se dijo— que en términos generales, el Agente Fiscal se convierte en Juez de Instrucción". (Cámara de Senadores —Diario de Sesiones— Córdoba, 1939, p. 800) (Núñez, R. ob. cit., p. 46). Pensamos sin embargo, como bien explica Montero Aroca, que "la jurisdicción como potestad es, además, indivisible, y que, por lo tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad, con todos sus elementos; no se tiene parte de la jurisdicción, se tiene potestad o que nos parece cuestionable afirmar la existencia de poderes jurisdiccionales limitados.

(7) VELEZ MARICONDE, A., en cita que de él Vázquez y Castro en su ob. cit. (Tomo III) p. 416.

(8) "Circular No. 32, San José, 20 de octubre de 1976. Asunto: resolución para detener a los imputados. A LOS JUECES DE INSTRUCCION Y AGENTES FISCALES SE HACE SABER: Que la Corte Plena, en sesión celebrada el trece de setiembre del corriente año, dispuso recomendar a Uds. que en lo sucesivo, cuando legalmente corresponda detener al imputado después de recibida su declaración y si los hechos y circunstancias dieran mérito para ello, la ordenen así por medio de una resolución lacónica que deben dictar en el expediente en vez de limitarse a agregar a los autos la copia de la simple nota de remisión del reo a la cárcel. Se sobreentiende que no es necesario dictar resolución para ordenar a las autoridades de policía o de investigación que aprehendan al presunto imputado, a fin de presentarlo ante el Juez o Agente Fiscal para que se le reciba declaración. Gonzalo Brenes, Secretario de la Corte".

**DE HABER COMETIDO DELITO Y SIN MANDATO ESCRITO DE JUEZ O AUTORIDAD ENCARGADA DEL ORDEN PUBLICO, EXCEPTO CUANDO SE TRATARE DE REO PROFUGO O DELINCUENTE IN FRAGRANTI; PERO EN TODO CASO DEBERA SER PUESTO A DISPOSICION DE JUEZ COMPETENTE DENTRO DEL TERMINO PERENTORIO DE VEINTICUATRO HORAS"** (El subrayado no es del texto).

La anterior disposición no deja lugar a dudas de que solamente el juez puede ordenar que la detención de una persona se prolongue más de veinticuatro horas, y el Agente Fiscal, aunque puede interpretarse que se trata de una autoridad encargada del orden público, no es un juez, y por lo tanto no puede ordenar la detención hasta por los quince días a que alude el artículo 408.

En razón de lo dicho nos parece que los artículos 406 y 408 tienen visos de inconstitucionalidad, motivo por el cual hay que armonizarlos para evitar que rocen con lo dispuesto en la norma constitucional referida, o reformar ésta para permitirle al Agente Fiscal dicha detención, lo que no nos parece muy plausible. En todo caso, se hace más sencillo reformar las leyes que la Constitución, y nos parece que el modo menos complicado de lograrlo es que el artículo 406 disponga que siempre que la detención se prolongare más de veinticuatro horas, el Agente Fiscal deberá (obligatoriamente) comunicarlo al Juez de Instrucción para que éste resuelva la situación del imputado.

En resumen podemos decir que la "información sumaria" debe durar quince días (con el problema constitucional anteriormente explicado) a contar de la detención del imputado, o un mes si se encontrare en libertad (art. 408 ídem); de ahí que el procedimiento sea bastante ágil, casi sin formalidades, (salvo las señaladas) que eventualmente pueden demorar el mismo.

También puede ocurrir que por algún motivo el Agente Fiscal no haya podido concluir su información sumaria al término de los quince días (contados en días naturales) o del mes que por ley se le señala, entonces deberá informar enseguida al Juez de Instrucción sobre el motivo de la expresada demora, y podrá solicitar una prórroga de diez días como máximo, o que se proceda por instrucción formal o judicial (art. 409 ídem).

Por lo general se solicita que se proceda por instrucción cuando el asunto se vuelve "complejo" (empleando las palabras del mismo cuerpo de leyes procesales) y que afortunadamente son los menos.

Si la demora es injustificada, debe ponerse en conocimiento del Fiscal del Tribunal de Apelación (cargo que actualmente desempeñan los mismos fiscales de juicio, según el "turno" u orden correspondiente).

Negada la prórroga o vencido el nuevo plazo concedido, el Agente Fiscal deberá requerir obligada e inmediatamente la instrucción judicial, la que debe ser ordenada por el juez resolviendo sin demora la situación del imputado. (Art. 410) (9).

Como ya expusimos, si el Agente Fiscal considera procedente ir a juicio (o debate), debe solicitar al tribunal competente que decrete la citación del imputado presentando el mencionado "requerimiento de citación directa" (o requerimiento de citación a juicio), conforme los requisitos del artículo 341 de nuestro Código. (Art. 412).

Pero si por el contrario estima que carece de fundamento para requerir la mencionada citación a juicio, entonces debe solicitar al Juez de Instrucción el sobreseimiento (que en cualquier caso siempre es definitivo), o que procediendo por instrucción ordene la prórroga extraordinaria:

#### Artículo 414.

*"En tal caso, si la causa fuere de competencia de Juez Penal, el de instrucción dictará sin trámite el sobreseimiento o prórroga extraordinaria. Si la causa fuere de competencia de Tribunal de Juicio, procederá conforme a la primera parte del artículo 347".* (El subrayado no es del texto).

Precisamente nos hemos permitido subrayar en la anterior disposición legal, otro de los aspectos que dan base a críticas desfavorables al procedimiento de citación directa, pues como puede observarse, existe una total imposición de voluntad del Agente Fiscal sobre la autoridad del Juez de Instrucción. Aquél le solicita el sobreseimiento o prórroga extraordinaria (en casos de competencia de Juez Penal, que son los que por regla general no exceden de pena de prisión de tres años), y el Juez

(9) Siempre que la información sumaria se convierta en instrucción judicial o formal, los actos cumplidos de acuerdo con las normas de la última conservarán su validez. (art. 411 CPPCR).

de Instrucción debe resolver en uno u otro sentido, obligadamente, sin determinar si el funcionario del M.P. tiene o no razón, quebrantándose, en nuestro criterio, los artículos 153 y 154 de la Constitución Política de Costa Rica.

El quebranto de la primera disposición constitucional se produce porque en ella se dispone que únicamente será el Poder Judicial quien podrá resolver definitivamente sobre las causas civiles, penales, etc.; y el de la segunda disposición en cuanto se dice que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la Ley (primero aquélla que ésta).

Se ha querido soslayar el anterior quebranto de las normas constitucionales diciéndose que el Ministerio Público es parte del Poder Judicial (en virtud de la dependencia que se estableció al ser puesto en vigencia el actual Código de Procedimientos Penales), pero se olvidan, quienes tal postura mantienen, que también existen otros organismos que son parte del Poder Judicial (la Policía Judicial, por ejemplo) que en tal caso, de ser cierta su creencia, podrían entonces válidamente resolver las controversias o "litigios" judiciales, lo que a todas luces es absurdo.

Nos parece extraño, además, que el Juez tenga que dictar una "resolución" (de sobreseimiento o de prórroga extraordinaria) que no ha sido producto de su razonamiento ni de su apreciación, sino

"impuesta" por el representante del M.P., que de esta manera tan irregular se convierte en autoridad Juzgadora ("decisora").

La administración de justicia (compuesta tanto por órganos propiamente jurisdiccionales como por los que no lo son) es una labor bastante compleja, que requiere un profundo conocimiento de las leyes, pero no debemos buscar soluciones (quizá en un afán de simplificarla) que puedan perjudicar su normal desarrollo (10).

En cuanto al juicio oral o debate que se realiza en el procedimiento de citación directa, debe decirse que es bastante parecido al que se produce en el juicio común, e inclusive la mayor parte de las disposiciones de éste son aplicables a aquél, de acuerdo con lo establecido por el artículo 415 CPPCR.

Para concluir este trabajo debo manifestar que el Congreso Jurídico del año 1977, propuso una serie de reformas al actual Código Procesal Penal, incluyendo el procedimiento de Citación Directa, (dichas reformas fueron publicadas en la Revista de Ciencias Jurídicas No. 36) pero, como puede observarse, el artículo 406 no fue reformado y en el 408 lo que se propone es prolongar hasta 45 días la duración de la información sumaria cuando el imputado se encuentra en libertad, motivo por el cual los problemas que hemos comentado siguen existiendo, de acuerdo con nuestro criterio.

## A N E X O :

### EXPLICACION DE LAS REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (ARGENTINA) EN LO QUE CONCIERNE A LA CITACION DIRECTA.

*Nota: La presente explicación forma parte del trabajo que dirigió el profesor Alfredo Vélez Mariconde al Ministro de Gobierno Luis Eduardo Martínez Golletti, el 29 de abril de 1968, en relación con las reformas al Código de la materia cuya redacción se le había encargado. El proyecto del referido profesor argentino fue aprobado y constituye el actual Código de Procedimientos Penales de Córdoba.*

(10) Nos permitimos recomendar en este aspecto, un trabajo de nuestro Director de Tesis, Dr. Leonardo Prieto-Castro, que lleva por título "La Administración de Justicia" (Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana Número IV, octubre-diciembre de 1974).

## PROCEDIMIENTOS ESPECIALES. CITACION DIRECTA

"A pesar de que el M. Fiscal no cuenta con todo el personal ni con las comodidades que serían necesarias, no hay duda que la hoy llamada "Instrucción sumaria" ha dado los resultados prácticos que esperábamos: no podía ser de otro modo, pues la institución existe (con distintos nombres) en las legislaciones de mayor prestigio, que así evitan la instrucción jurisdiccional y aceleran el trámite de las causas leves.

Esto explica que sean muy pocas las reformas sustanciales proyectadas.

Bajo el aspecto tecnológico, la nueva designación y el método adoptado servirán para refirmar la verdadera naturaleza de la institución: la citación directa (que hace el Tribunal de Juicio al imputado, para que éste responda a la acusación del órgano requirente) no implica un segundo tipo de instrucción sino un procedimiento especial sin etapa instructoria, disciplinando para abreviar la tramitación de los procesos por delitos leves de acción pública, siempre que no se trate de asuntos complejos o que no existan otros motivos que aconsejan la actuación del órgano jurisdiccional.

En una reunión que se efectuó en Villa María (según Comercio y Justicia del 30/X/59) se sostuvo que nuestra instrucción sumaria "no asegura en favor del imputado las garantías del debido proceso", es decir, que es inconstitucional. Este "descubrimiento" de nuestro gravísimo error (también atribuido a los jueces y abogados de nuestra provincia y de Mendoza, donde el procedimiento de citación directa rige desde hace tantos años), demuestra que la instrucción no ha sido entonces bien comprendida.

El principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo (aludido como antes se expresa por una traducción literal de la fórmula norteamericana) no aparece ni siquiera rozado por este procedimiento, puesto que sólo significa que en ciertos casos se suprime la instrucción jurisdiccional (lo mismo que ocurre en el juicio por delito de acción privada).

La Constitución Nacional no impone la existencia de un proceso mixto, constituido por una instrucción preparatoria y un juicio definitivo: sólo exige un "juicio previo" a toda pena. Así se explica que la primera sea eventual (también está ausente en el juicio por faltas o contravenciones,

donde la acción penal resulta promovida sólo por la autoridad policial).

Tal vez esta incompreensión —en la que también incurren algunos procesalistas argentinos— es el mejor argumento para justificar la designación y el método adoptado: la citación directa sólo implica autorizar que el órgano encargado del ejercicio de la acción pública pueda formular acusación directamente ante el tribunal de juicio, sin que sea necesario practicar la instrucción jurisdiccional. La investigación sumaria previa, por lo tanto, no es una verdadera instrucción, sino el medio necesario para que el M. Fiscal pueda encontrar fundamento a su pedido de citación.

1. La última reforma del C. Penal —que ahora reprime el hurto, la usurpación, el atentado y la resistencia a la autoridad con pena máxima de tres años de prisión— aconseja modificar el tope hasta esa cifra, no sólo porque la pena mínima es de uno a dos meses, sino también porque la investigación de esos hechos (numerosos) es generalmente simple.

Al establecer, por otra parte (art. 418, inc. 1), que la citación directa procederá también cuando el delito esté reprimido con pena no privativa de libertad, resulta claro que es indiferente la cantidad de la multa o de la inhabilitación amenazadas, sean estas penas únicas o conjuntas con la de prisión. Con esto se resuelve un problema que ha ofrecido dificultades y que ha determinado una jurisprudencia inaceptable.

Desde luego como esta competencia (impropia) del Agente Fiscal no se equipara de modo absoluto con la del Juez Correccional, la acción deberá ser promovida ante este magistrado o ante la Cámara en lo Criminal, según la gravedad del delito cuya existencia se afirme.

2. En las excepciones del art. 419 se comprenden casos no previstos específicamente por el C. actual, mientras que la fórmula tiende a demostrar mejor que en ellos no hay una conversión (en sentido estricto) del procedimiento. Claro que si en el curso de la investigación fiscal resultase la procedencia de la citación directa, será necesario proceder por la vía ordinaria, pero no se tratará entonces de una conversión similar a la dispuesta por los arts. 426 y 427.

La distinción es necesaria (volvamos a repetir) para determinar la competencia del Juez Correccional: este magistrado no será competente en los casos indicados en el art. 419: pero si cuando la instrucción resulta simplemente, por haber excedido el término de la información sumaria del A. Fiscal (art. 27).

3. Cuando el imputado objeta la procedencia de la citación directa ante el Juez de Instrucción, la resolución de este magistrado es irrecurrible (art. 420, primera parte); ya lo establece el Código vigente (art. 313).

En cambio, muy distinta es la situación procesal cuando a ese respecto discreparen el Agente Fiscal y el Juez: el incidente será resuelto entonces por la Cámara de Acusación. Como no se trata de un conflicto de competencia en sentido estricto, puesto que el A. Fiscal no ejerce jurisdicción, no se justifica que deba resolverlo el Tribunal Superior, como ahora ocurre.

4. Como el art. 421 se quiere aclarar:

1, que en los casos de citación directa, el A. Fiscal puede practicar una información sumaria (breve investigación) a fin de reunir los elementos de juicio necesarios para fundar su requerimiento. Esta es la finalidad prevista por la ley, sin perjuicio

de que algunos actos —si son cumplidos de acuerdo con las normas de la instrucción— puedan ingresar en el debate. Lo último no puede ser objetado: la situación institucional del M. Fiscal (órgano del P. Judicial) constituye plena garantía de imparcialidad.

2, que esa investigación previa pueda practicarse por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o de los actos del sumario de prevención; es decir, se tutoriza expresamente un procedimiento fiscal de oficio, consecuente con los principios de legalidad y oficiosidad. Podría pensarse que esta prevención no es indispensable ante la significación de esos principios (C.P. art. 71).

3, que para formular el requerimiento de citación directa, el A. Fiscal podrá basarse en el sumario policial, sin necesidad de practicar directamente ninguna investigación, excepto la necesidad de que reciba declaración al imputado (art. 430).

4, se establece implícitamente, pues, que el pedido de sobreseimiento se debe basar en los actos que practique el M. Fiscal.

*"Esta exigencia obedece al valor que a dicho pedido le acuerda el art. 364 in fine"*. (Los subrayados no son del texto original).

## B I B L I O G R A F I A

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1961.

CLARIA OLMEDO, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediar, S.A., Buenos Aires, Córdoba, 1962.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Ed. Bosh, Barcelona, S. F. E.

LEONE, G. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (Traducción de S. Sentís Melendo) Ed. Juríd. Europa-América. 1963.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

NUÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Ediciones Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1978.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *La Reforma Procesal Penal de la R. F. de Alemania de 1975*. Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. y CASTRO, R. A. *Procedim. Penal Mixto*, Edit. Plus Ultra.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 2 ed. Lerner, Buenos Aires, 1969. Explicación a las reformas del Código Procesal Penal de Córdoba, 1967.

Significado de algunas siglas utilizadas:

|         |  |
|---------|--|
| CPP     | (Código Procesal Penal)                          |
| CPPCR   | (Código Procesal Penal de Costa Rica)            |
| CPPER   | (Código Procesal Penal de Entre Ríos, Argentina) |
| CPPC    | (Código Procesal Penal de Córdoba, Argentina)    |
| MP o MF | (Ministerio Público o Ministerio Fiscal)         |



## EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS REGIMENES ESTATUTARIOS, EN ESPECIAL LA LEY GENERAL DE ADMINISTRACION PUBLICA

Dr. Luis Guillermo Herrera Castro.

**1. EXPLICACION:** Para iniciar este artículo, me permito hacer una aclaración. El intentar hacer un análisis comparativo de dos ordenamientos, no significa que vayamos a hacer un análisis exegético y comparativo de todos los institutos que se regulan en ambos ordenamientos, pues aparte de constituir un trabajo sumamente tedioso, el mismo no forma parte de mis ambiciones, aparte de que no soy especialista en el Derecho Laboral ni en el Derecho Administrativo; soy tan solo un aficionado al Derecho, y por accidente histórico estoy en contacto ahora con este último. El enfoque que haré será desde un punto de vista marxista, es decir, no perdiendo de vista que el Derecho en nuestra sociedad, es una superestructura que responde al sistema económico vigente.

Además, en lo que se refiere a la Ley Gl. de Administración Pública, solamente me interesa enfocar los artículos 111 a 119, por ser los que tienen implicaciones en el Derecho Laboral y afectar así en forma directa a la clase trabajadora.

**2. EL TRABAJO.** El trabajo constituye la facultad biológica más importante que posee el hombre, como conjunto de las potencialidades humanas. Marx lo ha conceptualizado como "un proceso entre la naturaleza y el hombre, proceso en que este realiza, regula y controla mediante su propia acción su intercambio de materia con la naturaleza. En es-

te proceso el hombre se enfrenta como un poder natural con la materia de la naturaleza. Pone en acción las fuerzas naturales que forman su corporeidad, los brazos y las piernas, la cabeza y la mano, para de este modo asimilarse, bajo una forma útil para su propia vida, las materias que la naturaleza le brinda. Y a la par que de ese modo actúa sobre la naturaleza, desarrollando las potencias que dormitan en él y sometiendo el juego de sus fuerzas a su propia disciplina" (EL CAPITAL, Editorial Fondo de Cultura, México, 1978, tomo I, p. 130).

El trabajo desplegado por la clase trabajadora constituye la energía productora de la humanidad, siendo en consecuencia la clase portadora del progreso. Si imagináramos un mundo en que la burguesía fuese la que tuviese que asumir el papel productor, veríamos una burguesía harapienta y hambriera. El trabajo, "es pues, la fuente única y exclusiva de los valores de uso que produce, es la riqueza material. El trabajo es, como ha dicho William Petty, el padre de la riqueza, y la tierra la madre" (obra citada, p. 10).

El trabajo siempre ha sido el mismo en todas las épocas, con la diferencia de que la explotación por la clase dominante varía de forma según el sistema económico vigente en cada época.

### 3. ORIGEN DEL DERECHO LABORAL.

El derecho del trabajo surgió, como una necesi-

alidad jurídica de equilibrar los intereses de las dos clases antagónicas: el proletariado y la burguesía, ante la explotación que esta última ejerce sobre aquella. No obstante, históricamente el sistema capitalista en su fase imperialista y de empresas multinacionales, ha comenzado a ceder a la verdad histórica. Ya muchos pueblos han comenzado a recuperar su destino y a partir de 1917 con la revolución rusa, la historia ha tomado el sendero que inexorablemente le corresponde según las leyes fundamentales de la dialéctica materialista. Ya hoy en día observamos una gran área en el mundo que camina hacia el socialismo: Etiopía, Angola, Campuchea, Granada, Nicaragua, etc.

Mario de la Cueva afirma que son tres factores importantes que condicionan el nacimiento del Derecho del trabajo: a) el tránsito del taller a la fábrica en la revolución industrial; b) la aparición del movimiento obrero, y c) la "rebelión del pensamiento" o las nuevas ideas sociales que combaten la explotación de la clase trabajadora.

#### a. TRANSITO DEL TALLER A LA FABRICA:

La historia se divide en varios períodos determinados cada uno por las formas de las relaciones de producción: la comunidad primitiva, el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo y el socialismo. No vamos a hacer un análisis de cada uno, por no ser el momento oportuno, pero haremos una breve referencia a los últimos tres, por resultarnos útil en la elaboración de este análisis.

Durante la época feudal, predominó la agricultura y la economía natural. En su seno se fue desarrollando aun más la producción mercantil, la división social del trabajo y el cambio. Los oficios y el comercio se concentraron en las aldeas, que se iban convirtiendo en ciudades. La pequeña producción mercantil, su régimen competitivo, fue el punto de partida del desarrollo del capitalismo.

La producción mercantil es la economía de pequeños productores que intercambian los productos de su trabajo, realizado con los sencillos medios de producción que poseen. Tal tipo de producción se originó durante este período denominado FEUDALISMO.

El capitalismo nació de la producción mercantil, lo que presupone la existencia de dos clases antagónicas: la burguesía que concentra el capital y la clase trabajadora que es la productora de los bienes y servicios que la humanidad consume. Aquella, nació del proceso de libre competencia, lo que les permitió la acumulación de la riqueza, pero

al mismo tiempo la descomposición del Feudalismo creaba una inmensa masa de hombres desheredados, carentes de medios de producción, y por ello, obligados a vender sus fuerzas de trabajo. Los levantamientos de los siervos de la gleba contribuyó a la desaparición del feudalismo, lo cual fue aprovechado por la burguesía, para ponerse frente a la lucha contra dicho régimen.

La etapa del capitalismo la podemos caracterizar entonces, como el paso del trabajo individual artesanal al trabajo social colectivo. Durante este período, el capitalista inicia un proceso de explotación, que durante los siglos XVIII y XIX revistió notas alarmantes. Podríamos afirmar que el trabajo de fábrica se constituyó en una nueva forma de esclavitud, con la diferencia, de que en este período, con la proclama formal de los derechos, se quería hacer libre al hombre, cuando en la realidad social y económica no lo era. Así es como nos encontramos con textos constitucionales plagados de retórico lenguaje, que hacen de la "libertad del hombre" el centro de su sistema, pero que no es ni más ni menos, que la libertad de empresa disfrazada de democracia; en otras palabras, un ordenamiento jurídico que tolera dentro de la "legalidad" la explotación del hombre y el mantenimiento de la injusticia social.

Desde el punto de vista de la economía política, se dice que el trabajador produce en pocas horas el equivalente a lo que recibe en salario; el resto de sus horas las trabaja gratis para el capitalista, sea el "plustrabajo". Este valor creado o resultante del plustrabajo se lo apropia gratuitamente el capitalista, aumentando sin esfuerzo alguno su riqueza (plusvalía).

b. APARICION DEL MOVIMIENTO OBRERO: Dadas las condiciones que originó el capitalismo, resultó entonces la aparición del movimiento obrero. La industria maquinizada, desarrollada durante este período, "constituye un hecho histórico progresista, puesto que acrecentó aún más la productividad del trabajo. Su desarrollo condujo al súbito crecimiento de las ciudades, al aumento de la población urbana en desmedro de la rural y a la formación del proletariado urbano moderno. La sociedad capitalista engendraba así a la clase que habría de sepultarla" (Rubens Iscaro, Historia del Movimiento Sindical Internacional, Ediciones Cultura Popular, México 1978, ps. 22 y 23). Como han dicho Marx y Engels en el Manifiesto Comunista, "La burguesía no ha forjado solamente las armas que deben darle muerte; ha pro-

*ducido también los hombres que empuñarán esas armas: los obreros modernos, los proletarios"* (Editorial Progreso, Moscú, 1972, p. 37).

La concentración de capital que propició el desarrollo de la gran industria, generó las grandes concentraciones de trabajadores, que les permitió adquirir conciencia de su importante papel en la historia, y que organizados como clase podrían derrotar para siempre a sus enemigos, la clase antagónica: la burguesía. Así es como se explica, el surgimiento de la Primera Internacional (28 setiembre de 1864), donde no solamente se exigieron mejores condiciones de trabajo y aumentos salariales, sino *"el gran deber de la clase obrera consistía en conquistar el poder político para colectivizar la propiedad de los medios de producción y utilizarlos para el bienestar y la prosperidad de todos los trabajadores"* (RUBENS ISCARO, ob. cit., p. 56). Posteriormente se celebraron varios congresos, especialmente el primero, que se celebró en Ginebra en 1866, en donde se estructuró el movimiento sindical que en el futuro cobraría fuerza inevitable para el éxito de la clase trabajadora. En este Congreso, se consideró al sindicato no solo un instrumento de lucha por las reivindicaciones económicas inmediatas, sino también por la completa liberación social de millones de oprimidos. La evolución del movimiento obrero continuó, hasta culminar con la organización de la Federación Sindical Mundial, que pese a los esfuerzos del imperalismo por dividir sus fuerzas, actualmente se encuentra más revitalizado que nunca, concentrando a más de dos millones de adherentes.

**c. REBELION DEL PENSAMIENTO:** Con este título, Mario de la Cueva, explica todas las corrientes del pensamiento que se rebelaron contra la explotación de la clase trabajadora. Entre las primeras y de más importancia, está el llamado socialismo utópico, cuyos más destacados representantes son Saint Simon y Fourier en Francia y Owen en Inglaterra. Esta etapa del pensamiento fue precedente al nacimiento del pensamiento marxista. Marx y Engels, quienes son originarios de Alemania tuvieron que abandonar su país ante el fracaso de la revolución de 1848. En el exilio se les encargó la redacción de un programa para la Liga Comunista y a principios de 1848 apareció el Manifiesto Comunista, que junto con sus otras obras constituyen los documentos más importantes en la historia para el desarrollo del socialismo científico, complementado posteriormente con el pensamiento leninista y las experiencias revolucionarias futuras,

fundamentalmente la revolución soviética de 1917.

Los primeros cincuenta años del siglo XIX integran lo que Mario de la Cueva ha llamado *"edad heroica del movimiento obrero y del derecho del trabajo, una denominación que corresponde primeramente a la lucha sindical, pero pertenece también al derecho del trabajo, porque se luchaba por su idea, pues las libertades sindical, de huelga y negociación y contratación colectivas, son su finalidad inmediatas, la condición para que pudiera nacer el derecho sustantivo en una sociedad en la que su estado era impotente frente a la fórmula del laissez-faire, laissez-passer de los fisiócratas"* (ob. cit., p. 15).

#### 4. LA NATURALEZA DEL DERECHO DEL TRABAJO:

No perdiendo de vista la existencia de una lucha de clases, y explicándonos la situación de desventaja en que se encuentra el trabajador en la sociedad capitalista, ha nacido el Derecho del trabajo bajo las condiciones antes señaladas. Ya en el siglo XIX Otto von Gierke explicaba que al lado del Derecho del estado y del Derecho privado existía un derecho social creado por las corporaciones, cuyos caracteres eran su autonomía, que consideraba al trabajador no individualmente sino en sus relaciones con su cuerpo social. Posteriormente George Sceller afirmó que el Derecho del trabajo había roto la unidad del derecho común y creado un derecho de clase; es decir, un ordenamiento defensor de los trabajadores en sus relaciones con el capital. Así, nos encontramos con la declaración de Quétaro que en el año de 1917 afirmó la naturaleza de los derechos sociales y dos años más tarde la Constitución de Weimar, comenzó a hablar de un derecho social. En este último texto constitucional se encuentra estampado el pensamiento de Radbruch, quien consideró el Derecho del trabajo de una naturaleza diversa del Derecho privado y del Derecho público. Mediante el Derecho del trabajo, dice, la clase trabajadora se ha impuesto a la burguesía, fijándose un mínimo de garantías.

Posteriormente, dos juristas franceses se dieron cuenta de que el Derecho privado era incapaz de regular los cambios sociales, reconociendo la nueva naturaleza del Derecho del trabajo: George Ripert y Levasseur. Este último, reconoció en el Derecho del trabajo una finalidad social y ética, diciendo que corresponde a éste, *"...evitar que el trabajo humano sea considerado como una mercancía"*. En este sentido, dice el autor, el Derecho

del trabajo es ". . . principio de una nueva organización de las relaciones sociales".

Podemos darnos cuenta al considerar la especial naturaleza del Derecho del trabajo, que el mismo no puede ser completamente asimilado al Derecho privado ni al Derecho público. Las discrepancias doctrinales sobre este punto han sido muchas. Algunos autores han perdido de vista esta especial naturaleza, al confundirse con la vigencia de principios que tienen plena aplicación en el ámbito del Derecho administrativo o en el Derecho privado.

Mario de la Cueva, refiriéndose a este problema, nos dice que el Derecho laboral ". . . busca la justicia social; es el derecho que la sociedad impone autoritariamente para asegurar a cada hombre, cualquiera sean sus circunstancias, una existencia digna; . . . El Derecho del trabajo en el presente, y el derecho de la seguridad social, en el futuro, no son ni serán un derecho para regular relaciones, ni para equilibrar prestaciones, sino que son el estatuto que la sociedad impone a los hombres para asegurar las existencias individuales y para suprimir definitivamente la esclavitud. Así entendido, el Derecho del trabajo no puede ser Derecho privado; puede no ser Derecho público, si por tal entendemos las normas que sirven para fijar la estructura y la actividad de un cuerpo político; es un derecho social, lo que quiere decir que es el derecho fundamental, la base sobre la cual habrán de constituirse el Derecho público y el Derecho privado, esto es, el Derecho del trabajo y el de la seguridad social devienen en finalidad suprema del orden jurídico, porque constituye el nuevo ideal de la sociedad" (Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa, México, 1967, ps. 224 y 225).

En la sociedad capitalista, la naturaleza del Derecho del trabajo es inevitablemente social, por cuanto hemos visto, se constituye en un ordenamiento que regula las garantías mínimas de la clase trabajadora, para contrarrestar así el desequilibrio que plantea en la realidad social, el poder económico de los capitalistas. Ese mínimo legal constituye una serie de garantías socio-económicas, esenciales para el desarrollo digno del trabajador y de su familia, obteniéndose así una mayor productividad. El Derecho laboral es una muralla que se alza frente al poder del capitalista, y que en un régimen democrático-liberal, evita que la injusticia social llegue a límites inhumanos.

No debemos perder de vista dentro de la perspectiva del presente análisis, que, dicho ordenamiento es uno de tantos que surgen como respues-

ta a un sistema económico determinado, que en definitiva es el determinante de una de las superestructuras de la sociedad: el Derecho. Este es un derecho burgués, y desde este punto de vista tenemos que analizarlo a fin de comprender la normativa y las instituciones que se protegen. El día en que la clase trabajadora recupere la propiedad sobre los medios de producción, y por ende el poder político, el Derecho constituirá una estructura del pueblo, es decir, una respuesta auténtica a los auténticos dueños del poder. En este estadio, el Derecho laboral perderá toda su importancia, pues desaparecerá el desequilibrio económico, producto de la propiedad de los medios de la producción, que en la sociedad capitalista está concentrada en manos de una minoría.

## 5. BREVE HISTORIA DEL DERECHO LABORAL COSTARRICENSE.

Para comprender bien la historia del Derecho laboral en nuestro país, necesariamente tendremos que trasladar nuestra atención a las primeras décadas del presente siglo, que es cuando se presentan los primeros movimientos obreros, aun cuando éstos, no logran todavía una verdadera organización ni se ha adquirido una clara conciencia de clase.

En Costa Rica las ideas sociales de principios de siglo, tuvieron como impulsores a figuras como Omar Dengo y Billo Zeledón. Existía el Centro de Estudios Germinal, en donde se discutieron y manifestaron las primeras ideas sociales, expuestas en este círculo por intelectuales de la talla de Joaquín García Monge, Carmen Lyra y otros.

En 1917 la sociedad de Ebanisteros y Carpinteros realizan una manifestación de simpatía a la revolución rusa, hecho, que como bien sabemos, marca el principio de una nueva era en nuestra historia.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho constitucional, merece destacarse la Constitución Política de 1917, que incorporó la obligación del Estado de velar por la "clase trabajadora". Por su importancia histórica transcribimos el art. 10 de este texto constitucional:

"Es obligación del Estado velar por el bienestar de la clase trabajadora, y para ello dictará las leyes necesarias; a falta de iniciativa social promoverá, y en todo caso apoyará en la medida de sus recursos, las instituciones que tengan por objeto armonizar sobre bases de justicia las relaciones entre patrones y obreros y las que tiendan a mejorar la condición económica de éstos y a ampararlos en caso de enfermedad, vejez o

accidente, paro de trabajos u otras circunstancias de desgracia independientes de su voluntad".

En 1920, una manifestación de obreros y artesanos llegaron a una huelga para lograr la implantación de la jornada de ocho horas y aumentos de salarios. Esta huelga fue provocada por la Confederación General de Trabajadores.

En la década de los años veinte, es cuando surge a la vida política nacional el General Volio, líder del Partido Reformista, cuya influencia fue muy importante para el desarrollo futuro de las ideas sociales. En este orden de ideas, Oscar Aguilar Bulgarelli ha dicho, que en "...definitiva lo que Volio pretendía con su movimiento reformista, era la introducción de modificaciones en la estructura social vigente en aquella época y no cambiarla por otra. Es decir, hacer más justas aquellas estructuras a raíz de cambios fundamentales en la posesión de la tierra, el tributo, la educación, etc." (¿Democracia en Costa Rica? Cinco opiniones polémicas, p. 53).

En 1931, ya desaparecido el Partido Reformista, nace el Partido Comunista bajo el nombre de Bloque de Obreros y Campesinos, en la que se integran figuras como Carmen Lyra, Carlos Luis Sáenz. Este nuevo partido será definitivo para el desarrollo futuro del Derecho del trabajo costarricense. Es importante el papel del Partido Comunista por cuanto en el año 1934 organizaron la huelga bananera del Atlántico, ante la negativa de la "United Fruit Co." de reconocer un aumento de salarios. En este primer gran movimiento de la clase trabajadora (proletariado bananero) tuvo una destacada participación el autor nacional Carlos Luis Fallas, quien en su autobiografía dice:

"Allí, entre otras actividades revolucionarias intervine en la organización de la gran huelga bananera del Atlántico de 1934, que movilizó a 15.000 trabajadores y que conmovió profundamente al país entero" (Mamita Yunai, Librería Lehmann, 1978, p. 12).

En el período comprendido entre 1940 y 1948, los sindicatos clasistas logran el apoyo popular, tal como el de los trabajadores bananeros, "algunos sectores de los trabajadores industriales de la ciudad, de los campesinos pobres y artesanos. Ese apoyo popular les permite entre 1940 y 1948 instaurar una alianza política con el populismo del Presidente Calderón Guardia, que estaba en el poder, y el social cristianismo de los sectores más avanzados de la Iglesia, encabezados por Monseñor

Sanabria. Los sindicatos y el Partido Comunista alcanzan así una verdadera influencia política gracias al apoyo popular de que gozaban y a su política de alianza" (Daniel Camacho, La Democracia en C.R., p. 106). Desde luego que estas alianzas fueron el objetivo de ataque de las fuerzas reaccionarias del país, quienes a toda costa trataron de impedir la evolución progresiva de las conquistas sociales a favor de la clase trabajadora. Este bloque de garantías (salario mínimo, jornada de ocho horas, etc.), el Código de Trabajo emitido el 15 de setiembre de 1943 y el Seguro Social constituyen los logros más importantes de la clase trabajadora en la década de los 40, por lo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que este fue el período durante el cual se produjo la única revolución social y económica del país.

Finalmente, en la Constitución Política de 1949, después de intensos debates en el seno de la Constituyente, se mantiene el capítulo de las garantías sociales pese a los esfuerzos de algunos para impedirlo. Las mismas habían sido introducidas en la Constitución Política anterior de 1871 por medio de la Ley No. 24 de 2 de julio de 1943. Básicamente las garantías son:

*Derecho al trabajo y libertad de elegirlo (art. 55).*

*Salario mínimo (art. 56).*

*Jornada ordinaria de 8 horas diarias (art. 58).*

*Día de descanso semanal (art. 59).*

*Derecho a la libre sindicalización (art. 60).*

*Derecho a la huelga (art. 61).*

*Derecho a la celebración de convenciones colectivas, equiparando a éstas desde el punto de vista material a una ley ordinaria (art. 62).*

*Derecho a una indemnización en caso del despido injusto (art. 63).*

*Fomento a la creación de cooperativas para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores (art. 64).*

*Construcción de viviendas a los trabajadores (art. 65).*

*Derecho a la higiene en el trabajo y la seguridad social (art. 67).*

*Derecho a la igualdad de salarios (art. 68).*

*Establecimiento de una jurisdicción laboral para dirimir los conflictos individuales y colectivos de trabajo (art. 70).*

*Protección de las mujeres y los menores en el trabajo (art. 71).*

*Protección a los desocupados involunta-*

*rios y derecho a la reinstalación (art. 72).*

*Seguros sociales (art. 73).*

*Irrenunciabilidad de los derechos (art. 74).*

El desarrollo legal de las anteriores garantías se ha realizado en el Código de Trabajo y otras leyes conexas, tales como el Reglamento General de Seguridad Social (Decreto No. 1 de 2 de enero de 1967); Decreto No. 4 de 28 de mayo de 1959 que enumera las personas que no entran en la normativa común, de acuerdo con el art. 579 del Código de Trabajo; Estatuto de Servicio Civil, Ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953; Decreto No. 4 de junio de 1956 sobre enfermedades profesionales; Ley 1835 de 1 de diciembre de 1954 sobre el sueldo adicional a los servidores públicos; Ley No. 1981 de noviembre de 1955 sobre sueldo adicional de los servidores en las instituciones autónomas; Ley 2412 de 23 de octubre de 1959 sobre sueldo adicional en la empresa privada; Ley 2694 de 22 de noviembre de 1960 sobre la prohibición de discriminación en el trabajo; Ley de Asociaciones Cooperativas 4179 de 22 de agosto de 1968; Decreto No. 11 de 20 de mayo de 1966 sobre el trabajo nocturno de las mujeres; Ley de Propinas No. 4946 de 24 de enero de 1972; Ley de Aprendizaje No. 4903 de 17 de noviembre de 1961, etc., así como las convenciones internacionales de la O.I.T. ratificadas por nuestro país.

## 6. REGIMENES ESTATUTARIOS. EL EMPLEO PÚBLICO:

Como lo hemos expresado con anterioridad, la naturaleza del Derecho del Trabajo difiere sustancialmente del Derecho Público, especialmente del Derecho Administrativo. Mientras aquel es un derecho nuevo, esencialmente social y protector de la clase trabajadora que en nuestra sociedad está sometida al capital, el Derecho Administrativo tiene por finalidad la Administración en todas sus manifestaciones externas o internas, es decir, es el derecho que regula la organización y funcionamiento de la Administración. Esta constituye su objeto, que *"es la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran. De modo que la Administración es "actividad" encaminada a lograr un fin"* (MARIENHOF, ob. cit., p. 144, tomo I).

Como habíamos dicho, el Derecho del Trabajo pretende equilibrar la desigualdad socio-económica que la sociedad capitalista genera entre el dueño de los medios de producción y la clase trabajadora. Esta desigualdad es la caracterís-

tica social inevitable del sistema económico capitalista, y por más leyes sociales que se emitan, la misma persistirá. Con esta parte del Derecho, se pretende imperativamente garantizar un mínimo de condiciones que hagan del trabajo una actividad digna que permita a los trabajadores y a sus familias subsistir en nuestra sociedad. De ahí, las características de derecho protector e imperativo, por cuanto se impone coactivamente en todos aquellos casos en que existe una relación obrero-patronal, sea privada o pública.

Sin embargo, aun cuando se reconoce en el Derecho laboral una normativa que garantiza un mínimo de derechos a la clase trabajadora, es lo cierto, que si la legislación no se adecúa a la evolución de la sociedad, el mismo se vuelve obsoleto, pudiéndose revertir en su finalidad suprema. En nuestro medio, se hace necesaria una profunda reforma del Código, para lograr esa adecuación a la realidad.

También se admite en la doctrina, la posibilidad de que las relaciones de los empleados públicos, sean sometidas a un régimen especial o estatutario, en consideración a la naturaleza del servicio que se presta. En este sentido se han pronunciado entre otros, Mayer, De Gennaro (autores citados por Marienhof, ob. cit., t. III, p. 184). Estos autores exponen una serie de razones, muchas de las cuales tienen plena validez, para admitir la regulación estatutaria, especialmente la limitación de la actividad de la administración al principio de legalidad, que en cierta medida constituye una autolimitación a la actividad del ente. Entre las razones que Marienhof cita están:

- a) Evitar razonablemente la discrecionalidad;
- b) Dignificar la Administración Pública y correlativamente a las personas que trabajan en ella, y
- c) Asegurar la estabilidad laboral (ob. cit., p. 61).

El régimen estatutario ha sido incorporado en forma expresa en nuestra Constitución Política, al disponer el art. 191:

*"Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración"*.

Como nos podemos dar cuenta, la norma es amplia y no hace distinción, lo que demuestra que el propósito era el de crear un único estatuto regulador de las relaciones entre el Estado (considerado

éste como una unidad) y los servidores públicos. A nivel constitucional se desprende que el estatuto debe lograr un equilibrio entre la "eficiencia de la administración" y los derechos sociales de los trabajadores.

Por su lado, el Código de Trabajo, en el Título VIII (arts. 578 y 579) delimitan la naturaleza de la relación de servicio público, al decir que el trabajador del Estado o de sus instituciones, *"es toda persona que preste a aquél o a éstas un servicio material, intelectual o ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fuere expedido por autoridad o funcionario competente, o por el hecho de figurar en las listas de presupuesto o en los pagos de planillas. Cualquiera de estas últimas circunstancias sustituye, para todos los efectos legales, al contrato de trabajo"*. Con base en esta disposición el Tribunal Superior de Trabajo se ha pronunciado en el sentido de que la relación o vínculo que liga al servidor público con el Estado o sus instituciones no es de carácter contractual, sino estatutario, de tal forma que solo a falta de una disposición del Estatuto pueden aplicarse supletoriamente las leyes laborales (ver sentencia No. 105 de 9:55 hrs. del 12 de enero de 1973 y 234 de 8:53 hrs. del 22 de enero de 1974). Igualmente el Tribunal Superior de Alajuela en res. 1928 de 15:06 hrs. del 28 de noviembre de 1974, se pronunció en el sentido de que los mismos quedan condicionados por el interés prevalente de la administración, de tal forma que solo en consonancia con éste, pueden ser protegidos. Este último criterio, que ha sido llevado al extremo, no tiene una buena base legal, por cuanto como hemos dicho, ese interés "prevalente" debe guardar un equilibrio con el interés de la clase trabajadora, de tal forma que no podría limitarse el disfrute ni los alcances de las garantías sociales y todos aquellos derechos adquiridos en virtud de convenios internacionales ratificados por nuestro país.

Debemos recordar que existen dos clases de estatutos: los generales y los especiales. En virtud de los primeros se regularían las relaciones entre el Estado y sus instituciones y todos los servidores públicos, mientras que en virtud de los segundos la regulación sería tan solo de un sector de los servidores públicos, en consideración al tipo especial de servicio que se presta.

Entre los primeros tenemos, el Estatuto del Servicio Civil que fue creado por Ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953. El art. 1 de este dispone:

"Este Estatuto y sus reglamentos regularán las

relaciones entre Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores".

El art. 2 de dicha ley, considera que los empleados sujetos a este Estatuto son los del Poder Ejecutivo remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial. Los artículos 33 y 4, por su lado excluyen un grupo de servidores públicos, que por su especial condición y la función que desempeñan, se rigen por una normativa especial: la Constitución Política, las convenciones internacionales. Entre esos funcionarios están los elegidos popularmente, la fuerza pública, ciertos puestos de confianza del Presidente, el Tesorero Nacional, los jefes de las misiones diplomáticas, etc. Estos están sometidos a estatutos especiales.

La importancia del Estatuto de Servicio Civil es que en el artículo 1 antes citado, resalta dos principios los cuales mantienen un equilibrio:

- a) La eficiencia de la administración; y
- b) Protección de los servidores públicos, especialmente en lo que se refiere a salarios y estabilidad laboral.

Posteriormente se han promulgado otros estatutos especiales como el Estatuto de Servicio Judicial, el Código Municipal, los Estatutos Orgánicos de las Universidades estatales, etc., lo que demuestra sin lugar a dudas, que en nuestro ordenamiento jurídico está permitido el régimen estatutario. Sin desechar la importancia que históricamente tiene el Código de Trabajo, creo que el estatuto es más favorable a los trabajadores, siempre que se logre un equilibrio razonable entre el interés público y los intereses de la clase trabajadora, especialmente el respeto pleno de sus garantías sociales elevadas a rango constitucional. Creemos, que en el estatuto deben incorporarse los siguientes elementos:

- a) La eficiencia administrativa en beneficio del interés público;
- b) Respeto pleno de las garantías sociales;
- c) Ante la ausencia de normas, aplicación supletoria de las leyes que más favorezcan al trabajador ("in dubio pro operario");
- d) Posibilidad de la negociación colectiva, pudiendo finalmente acudir a la vía arbitral;
- e) Doble jurisdicción. Es decir, el trabajador puede acudir en demanda de sus pretensiones a los tribunales de trabajo, o bien, a la vía contencioso-administrativa a im-

- pugnar la validez del acto con todas sus consecuencias, siendo la más importante la posibilidad de la reinstalación; y
- f) Derecho a la reinstalación o en su defecto el pago de los salarios caídos;
  - g) Sanciones para los funcionarios que arbitrariamente limiten en cualquier forma los derechos de los trabajadores.
  - h) Principio de legalidad.

## 7. LA LEY GENERAL DE ADMINISTRACION PUBLICA:

Siguiendo el orden de las ideas expuestas en el punto anterior, tenemos que hacer una severa crítica al Título Quinto, Capítulo Primero (arts. 111 a 114), por cuanto en modo alguno se sujeta a los principios antes expuestos. Además, hay que tener presente que esta breve normativa no puede pretender la regulación de las relaciones de los servidores públicos con la Administración (salvo los sectores regidos por estatutos especiales), por cuanto tan solo son parte de los cimientos de lo que debería ser un estatuto, a promulgarse separadamente.

No discutimos la procedencia (legal) de dicho capítulo, pero sí la inconveniencia de incorporar en una ley administrativa 4 artículos para regular la casi totalidad de las relaciones de los servidores públicos.

La lucha debemos darla todos contra ese criterio y exigir la promulgación de ese estatuto, en el cual deberán participar las centrales obreras, por ser ellas la parte directamente afectada.

No obstante lo dicho, la Ley incorpora el principio de legalidad en varias disposiciones, entre ellas, el artículo 11 inciso 1, que en lo que interesa dice:

"La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes".

Por su parte, el art. 13 dispone:

"La Administración estará sujeta, en general a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos".

De esta última disposición tenemos que hacer la siguiente crítica. En caso de ausencia de normas que regulen los conflictos individuales o colectivos

entre los servidores públicos y la Administración, lo lógico es aplicar supletoriamente la legislación laboral, tal y como lo estipula el Estatuto de Servicio Civil, y no, el Derecho privado, pues, ya hace varias décadas quedó separada la concepción privatista del Derecho laboral.

La norma clave sobre la cual el Gobierno ha creado su caballo de batalla, es el art. 112 inciso 1:

"El Derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos."

Como nos podemos dar cuenta, en esta disposición se echa al canasto toda nuestra legislación laboral, pues, pura y simplemente se dice, "el Derecho administrativo será aplicable", sin tan siquiera, considerar los casos de incompatibilidad. Y el problema, es que, los "administrativistas puros" siguen creyendo en las ventajas del Derecho administrativo, las cuales no dudo, cuando se sustenta en una tesis gobiernista. Es imposible, ya por razones científico-doctrinales, por inconveniencia, por razones históricas, sociales, desaplicar la legislación laboral, pues sus principios, más acordes con la realidad social y económica, permiten la adaptación a los cambios sociales. Así por ejemplo, la Ley General es totalmente omisa en cuanto a causales de despido, causas de suspensión de la relación laboral, jornadas ordinaria o extraordinaria, etc., lo que necesariamente conduce a la aplicación de la ley que resulte más favorable al trabajador, ya sea el Código de Trabajo, el Estatuto de Servicio Civil, o cualquier otra ley conexas.

Dentro de la interpretación patronalista de la Procuradora, me interesa analizar dos problemas: el de la firma de convenciones colectivas y el de jurisdicción "competente".

### a. CONVENCIONES COLECTIVAS.

El art. 62 de la Constitución Política concede el derecho a los trabajadores de firmar convenciones colectivas con los patronos, sin que se haga ninguna diferencia entre empresas privadas o públicas. Este criterio, fue ratificado en el art. 2 del Código de Trabajo que textualmente dice:

"Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho público. . .".

La convención colectiva fue desarrollada en los artículos 54 y siguientes del Código de Trabajo, sin que en modo alguno surjan disposiciones categóricas que impida a la Administración Pública la

firma de las mismas, aparte de que, por costumbre se vienen celebrando desde hace muchos años.

Desgraciadamente, la Procuradora ha pretendido ignorar todo ese ordenamiento (constitucional y legislativo), llevando el criterio a extremos peligrosos que socaban los derechos de la clase trabajadora, tales como el pretender desconocer el valor de las convenciones actualmente vigentes, cuando bien sabemos las mismas tienen fuerza de ley.

El negar la posibilidad al Estado o a sus instituciones de firmar convenciones colectivas, es negarle su capacidad de contratación, la que puede ser tanto de Derecho público como privado. La capacidad dual del Estado y sus instituciones se encuentra regulada en el art. 1 de la Ley General en relación con el art. 15 del C. C. y otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico.

Otras fuentes que nos sirven para sostener nuestra tesis, es el pronunciamiento que en 1961 se emitió en el Congreso celebrado en Stugart por la Internacional de Servicios Públicos, que entre otras cosas dijo:

"... es paradójico y absurdo que el Estado, impone al sector privado las obligaciones legales de negociación colectiva y conciliación, y en su papel de empresario se lo niegue a sus propios trabajadores.

La negociación evita el riesgo de la injusticia, del descontento funcional, las perturbaciones en el funcionamiento del servicio público, y engendra la obligación de la organización sindical más apta para la defensa de sus intereses".

Tesis parecidas han sido sostenidas entre los autores extranjeros por Hector Genoud, y en nuestro país por Eduardo Ortiz, Dr. Raul Marín y Lic. Oscar Bejarano. Este último ha presentado una ponencia que se discutió en las comisiones de trabajo, para que se forme una comisión que elabore un proyecto de ley de negociación colectiva de los empleados públicos, sometiéndola a controles de legalidad y financieros de parte de los organismos estatales respectivos. En principio compartimos esta ponencia, siempre y cuando, improbable la convención, los trabajadores puedan acudir a la vía arbitral a resolver los puntos en disputa, siendo para el Estado o sus instituciones, vinculante la resolución, así como estableciéndose sanciones en caso de incumplimiento.

#### b. LA JURISDICCION.

En el capítulo respectivo de las garantías so-

ciales se incluye la jurisdicción laboral, para dirimir todos los conflictos individuales o colectivos de trabajo surgidos de las relaciones obrero-patronales, independientemente que el patrono sea una empresa o persona privada o pública. Lo que sí no cabe la menor duda es sobre la competencia para conocer de los conflictos entre servidores públicos y el Estado o sus instituciones, duda que se disipa ante la vigencia del art. 395 inciso 1 del Código de Trabajo complementado por las leyes conexas, tales como la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Creación del Tribunal de Menor Cuantía, y otras.

Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, uno de los principios que deberían incorporarse en todo estatuto es la doble vía, de tal forma que el trabajador pueda reclamar sus derechos a indemnización en los tribunales laborales, o bien impugnar el acto del despido por adolecer de algún vicio que acarrea su invalidez. En este último caso, el trabajador podría pedir que se restablezca su situación anterior, es decir, la reinstalación, o bien el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Desde luego, que el establecimiento de la doble, se hace para ampliar las posibilidades de recuperación del trabajador, aun cuando bien sabemos la vía laboral es más expedita. Otra ventaja a incorporar en futuro estatuto, es que la reinstalación se puede pretender también en la vía laboral.

## 8. CONCLUSION.

Lógicamente, este breve análisis tiene por objeto, aportar algunas ideas a la lucha de la clase trabajadora contra la burguesía, cuyos criterios e interpretaciones socavan siempre los derechos de aquella, valiéndose para ello de una serie de artimañas. La burguesía siempre se protege en la legalidad y la democracia, conceptos vacíos de contenido, sino miramos la verdadera realidad social y económica en que se aplica el ordenamiento. Todo su sistema de libertad gira alrededor de una única libertad: la libertad de empresa sustentada en la propiedad privada, que es el arma legal para la explotación de la clase trabajadora. El día en que los trabajadores recuperen el poder político que les pertenece, por ser la clase productora de la sociedad, nacerá un nuevo derecho, real y auténtico representante de los intereses de ésta, que en forma real, hará justicia.



## APUNTES SOBRE EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL

*Diego Baudrit Carrillo.  
Profesor de la Facultad de Derecho, Uni-  
versidad de Costa Rica.  
D.E.A. en Derecho Privado, Universidad  
de Estrasburgo III.*

### CONTENIDO:

|     |  |    |
|-----|--|----|
| I.  | El desistimiento de instancia. . . . .               | 84 |
| A.  | Condiciones. . . . .                                 | 84 |
| 1.  | Condiciones objetivas. . . . .                       | 84 |
| 2.  | Condiciones subjetivas. . . . .                      | 86 |
| B.  | Efectos. . . . .                                     | 86 |
| 1.  | Consecuencias sobre la instancia. . . . .            | 87 |
| 2.  | Consecuencias en cuanto al derecho de fondo. . . . . | 88 |
| II. | El desistimiento de acción. . . . .                  | 88 |
| A.  | Modalidades. . . . .                                 | 89 |
| 1.  | Formas directas. . . . .                             | 89 |
| 2.  | Formas indirectas. . . . .                           | 90 |
| B.  | Condiciones. . . . .                                 | 90 |
| 1.  | Condiciones objetivas. . . . .                       | 90 |
| 2.  | Condiciones subjetivas. . . . .                      | 91 |

El artículo 844 del Código de Procedimientos Civiles costarricense establece que cualquiera puede desistir de su acción o de su demanda.

Aunque esa disposición se encuentra en el capítulo correspondiente al desistimiento en primera instancia, es de carácter general y constituye una expresión del principio de la disponibilidad del proceso por las partes, fundamental en Derecho procesal civil.

Al encabezar así las disposiciones que regulan el desistimiento, el legislador puso de manifiesto dos instituciones diferentes, que tienen como resultado la extinción de la instancia.

En estas líneas intentaremos una delimitación conceptual de esas dos instituciones, siguiendo la pauta del Derecho procesal civil francés, que encuentra consagradas en el nuevo Código de Procedimientos Civiles de 1975, las tesis que al respecto elaboraron la jurisprudencia y la doctrina sobre las bases del Código de Procedimientos Civiles de 1806.

Consideramos que es importante establecer las diferencias entre una institución puramente procesal, como es el desistimiento de instancia, que nuestro Código Procesal Civil llama de demanda, y una institución que toca más bien el derecho de fondo, que es el desistimiento de acción.

Como se verá, la diferencia no es solamente conceptual, pues cada institución tiene un régimen procesal distinto. No pretendemos ubicarnos en el dominio de las clasificaciones, que por sí solas son estériles, sino establecer una delimitación que haga resaltar el tratamiento diferente que debe dársele al desistimiento de instancia y al desistimiento de acción.

## I. EL DESISTIMIENTO DE INSTANCIA.

El desistimiento de instancia refleja, según una acertada imagen, no un tratado de paz sino un armisticio de los contendientes en un proceso civil (1). En efecto, el desistimiento de instancia se presenta como la oferta hecha por el actor al demandado, que la acepta, de dar por terminado el proceso sin esperar la sentencia (2).

El alcance de este desistimiento se precisa cuando se analizan las condiciones de su existencia y los efectos que produce cuando se perfecciona.

### A. Condiciones.

Se pueden analizar dos grupos de condiciones que dan lugar al desistimiento de instancia. Las condiciones objetivas se presentan referidas al proceso, y las condiciones subjetivas a los requisitos exigidos a las partes para cumplir con ese tipo de acto.

#### 1. Condiciones objetivas.

Del texto del artículo 844 que hemos citado parece deducirse que puede desistirse de cualquier demanda. En efecto, en principio no existen restricciones para este desistimiento, siempre y cuando se encuentre el proceso en primera instancia (3). Esto es, antes de que los primeros jueces no dicten sentencia definitiva (4) (lo que implica una intervención de la autoridad pública que no puede ser desconocida por los particulares, en lo que está presente el orden público). Lo que está en juego en el desistimiento de instancia no es el derecho de fondo, sino la relación procesal que se ha formado al entablarse y contestarse la demanda. Si se señala

(1) CATALA (Pierre) y TERRE (François). "Procédure civile et voies d'exécution". P.U.F. Coll. Thémis. 2da. edición. París. 1976, p. 300.

(2) VINCENT (Jean). "Procédure civile". 19a. edición. Précis Dalloz. París. 1978, No. 763.

(3) Idem, No. 764.

(4) SOLUS (Henry) y PERROT (Roger). "Droit judiciaire privé", tomo I (Introduction. Notions fondamentales. Organisation judiciaire). Sirey. París. 1961, Nos. 112 y 114.

que la acción es facultativa y libre (5), dentro de un análisis que revela la imposibilidad legal de imponer a los particulares su ejercicio (6), con toda propiedad se puede afirmar que esas dos características acompañan a la demanda, que constituye la realización práctica del derecho de acción (7).

Es claro que el presente desarrollo se refiere a la instancia definitivamente establecida, entendida como una relación jurídica de la que surgen derechos y deberes recíprocos para las partes (8). Sólo así puede tener sentido la exigencia de la aceptación de la parte contraria que es uno de los elementos del desistimiento.

Tal exigencia contribuyó a la teoría que consideraba la instancia como un contrato judicial. El necesario concurso de las partes para el desarrollo del proceso era la marca de la naturaleza convencional de la instancia. Sin embargo, la concepción moderna de ésta como una relación jurídica de origen legal (9) no es incompatible con la existencia necesaria del concurso de las partes en la marcha de la instancia y de su corolario, que es el acuerdo de ellas en el desistimiento. Más bien, la concepción moderna de la instancia pone de relieve que las atribuciones de las partes se derivan de su origen legal y no de una convención.

El desistimiento de instancia puede estar referido a cualquier tipo de demanda, y por consiguiente, a cualquier tipo de proceso; y en principio es necesario para su existencia el acuerdo pleno de la parte contraria.

Es de notar, sin embargo, que nuestra legislación exige ese acuerdo solamente para el caso del desistimiento del juicio ordinario (artículo 844

del Código de Procedimientos Civiles, citado). Esa disposición da lugar a dos reflexiones.

Primero, cabe preguntarse si nuestro ordenamiento procesal civil considera solamente como una verdadera instancia el proceso ordinario; y segundo, si a pesar de esa disposición es indispensable el acuerdo en todo otro desistimiento de demanda, fuera del de una demanda ordinaria.

Sobre lo primero, no es posible presentar dentro de los límites de estas notas un análisis mínimo. Dejamos planteada esa inquietud, que creemos sobrepasa la mera hipótesis de escuela. La instancia es la relación jurídica de tipo procesal que las partes crean y dirigen, y que está regida por los principios fundamentales del respeto a los derechos de la defensa, entre los cuales preside el del contradictorio (10), lo que cabría preguntarse si se presenta en todos los procesos de orden civil que se dan en nuestro derecho.

La segunda reflexión, o sea si el acuerdo es siempre necesario en este desistimiento, está ligada profundamente a la primera: el principio de la disposición de las partes de la instancia no puede señalar otra cosa que la necesidad del acuerdo de éstas para el fenecimiento de una instancia definitivamente constituida (11). El desistimiento de un proceso en forma unilateral, fuera de la hipótesis del desistimiento de acción que estudiaremos adelante, sólo puede obedecer a que el principio de la disponibilidad dicho (12) no se observa, por lo que es difícil otorgarle a un tal proceso la naturaleza de instancia, en un sentido restringido. La jurisprudencia costarricense al respecto es una aplicación literal del artículo 844 comentado (13):

- 
- (5) Nuestra jurisprudencia, que no la letra expresa de la ley, reitera esta condición. Ver Sala 1a. Civil, No. 10 de las 8:25 hrs. del 11 de enero de 1977, Rev. Jud. 1978, No. 8, Jurisp. No. 410, y decisiones allí citadas. El nuevo Cód. Proc. Civ. francés expresamente prevé que el desistimiento de instancia sólo cabe en primera instancia (art. 394).
  - (6) Por esta razón se ha excluido del derecho francés la llamada acción provocatoria o de jactancia. VINCENT, op. cit., No. 22; CATALA y TERRE, op. cit., No. 213.
  - (7) MOTULSKY (Henri). "Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971", in "Ecrits I. Etudes et notes de procédure civile", Dalloz, París. 1973, pp. 275 ss.
  - (8) RAYNAUD (Pierre). "Le désistement de l'instance". Rev. trim. dr. Civ. 1942, p. 1.
  - (9) VINCENT, op. cit., No. 363.
  - (10) MOTULSKY (Henri). "Droit processuel". Ed. Montchrétien. París. 1973, p. 147 ss. V. nuestro estudio "El principio del contradictorio", Rev. Judicial 1979, No. 12, p. 47 ss.
  - (11) RAYNAUD, op. cit.
  - (12) MOTULSKY, "Droit Processuel", op. cit., p. 172. VINCENT, op. cit., No. 389.
  - (13) El Tribunal Superior Civil (S.J.) afirma expresamente que la aceptación del desistimiento viene sobrando en el caso de un desahucio. Res. 251, 8:50 hrs. 6 abril 1978. Rev. Jud. 1979, No. 13, Jurisp. 1141.

fuera del juicio ordinario, el desistimiento de la demanda cabe aún sin la aceptación de la parte contraria (14).

Sea un acto unilateral que no precisa de aceptación, dicho sea con toda reserva, o una oferta que requiere ser admitida, el desistimiento de instancia está referido únicamente al proceso en curso. Por sí sola esta institución no afecta el derecho de fondo. Por ello no se exigen las mismas condiciones a las personas que están involucradas en él que las que priman en actos dispositivos del derecho sustancial.

## 2. Condiciones subjetivas.

La capacidad para actuar ante los tribunales supone dos elementos: el derecho de acceso a la justicia, que es una libertad pública de la que nadie puede ser privado (15), al menos en principio, y que es una consecuencia de la personalidad jurídica, o sea del hecho de la existencia de una persona (16); y por otra parte, la capacidad de ejercer tal derecho, que si bien puede analizarse paralelamente a la capacidad de ejercicio en general, presenta algunas diferencias derivadas del particularismo del ejercicio de la acción. La demanda no compromete el futuro de una manera instantánea e irremediable, sólo es el punto de partida de una situación jurídica compleja y formal que se enriquece de efectos nuevos conforme el proceso se desarrolla, hasta que el juez estatuye (17).

La capacidad de ejercicio es transferida a los representantes, en los casos de las demandas de menores formadas por sus padres o sus tutores, o de aquellas que en nombre de sus representados presentan los apoderados o los curadores. Para estos casos existen diversas medidas de protección del titular de la acción, que varían conforme sea su incapacidad de hecho o el poder de quien actúa. Las medidas de protección limitan el ejercicio de la acción, en el sentido de que existen prohibiciones

relativas a determinados actos, como la confesión o la transacción; o se exigen para ellos, según sea el caso, una autorización judicial o el concurso de terceras personas. Puede verse allí una capacidad procesal mínima, que es la que se requiere para el impulso inicial del proceso y que debe mantenerse hasta la conclusión de éste en sentencia.

Sólo la capacidad procesal mínima es requerida para el desistimiento de instancia, acto que importa sólo los procedimientos. Según ello, puede formular un desistimiento de instancia el apoderado general, ya que sus poderes de administración lo facultan plenamente para ese acto, que no implica en manera alguna la disposición de derechos del mandante, al menos en principio.

En igual posición se encuentran los padres y los tutores con respecto a las demandas que entablen en representación de sus hijos o de sus pupilos (18). No es preciso, en resumen, que se cuente con el poder de disposición para desistir de la instancia o para admitir el desistimiento.

El poder de disposición es innecesario, puesto que los efectos típicos del desistimiento de instancia excluyen cualquier interferencia con el derecho de fondo. Queremos que se fije la atención en que hablamos de los efectos típicos o propios de este tipo de desistimiento. Efectos jurídicos producidos por reflejo y con el concurso de otras circunstancias sí pueden darse en el derecho sustancial.

Debemos poner de relieve que una vez aceptado el desistimiento por la parte contraria, el papel del tribunal se debe limitar únicamente a constatar ese acto (19). Sin embargo, siendo el juez el guardián del orden público, debe velar porque las condiciones mínimas se encuentren presentes, pudiendo en consecuencia, tener por no fenecida la instancia en el caso contrario (20).

## B. Efectos.

Un acto jurídico tiene las consecuencias queri-

(14) El art. 396 Cód. Proc. Civ. francés (nuevo) dispone que "el juez declara el desistimiento perfecto si la no aceptación del demandado no se funda en un motivo legítimo". Es un caso de desistimiento unilateral (Raynaud lo llama "desistimiento judicial").

(15) SOLUS y PERROT, op. cit., No. 284.

(16) CATALA y TERRE, op. cit., p. 234.

(17) SOLUS y PERROT, op. cit., No. 290.

(18) Según se puede deducir de los artículos 132, 134, (a contrario), 200 y 203 (a contrario) del Código de Familia. El curador tiene igual capacidad, según puede presumirse de la fórmula general y vaga del artículo 228 del citado Código de Familia (que como en muchos de sus enunciados de ese tipo contribuye aún más a la desorganización de los principios del derecho de las personas que se produjo con la promulgación de ese cuerpo de leyes).

(19) VINCENT, op. cit., No. 766.

(20) Recientemente la Corte de casación francesa decidió que una Corte de apelación había justificado legalmente su decisión anulando un desistimiento de instancia y de acción firmado por la víctima de un accidente, por haber constatado con la ayuda de documentos médicos llevados al expediente, que esa persona había sido hospitalizada

das expresamente por sus autores, pero en muchos casos, por reflejo, se presentan efectos no directamente relacionados con aquel. En el caso del desistimiento de instancia, los efectos directos tocan a ésta, pero pueden darse consecuencias en cuanto al derecho de fondo.

### 1. Consecuencias sobre la instancia.

La primera consecuencia de este desistimiento es la extinción de la instancia, lo que constituye su fin principal. Desde que se perfecciona el desistimiento, la relación jurídica que liga a las partes frente al juez, que es de naturaleza meramente procesal, desaparece necesariamente.

Aquí debemos detenernos un instante, para subrayar una vez más que es el proceso el que se acaba, entendido éste como la situación nueva que se creó al plantear su demanda el actor y al contestarla el demandado. En los términos de nuestro Código Procesal Civil, es la demanda lo que se borra, lo que se extingue, pero no la acción. En otros apuntes (21) intentamos precisar la naturaleza de la acción, señalando su autonomía del derecho sustancial (22), de la que es su "humilde servidora", para emplear una expresión de Motulsky. Creemos que debe aún destacarse otro rasgo de la autonomía de la acción que es evidente: su diferencia con la demanda. Mientras que la acción es el derecho de ser oído sobre el fondo de una pretensión formulada, para que el juez la declare finalmente bien o mal fundada (23), la demanda es el acto procesal por el cual el titular de una acción la ejerce efectivamente (24), haciendo nacer la relación.

El desistimiento aniquila la instancia, pero deja intactos el derecho sustancial y la acción. Por esa razón, *"la aceptación de un desistimiento de la demanda no produce cosa juzgada, desde que es dable ejercitar la pretensión en un nuevo proceso"* (25).

Extinguida la instancia por el desistimiento, el actor debe soportar la carga de las consecuencias que produjo su demanda: a la letra de la ley (artículo 845 del Código Procesal Civil), debe pagar las costas y hacerse responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

La fuente de esa obligación no es la oferta del desistimiento que ha admitido el demandado, sino la disposición legal citada, que señala una distinción entre las costas, por una parte, y los daños y perjuicios por otra. Las costas son evidentemente una especie de los daños y perjuicios, lo que implica que al constatar el desistimiento, el juez tiene autoridad para pronunciar a petición del interesado una condenatoria al pago de las costas personales y procesales así como al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el actor con la demanda que ha desistido, condenatoria que es ajena al objeto del proceso.

Los daños y perjuicios referidos, fuera de las costas que son específicas al proceso, derivan de la teoría de la responsabilidad civil recogida en los artículos 1045 y siguientes de nuestro Código Civil.

En efecto, no podría encontrarse un origen contractual a esa obligación, y para estos fines la demanda desistida debe considerarse como un mero hecho jurídico generador de responsabilidad, al menos según la doctrina de los autores franceses sobre los hechos y los actos jurídicos.

(El análisis de los autores franceses de Derecho civil sobre los hechos y los actos jurídicos se encuentra referido al estudio de las fuentes de los derechos y las obligaciones, por un lado, y por otra parte al de la prueba. El hecho jurídico, en sentido estricto, comprende la noción del acontecimiento puramente material, vacío de todo contenido volitivo —como el fallecimiento de una persona, que abre su sucesión—, y la de la actuación animada de una cierta voluntad, de la que derivan efectos de derecho, modificaciones en el ordenamiento jurídico, pero sin que

---

por disturbios síquicos que habían sido consecuencia del accidente, desde antes del desistimiento, y que a la fecha de firmar éste, estaba en un estado de incapacidad intelectual para tomar una decisión de ese tipo con conocimiento de causa, y que había actuado bajo la presión de los representantes de la compañía de seguros demandada y bajo el efecto de las maniobras desleales de ésta (Primera Sala Civil de la Corte de Casación, 13 marzo 1979. Dalloz 1979, I.R. 428).

(21) "Reflexiones sobre el acceso a la acción civil", Revista de Ciencias Jurídicas No. 34, p. 12 ss.

(22) MOTULSKY en su artículo "Le droit subjectif et l'action en justice" (Ecrits I, op. cit., p. 85 ss.) hace un profundo análisis sobre ello, retomando las tesis de Chiovenda, Carnelutti, Morel, Cornu, Foyer y Terré.

(23) "Reflexiones sobre el acceso a la acción civil" op. cit.

(24) SOLUS y PERROT, op. cit., No. 109.

(25) Sala de Casación (C.R.), No. 43 de las 16:30 hrs. 3 junio 1977. Rev. Judicial 1978, No. 9, Jurisp. No. 1141.

esos efectos, esas modificaciones, hayan sido directamente buscadas —como el cambio de domicilio, que va a operar la sustitución de un tribunal a otro en la competencia territorial— (26). Así, se ha definido el hecho jurídico como "un hecho, voluntario o no, o una circunstancia al que la ley asigna efectos jurídicos: derechos subjetivos u obligaciones, los que se realizan independientemente de la voluntad del hombre" (27). Las fuentes de la responsabilidad civil o extracontractual son hechos jurídicos en ese sentido (28), y su prueba es libre (29). El acto jurídico, en cambio, es una manifestación de la voluntad individual emitida para producir efectos de derecho (30), de la que derivan responsabilidades diferentes de la extracontractual y cuya prueba debe reposar esencialmente en documentos) (31).

Esta referencia a los daños y perjuicios que puede ocasionar el actor al demandado, es un aspecto de derecho sustancial o de fondo que surge con ocasión del desistimiento de instancia, pero que es ajeno al derecho sustancial objeto de la demanda. Este puede ser afectado indirectamente por el acto procesal que estudiamos.

## 2. Consecuencias en cuanto al derecho de fondo.

Este aspecto del desistimiento de instancia es claro desde que se establece la diferencia entre la acción y la demanda. Esta sólo es el acto procesal que introduce la instancia, sin que sea dable confundirla con la acción, que es el derecho o poder

de obtener una decisión judicial sobre el fondo de una pretensión. La demanda y el proceso que ella ha iniciado quedan aniquilados con el desistimiento de instancia, mientras que el derecho de fondo y la acción, que sirve de ligamen entre el proceso y ese derecho sustancial, quedan intactos (32).

Puede darse, sin embargo, la circunstancia de que el derecho de fondo se modifique o se extinga concomitantemente al desistimiento de instancia, pero por acontecimientos extraños a éste.

El derecho sustancial se vería afectado por el transcurso del tiempo, quedando sujeto a la prescripción o a la caducidad, según el caso, ya que la ley señala específicamente que la demanda no interrumpe la prescripción si el actor desiste de ella. Pero esos son efectos ajenos al desistimiento mismo. La interrupción de la prescripción podría operarse, pero por circunstancias ajenas a la instancia extinguida (33). El derecho de fondo es el objeto de otro acto de desistimiento, el de acción.

## II. EL DESISTIMIENTO DE ACCION.

En lugar de ser un acto que tiende exclusivamente a la extinción de la instancia, el desistimiento de acción tiene una finalidad ajena al proceso: la renuncia de un derecho, el derecho de acción. Motulsky, al referirse a este desistimiento, señala

- (26) CARVONNIER (Jean). "Droit civil. 1) Introduction. Les personnes". Undécima ed. P.U.F. Coll. Thémis. París. 1977, No. 42.  
 MAZEAUD (Henri, León y Jean) y DE JUGLART (Michel). "Leçons de droit civil". Tome I, 1er. vol. "Introduction à l'étude du droit". Ed. Montchrétien. 5a. ed. París. 1972, No. 258.
- (27) STARCK (Boris). "Droit civil. Introduction". Librairies techniques. París. 1976, Nos. 365 y 371.  
 WEILL (Alex). "Droit civil. Introduction générale". 3a. ed. Précis Dalloz. París. 1973; No. 258.
- (28) MARTY (Gabriel) y RAYNAUD (Pierre). "Droit civil". Tome I. "Introduction générale à l'étude du droit". 2a. ed. Sirey. París. 1972, No. 163.
- (29) Idem, No. 265.
- (30) GHESTIN (Jacques) y GOUBEAUX (Gilles). "Traité de droit civil. Introduction générale". L.G.D.J. París. 1977, No. 175.  
 FLOUR (Jacques) y AUBERT (Jean-Luc). "Les obligations. I. L'acte juridique". Armand Colin. Coll. U. París. 1975, No. 51.
- (31) MARTY y RAYNAUD, op. cit., No. 262.  
 GHESTIN y GOUBEAUX, op. cit., No. 598.
- (32) Una decisión reciente de la 3a. Sala Civil de la Corte de Casación francesa, 24 enero 1978, J.C.P. 1978. IV. 100, ilustra esas afirmaciones: Un empresario había hecho construir un conjunto de edificios; durante la construcción se sucedieron diferentes hechos que produjeron graves daños y perjuicios al empresario, atribuibles al arquitecto y a dos constructores. El empresario presentó una demanda de reparación contra esas tres personas, una de las cuales fue declarada insolvente (en otro proceso). El actor desistió de su demanda contra el insolvente, por lo que los otros dos demandados pidieron que se tuviera por dividida a su favor la deuda común. La Corte rechazó la pretensión de los demandados, en virtud del carácter estrictamente procesal del desistimiento de instancia, que no puede afectar la naturaleza de la obligación *in solidum* (y no indivisible) de los coautores de un mismo daño (obs. PERRON (Roger), *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1978, p. 732 s).
- (33) Art. 877, inc. 2, C. Civ. C.R. En el mismo sentido, art. 2247, C. Civ. francés.  
 Hay que subrayar que en la doctrina y la jurisprudencia francesas, la prescripción se tiene por interrumpida, a pesar del desistimiento, en dos casos: cuando el actor se reserva expresamente el derecho de perseguir en un futuro al demandado, y éste lo admite (GIVERDON (Claude), "Désistement", *Encycl. Jur. Dalloz*, 2a. ed., Rép. Proc. Civ. No. 82. RAYNAUD, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1943, p. 61); y cuando ese desistimiento está motivado por la incompetencia del juez, para presentar la demanda al juez competente (Req. 21 julio 1903, *Dalloz periódico* 1903. 1. 586; GANDIN DE LAGRANGE (E.) y RADOUANT (J.), "Préscription civile", *Encycl. Jur. Dalloz*, 2a. ed., Rép. dr. civ., No. 175). Cf. art. 861 C. Civ. C.R.

que él paraliza el derecho substancial (34).<sup>1</sup> La situación del derecho de fondo, una vez desistida la acción, sería similar a la del derecho afectado por una prescripción negativa, en el sentido de que el derecho mismo subsiste, lo que impediría la repetición de lo pagado en el evento que el obligado se ejecute voluntariamente, pero sin que el titular pueda por sí solo ejercitar su derecho efectivamente.

El efecto directo del desistimiento de acción consiste en la extinción de la acción. Con ello se aniquila la instancia, como una consecuencia necesaria, cuando en ella sólo se encuentre en juego el interés del titular de la renuncia. En el caso contrario, la instancia debe lógicamente seguir su curso, en cuanto a los extremos que interesen a la parte contraria.

Al operarse el desistimiento de acción, se producen los efectos procesales señalados al desistimiento de instancia: extinción de la instancia y la obligación del que desiste de pagar costas, daños y perjuicios.

El desistimiento de acción se presenta bajo diferentes modalidades, a las que corresponden las mismas condiciones de validez.

#### A. Modalidades.

A la par del desistimiento de acción puro y simple, se encuentran otras modalidades como el allanamiento a la demanda y el desistimiento de recursos. Estas son las formas directas del desistimiento, pero existen otros actos que son calificadas de formas indirectas de esta institución.

##### 1. Formas directas.

El desistimiento de acción es una renuncia pura y simple de un derecho de carácter procesal (35).

Está configurado por un acto voluntario que por sí solo extingue una prerrogativa jurídica (36) (37). Su naturaleza es puramente abdicativa (38), ya que la voluntad de quien lo ejecuta es de privarse de un derecho y no de transmitir una ventaja a otro sujeto.

Hemos indicado más arriba que este acto podría estar previsto en nuestro Código Procesal Civil, presentándose diferentemente al desistimiento de instancia. Un desistimiento de ese tipo, que provenga del actor, parece muy raro que se presente, sobre todo en primera instancia (39).

Pero sí se observan, de manera más corriente, el allanamiento a la demanda y el desistimiento de recursos.

El allanamiento a la demanda es un desistimiento de acción, ya que el demandado que tácita o expresamente accede en un todo a la pretensión del actor, admitiendo los hechos y el derecho alegados, está renunciando a obtener del tribunal una decisión sobre la ausencia de fundamento de la demanda (40), siendo ello la forma que el derecho de acción toma en cuanto al demandado (41). El allanamiento tiene la naturaleza abdicativa que es la del desistimiento de acción, ya que una vez perfeccionado, el demandado no puede normalmente hacer uso de las defensas que hubiera tenido, por haberse privado él voluntariamente de ese ejercicio.

Esa misma abdicación tiene lugar en el desistimiento de recursos, ya sea de los recursos ordinarios o de los recursos extraordinarios, porque el efecto de esos actos es la firmeza de la decisión recaída (42), extinguiéndose el derecho de discutirla y fijándose el derecho de fondo declarado (43).

La naturaleza abdicativa de ciertos actos, extraños esta vez al proceso, produce indirectamente un desistimiento de acción.

(34) MOTULSKY, "Droit processuel", op. cit., p. 179.

(35) PERROT (Roger), "Cours de droit judiciaire privé". Les cours de droit. París. 1977, p. 579.

(36) MARTY y RAYNAUD, op. cit., No. 176.

(37) Es conveniente destacar que en Costa Rica el desistimiento de instancia de la demanda de reparación civil de un delito penal comporta un desistimiento de acción, según el art. 70 Cód. Pr. Pen. Ver Trib. Sup. Civil (S.J.), No. 386, 9:15 hrs. 26 mayo 1976. Rev. Jud. 1977, No. 5, Jurisp. No. 1256.

(38) RAYNAUD (Pierre), "La renonciation à un droit". Rev. Trim. Dr. Civ. 1936, p. 763.

(39) Es frecuente el desistimiento parcial de acción, como la renuncia a las costas en caso de allanamiento. Ver Sala 1a. Civil, No. 27, 8:10 hrs. 20 enero 1976. Rev. Jud. No. 4, 1977, Jurisp. No. 354.

(40) En ese sentido: GANDIN DE LAGRANGE (E.) y ENGELHARD-GROSJEAN (M. L.), "Acquiescement", Jurisclasseur proc. civ., fasc. 683, Nos. 14 y 16 ("el allanamiento comporta siempre el abandono de un derecho").

(41) MOTULSKY, "Le droit subjectif et l'action en justice", op. cit. El art. 30 del nuevo Cód. Proc. Civ. francés dispone que para el demandado "la acción es el derecho de discutir lo bien fundado de la pretensión del actor".

(42) Art. 850, C. Pr. Civ. C.R. En el mismo sentido: RAYNAUD, "Le désistement. . .", op. cit., p. 5 y 6, y su crónica de jurisprudencia en Rev. Trim. Dr. Civ. 1966, p. 537.

(43) BOULBES (R.), "Caractère et portée du désistement d'appel", J.C.P. 1963. I. 1765; y "Nouvelles réflexions sur le désistement d'appel", J.C.P. 1965. I. 1957.

## 2. Formas indirectas.

Excluimos de este estudio la remisión de la deuda, por configurar más bien una transmisión de derechos con carácter de donación, que una abdicación (44). Esa naturaleza sí se encuentra en otras instituciones como la renuncia de la prescripción, la renuncia a la herencia y la renuncia de servidumbre activa (45).

La renuncia de la prescripción, la adquirida, se entiende, implica la pérdida definitiva para el titular de la prerrogativa de oponerla en un futuro, ya sea ejercitando una demanda o proponiendo una defensa en ese sentido. Es claro, entonces, que la actividad procesal efectiva sobre la prescripción queda totalmente excluida desde el momento de la renuncia, expresa o tácita que haya sido (46).

La exclusión de esa prerrogativa se observa claramente en la renuncia de la herencia (47), ya que el heredero se priva voluntariamente de reclamarla. La renuncia de la servidumbre activa (48), opera los mismos efectos.

Cuando una de las renunciaciones señaladas se presenta estando en curso un proceso referido a esos derechos, la instancia debe extinguirse, ya que la acción desaparece (49).

Las formas directas y las formas indirectas del desistimiento de acción tienen en común los efectos que arriba hemos descrito, así como las condiciones que pasamos a señalar.

## B. Condiciones.

No vamos a analizar aquí las condiciones del desistimiento de acción que son generales a todo acto jurídico, sino aquellas que le son específicas y que atañen por una parte el objeto de que trata, y por otra, el sujeto que lo realiza.

## 1. Condiciones objetivas.

El desistimiento de acción sólo puede tener lugar, válida y efectivamente, si se trata de derechos disponibles. En otros términos, no puede presentarse un desistimiento de acción cuando está en juego el orden público.

Así, un desistimiento de acción en materia de estado de las personas es absolutamente nulo, como se comprende fácilmente evocando los casos de la investigación de paternidad o de la nulidad de reconocimiento de la filiación, en los cuales tal desistimiento está excluido por ser contrario al orden público. La renuncia en los llamados derechos función o potestades, es también absolutamente nula (50). Sin embargo, ese desistimiento puede tener lugar al menos en una acción de estado: la que tiende al pronunciamiento del divorcio o a la separación judicial (51), en virtud de que no puede obligarse a una persona a proseguir contra su voluntad uno de esos procesos, ya que se atentaría contra una de las libertades fundamentales (siempre que el adversario, por su parte, no pretenda una decisión con esos fines, pero aún en ese supuesto, la acción de quien desiste estaría extinguida, siguiéndose la instancia para atender las pretensiones de la otra parte).

El desistimiento o renuncia de acción, en resumen, no puede tener lugar sobre los derechos indisponibles, ya sean derechos extrapatrimoniales o derechos patrimoniales de orden público (52).

La manifestación expresa o tácita de la voluntad de quien se desiste es, naturalmente, una de las condiciones del acto, pero no es preciso la aceptación del adversario. El carácter unilateral del desistimiento de acción es una de sus principales características (53): la renuncia judicial o extrajudicial de la acción es eficaz por sí sola.

BRENES CORDOBA (Alberto). "Tratado de las obligaciones y contratos". Nos. 443 y 446.

(44) SEILLAN (Yves). "L'acte abdicatif". Rev. Trim. Dr. Civ. 1966, p. 686.

(45) ROUBIER (Paul). "Droits subjectifs et situations juridiques". Dalloz. París. 1963, No. 52, C y nota 5 de la p. 432. Arts. 850 y 851 C. Civ. C.R.

(46) BRENES CORDOBA, op. cit., No. 511.

WEILL (Alex) y TERRE (François). "Droit civil. Les obligations", 2a. ed. Précis Dalloz. París. 1975, Nos. 1104 y 1105.

(47) Arts. 527 y 537, C. Civ. C.R.

(48) Art. 381 C. Civ. C.R.

(49) Y no sólo por falta de interés, que es una de las condiciones de la acción.

(50) ROUBIER, op. cit., Nos. 52, A y B.

(51) RAYNAUD, Crónica Rev. Trim. Dr. Civ. 1958, p. 135.

(52) MARTY Y RAYNAUD, op. cit., No. 176.

(53) CATALA y TERRE, op. cit., p. 299.

MOTULSKY, "Droit procesuel", op. cit., p. 179.

FERROT, "Cours...", op. cit., p. 579.

RAYNAUD, "La renonciation à un droit", op. cit.

VINCENT, op. cit., No. 768 bis.

Sin embargo, una corriente jurisprudencial francesa relativamente nueva, sostiene que si bien el desistimiento de acción puede resultar de la voluntad unilateral del actor, los jueces pueden invalidarlo cuando su voluntad está animada por el fraude, lo que se presentaría si el demandado tuviera razones valederas para oponerse al desistimiento (54).

## 2. Condiciones subjetivas.

Quien desiste de su acción debe poseer la capacidad de disponer del derecho litigioso (55).

Esta condición subjetiva, la única a que vamos a referirnos, subraya la diferencia entre el desistimiento de instancia y el de acción. Para aquel, como se indicó anteriormente, basta la capacidad para actuar ante los tribunales, en tanto que para el segundo es requerida la capacidad plena de disposición.

Esa diferencia radica en el distinto grado de gravedad de esos actos. El desistimiento de instancia deja, en principio, intacto el derecho de fondo; es un mero acto de administración, en un sentido muy amplio. El desistimiento de acción, en cam-

bio, modifica radicalmente el derecho sustancial, en la medida en que éste queda privado del elemento que le permitiría ser defendido ante los tribunales.

\*\*\*

El desistimiento de instancia y el desistimiento de acción son dos instituciones claramente diferenciadas. Si bien el Código de Procedimientos Civiles costarricense omite regular en forma expresa la segunda de esas figuras, el enunciado general del artículo 844 permite reconocerla con cierta nitidez. La regulación que contiene este Código para el desistimiento de recursos —una modalidad del desistimiento de acción— ofrece una base normativa suficiente para crear una doctrina al respecto. Si se reconoce la diferencia entre los conceptos de acción y de instancia, debe concluirse en la necesidad de distinguir el desistimiento que toca a cada uno de ellos.

\*\*\*\*\*

(54) Corte de apelación de París, 25 marzo 1960, J.C.P. II. 11562, nota de R.B. RAYNAUD, *Crónica Rev. Trim. Dr. Civ.* 1966, p. 537 s.

(55) VINCENT, *op. cit.*, No. 768 bis. CATALA y TERRE, *op. cit.*, p. 299.



## HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN COSTA RICA

*Lic. Berny Alberto Arias Hidalgo.  
Juez Sexto de Instrucción, San José.*

### I N D I C E

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| I     | Introducción. . . . .  | 94  |
| II.   | Situación jurídica de nuestro país al momento de la independencia. . . . .             | 94  |
| III.  | El Código General de 1841. . . . .   | 95  |
| IV.   | El Código de Procedimientos Penales de 1910. . . . .                                   | 96  |
| V.    | Las reformas procesales del año 37. . . . .  | 97  |
| VI.   | El nuevo Código de Procedimientos Penales de 1973. . . . .                             | 98  |
| VII.  | Comentarios e innovaciones del nuevo Código de Procedimientos Penales de 1973. . . . . | 99  |
| VIII. | Conclusiones. . . . .  | 102 |
| IX.   | Bibliografía. . . . .  | 102 |

## INTRODUCCION

El presente trabajo como bien lo indica su título tiene por objeto el hacer un estudio lo más posible detallado de la génesis del Procedimiento Penal en nuestro país. No cabe duda que el estudio del devenir de las ideas jurídicas y sus correspondientes instituciones en cuanto a materia procesal penal se refiere, resulta un tema sumamente interesante sobre todo ahora cuando hace apenas pocos años ha empezado a regir un nuevo Código de Procedimientos Penales en nuestra Patria.

No podría entenderse ni comprenderse a cabalidad todo lo que la nueva legislación procesal significa, sino se tiene una idea clara y precisa desde el punto de vista histórico, del proceso evolutivo que han sufrido las instituciones procesales, en este caso las penales, en Costa Rica. Conociéndolas, estudiándolas a conciencia, entenderemos más fácilmente todo lo de bueno y novedoso que nos ofrece el nuevo Código de Procedimientos Penales de

1973, y de igual modo podremos estar en capacidad de apreciar de una manera más clara sus errores y desaciertos, que como toda obra humana es lógico que presente.

Además considero que el estudio de nuestro pretérito procesal, nos permite entender y conocer mejor muchas de las instituciones fundamentales de nuestra democracia, pues no cabe duda que la misma tiene su asiento y sostén en el Derecho, sobre todo en un pueblo como el nuestro que desde que dio sus primeros pasos a la vida independiente, decidió tomar el rumbo de la civilidad, la ley y el respeto al semejante, como principal medio de lograr la paz, el progreso y el desarrollo nacional.

Por lo dicho anteriormente, es que he sentido honda satisfacción en la confección de este modesto estudio, al cual, sin más preámbulo, entramos de inmediato.

## SITUACION JURIDICA DE NUESTRO PAIS AL MOMENTO DE LA INDEPENDENCIA

Al venir la Independencia, nuestro país que hasta ese momento había venido siendo una de las más humildes colonias españolas, siguió rigiéndose por las leyes que la Madre Patria nos había impuesto.

Como sabemos, en primer término: por medio de las llamadas Leyes de Indias de 1680 (Derecho Indiano) y por el Derecho Castellano en calidad de fuente supletoria, para casos en que no hubiese ley aplicable al caso.

Decimos Castellano y no Español, porque debe recordarse que las Colonias estaban adscritas a la Corona de Castilla, como posesión personal y no a la nación española; ésto por cuanto la obra descubridora y colonizadora había sido empresa financiada por Isabel La Católica con prescindencia de su esposo Fernando, Titular de la Corona de Aragón. En consecuencia las Leyes Castellanas fueron las que pasaron a América a suplir las lagunas de las Leyes de Indias por lo que la costumbre

local dejase al descubierto. De este modo incluso, legislaciones medioevales como el Fuero Juzgo y las Siete Partidas, vinieron en una forma indirecta a regir en este apartado rincón de América.

Sin embargo y como fácil es comprenderlo, esta situación era un verdadero contrasentido para el naciente estado, pues era ilógico que siguiéramos en muchos casos aplicando leyes e instituciones de un país del que nos acabábamos de separar. Así la inseguridad jurídica, el desorden en la aplicación de la justicia estaban a la orden del día, sin que se vislumbrara una solución rápida a tan acuciante problema.

Esta pues era la situación prevaleciente en la nueva Costa Rica desde el punto de vista de la justicia, situación que habría de cambiar radicalmente a partir del año 1841, bajo la Administración del ilustre ex Jefe de Estado Lic. Don Braulio Carrillo.

## EL CODIGO GENERAL DE 1841

En su segunda administración el licenciado Braulio Carrillo, se había dado a la tarea de hacer de Costa Rica un Estado, un país, en el amplio sentido de la palabra y así se dedicó tesoneramente a la modernización de la joven nación en todos los campos.

Lógicamente el área jurídica no escapó a la visión de este extraordinario gobernante, sobre todo si tomamos en cuenta el hecho de que, él mismo era un brillante abogado.

Como Costa Rica carecía de Códigos, Carrillo la dotó de ellos, y así en 1841 emprendió la elaboración del llamado Código General (pues legislaba sobre materia penal, civil y procedimental). Este Código es uno de los primeros que aparecen en América Latina y que lógicamente tuvo como base algunos Códigos extranjeros, entre ellos: Los Códigos Civil y Penal de Bolivia, emitidos bajo la Presidencia del General Santa Cruz en 1836, y que constituyen su principal fuente de inspiración. En cuanto a la parte procesal del Código se ha discutido por los historiadores acerca de quién fue su verdadero autor; así pues, don Lorenzo Montúfar sostenía que lo había sido el jurista salvadoreño Isidro Méndez (1), y por otra parte nuestro historiador Ricardo Fernández Guardia insistió en que el único y verdadero autor lo había sido el propio Carrillo (2).

En nuestra modesta opinión y según el parecer de entendidos en la materia, ambos personajes contribuyeron en la confección de esta importantísima obra jurídica, pues es sabido que Carrillo contó con la colaboración de varias personas versadas en estos campos, de donde no sería raro que hubiese colaborado estrechamente el Jurisconsulto Méndez, quien se destacaba en el Foro Nacional de la época. Lo que sí es indudable es que el propio Carrillo llevaba la voz cantante en ésta como en todas las obras que emprendió en bien del país.

La parte de procedimientos hecha cuando aún España no había emitido sus leyes de enjuiciamiento de mediados del siglo XX, se basó en los viejos

códigos medioevales españoles, como consecuencia fue una parte sumamente defectuosa, y de las primeras que hubo de llenar de remiendos y reformas (3).

Refiriéndose a este punto en concreto, el Lic. Iver Romero, Juez de nuestro país, nos dice al respecto "*La parte procesal penal del Código General de 1841 es desconcertante. En ella se hallan confundidos principios avanzadísimos al lado de prácticas de la inquisición especialmente en cuanto a la ejecución de muerte*" (4).

Si observamos dicho Código podemos ver que dividía al proceso en un sumario y en una audiencia de plenario. En la primera parte citada, se procedía a la investigación de la comisión del hecho en sí, a la vez que se entraba al examen de las posibles agravantes y atenuantes que pudiese revestir las circunstancias del ilícito. Art. 811.

Atención especial nos merece lo tocante a la forma de tratar al imputado, pues es muy similar incluso con nuestra legislación actual. Así vemos que se prohibía intimidar al imputado con amenazas, no se permitía hacerle preguntas ambiguas o capciosas y en cuanto al juez ordena que debe manifestarse humano, afable y bondadoso con aquel. Artículo 847.

Otro aspecto que llama poderosamente la atención es el punto que podríamos llamar el "preludio" de lo que hoy día consagra el principio de inmediación de la prueba, al establecer dicho Código en su artículo 837, que los testigos debían acudir personalmente ante el juzgador a rendir su testimonio, prohibiéndose en el juicio plenario librar despachos a otros jueces a fin de recoger prueba testimonial.

A la par de estos principios que sorprenden por lo avanzado de su contenido, tenemos que el Código de Carrillo adolecía de grandes defectos como ya lo hemos apuntado. Así por ejemplo al condenado a muerte se le trataba como en los mejores tiempos de la cacería de brujas en Europa: se

(1) BRENES CORDOBA, Alberto. *Historia del Derecho*, pág. 175. Tipografía Gutember. San José, 1929.

(2) GUIER ESQUIVEL, Jorge Enrique. *Historia del Derecho*. Tomo II, pág. 1185.

(3) FOURNIER ACUNA, Fernando. *Historia del Derecho*. U. de C. R. Editorial Universitaria, 1967.

(4) ROMERO, Iver. *Esbozo Histórico del Proceso Penal*. Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia. No. 1. Año 1976, pág. 76.

le conducía atadas las manos, al lugar donde comió el hecho, se le vestía con túnica blanca y se le ponía una soga al cuello; además un tamborcillo iba anunciando a la población el suceso y de este modo se le infringía al condenado un tormento innecesario y cruel.

Como ilustración de la mentalidad que imperaba en esta época, vemos como, si el reo llegaba a morir antes de ejecutarse la sentencia, el cadáver del mismo debía ser llevado siempre al pie del caldoso (5).

El crecimiento de la nación, ahora convertida en flamante república, las nuevas doctrinas jurídicas y el cambio de mentalidad en las gentes hicieron ver pronto la necesidad de ir cambiando poco a poco aquella legislación de Carrillo, que si bien para su época puede calificarse de bonísima, ya no obedecía a las nuevas necesidades de un país que

se prestaba a entrar de lleno en la época de las reformas liberales.

En consecuencia el Código General fue desmembrándose y sustituidas sus partes por otras nuevas: Por ejemplo la parte penal fue la primera en desaparecer al emitirse el 27 de abril de 1861 el nuevo Código Penal. Posteriormente desaparece la parte Civil al emitirse el Código de esta materia en 1888, como consecuencia precisamente de las reformas liberales que se dieron en abundancia por esa época en nuestro suelo. Cosa curiosa, la parte Procesal Penal seguía en pie, no obstante sus manifiestas deficiencias y así se mantendrá hasta el año de 1910, en que por fin desaparece, al emitirse ese año un nuevo Código de Procedimientos Penales, que se conoce así precisamente: como Código Procesal Penal de 1910. En consecuencia, la legislación de Carrillo sobrevivió diez años del siglo veinte, época para la cual ya resultaba manifiestamente anacrónica.

## EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1910

Como ya ha quedado apuntado, en el año 1910 desapareció o más bien fue sustituida la última parte del Código General de 1841, que era precisamente la parte procesal. La redacción del nuevo estatuto, estuvo a cargo de los distinguidos licenciados, especialistas en Derecho Penal, José Astúa Aguilar y Luis Anderson Morúa, quienes entre otras, se basaron para la confección del nuevo Código en el de Panamá dictado hacía poco tiempo.

En su interesante estudio ya citado, el Lic. Iver Romero hace referencia a los aspectos más sobresalientes de dicho Código, los cuales nosotros permitimos reproducir aquí: Por ejemplo existía la acción popular, pero también el procedimiento podía iniciarse de oficio. El Ministerio Público era una institución pasiva que se limitaba a emitir conclusiones. El mismo Juez que instruía la sumaria le correspondía celebrar el plenario y dictar la sentencia. En el sumario no se podía alegar causas de justificación o de atenuación del hecho, sino únicamente lo que incriminara al imputado. Este incluso estaba obligado por ley a incriminarse a sí mismo.

El plenario era para confirmar o desvirtuar el cierre de sumario. Ese plenario estructurado en forma anticuada, no aclaraba nada, sino que venía a constituir una farsa para la Justicia.

Muy a menudo no había plenario, por abandono de la defensa, y entonces del sumario se pasaba a la sentencia directamente. Esa sentencia se basaba en la mayoría de los casos, en actas mal redactadas por funcionarios subalternos. Con frecuencia el Juez Sentenciador, no había conocido ni al imputado ni a los testigos.

Además la abundancia de incidencias y recursos atrasaba indefinidamente la conclusión de la causa (6).

Como puede verse en las acertadas observaciones hechas por el licenciado Romero, el Código de Procedimientos de 1910, adolecía de grandes defectos que hoy día dichosamente han sido corregidos.

Así por ejemplo el que el mismo Juez que instruía el caso, fuese el que viniese posteriormente a dictar la sentencia, lo convertía en juez y parte a la vez, amén de que la acción la mayoría de los casos se iniciaba de oficio por éste mismo juzga-

(5) Código General de la República de Costa Rica. Rafael Ramírez. Imprenta de Wyn Roop, Hallembir y Thomas. New York. 1858.

(6) ROMERO, Iver. Obra citada, pág. 77.

dor. En otras palabras era un juez acusador-juzgador, de raigambre inquisitiva (7).

Otro aspecto en que según nuestro criterio incurría este estatuto procesal, lo era en cuanto a la obligación del imputado a inculparse a sí mismo, puesto que desconocía prácticamente la posibilidad de defensa, no dejándole al inculcado otra alternativa.

El plenario como bien lo ha apuntado certeramente el Lic. Romero, era en la práctica un simple paso procesal, un simple trámite más que incluso la mayoría de las veces ni se celebraba por abandono e irresponsabilidad de la defensa. Lo cierto del caso es que ya desde el sumario el imputado tenía sellada su suerte, pues el juez que había decidido su culpabilidad en base a la prueba recogida, no iba a variar su criterio en una fase que generalmente nada nuevo aportaba, y que como repito muchas veces ni siquiera se llevaba a cabo. El proceso era pues una Instrucción larga al final del cual se dictaba la sentencia, —por el mismo instructor— que en la mayoría de las veces ni siquiera había hablado con los testigos ni el procesado, en virtud de que la prueba había sido recogida por sus subalternos.

Tenía dicho Código además, ciertas instituciones que incluso ya en otras naciones habían sido abolidas desde hacía mucho tiempo, tal es el caso de la llamada confesión con cargos, la cual consistía en que una vez firme el enjuiciamiento, el juez procedía a tomarle confesión al imputado, haciéndole todos los cargos que resultaren de la causa,

para que éste diera las explicaciones o satisfacciones que tuviera a bien. La diligencia se practicaba en secreto, sin asistencia del defensor (8).

Para algunos este Código significó un retroceso en muchos aspectos, no así para otros quienes le reconocen ventajas lógicas respecto por ejemplo al de Carrillo, tal es el caso del Dr. Jorge Enrique Guier, quien nos dice al respecto: "*El nuevo Código (1910) poseía la ventaja respecto al de Carrillo, de estar más al unísono con los Códigos Penales vigentes, pero adolecía del consabido defecto de retrasar en demasía la tramitación de los procesos penales*" (9).

Por nuestra parte somos de la opinión de que si bien el Código de 1910, tuvo como era lógico algunos defectos, los mismos son ciertamente relativos a la época de su creación que no era precisamente la segunda mitad del siglo veinte. Por ello debemos tener cuidado al emitir juicio sobre esta obra que para el momento sin duda alguna vino a llenar una aspiración nacional, en cuanto a orden, claridad y sistematización se refiere. Claro que si medimos este Código con nuestros parámetros actuales, nos parecerá anticuado y arcaico, lo cual no deja de ser un error, si consideramos el asunto desde el punto de vista histórico, ya que toda obra de tal naturaleza debe ser situada y valorada en la época de su vigencia y creación.

Por ello somos de la opinión, de que para su época representó un avance sin duda alguna.

## LAS REFORMAS PROCESALES DEL AÑO 37

En el año 1935 y en razón de la necesidad de reformar el Código de Procedimientos Civiles, a instancia del entonces Presidente de la Corte, Lic. Don Octavio Beeche, se instaló una comisión integrada por los licenciados Luis Dávila y Antonio Picado Guerrero con dicho fin.

Dicha comisión terminó sus trabajos dos años después, cuando se publicó el Código de Procedimientos Civiles de 1937 en su proyecto original.

Esta primera comisión fue reforzada posteriormente, por una comisión legislativa que se encarga-

ría de elaborar el proyecto definitivo, compuesta por los licenciados Carlos María Jiménez, Hernán Chacón y Aristides Montero; quienes a su vez pidieron al Colegio de Abogados el nombramiento de varios jurisconsultos distinguidos para que cooperaran también en tarea tan trascendental. Por fin se instaló una gran comisión en la que destacaban figuras tales como: Don Cleto González Víquez, Fabio Baudrit, Víctor Guardia Quirós, Roberto Loría, etc. Después de intensa discusión y arduo trabajo el proyecto definitivo fue aprobado por el

(7) CASTILLO BARRANTES, Enrique. Ensayos sobre la Legislación Procesal Penal. Pág. 47. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, 1977.

(8) Código de Procedimientos Penales. Arts. 385 a 392. Tipografía Lehmann. San José, 1913.

(9) GUIER, Jorge. Obra citada, pág. 1210.

Congreso en octubre de 1937, para que entrara en vigencia a partir del 1 de enero de 1938.

Esta misma comisión recibió también el encargo de elaborar un nuevo Código de Procedimientos Penales, encargo que fue realizado sufriendo el mismo trámite que había debido experimentar su homólogo de procedimientos civiles.

En consecuencia el Código de Procedimientos Penales fue emitido en la misma fecha (sea octubre de 1937).

Entre las novedades que contenía el proyecto podemos citar entre otras: La aligeración efectiva del proceso penal, el cual también se cambió radicalmente en cuanto se refería a los reos ausentes.

Se suprimió también la famosa Institución de la confesión con cargos y se introdujeron numerosas reformas más, hasta tal punto que, *"en realidad no fue una nueva redacción de un Código, sino una serie de inmensas reformas"* (10).

Debe hacerse énfasis en que si bien es cierto la idea fue la promulgación de un nuevo Código que viniese a reemplazar al de 1910, tal ideal no se logró a cabalidad y más bien en la realidad y como lo apunta certeramente el Historiador Don

Fernando Fournier, el resultado fue una gran reforma y no la redacción de un nuevo Código. Por ello es que a pesar de estos cambios del año 37, en el fondo siguió vigente el Código de 1910, el cual iría a funcionar hasta 1973.

En el año 1941 el Código así reformado sufrió nuevos cambios, al promulgarse el Código Penal de ese año, agregándole nuevos capítulos sobre las medidas de seguridad y la libertad condicional, además de tocar el texto en muchas cuestiones que no se apegaban ya al novísimo Código Penal.

En consecuencia el Código de Procedimientos Penales, que tuvo nuestro país a partir de 1937 era una mezcla del Decreto Legislativo número 51 de 3 de agosto de 1910, y las reformas introducidas por las leyes número 8 de 29 de noviembre de 1937, número 8 de 14 de setiembre de 1922, 372 de 22 de agosto de 1941 y otras legislaciones aisladas.

Esta fue la realidad jurídica que rigió en nuestro país en materia procesal, hasta 1973, año en que como veremos entró en vigencia el nuevo Estatuto de Procedimientos Penales que hoy día nos rige.

## EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1973

Nuestro país ha experimentado en los últimos treinta años, un cambio vertiginoso en todos los órdenes de la vida nacional. La población ha crecido en forma abundante, en educación se ha producido una verdadera revolución al ingresar en los centros de enseñanza miles de personas que antiguamente no podían hacerlo por diversas razones y en el campo económico la transformación no ha sido menor. En resumen puede afirmarse que la Costa Rica de hoy día guarda muy poco parecido con la pequeña y aldeana nación de los años cuarenta.

Ante este panorama de cambio que atrás se acaba de describir en forma somera, nuestro país seguía rigiéndose en materia penal y procesal, por Códigos hechos para una época ya ampliamente superada y que definitivamente se habían converti-

do en un obstáculo para el armonioso desarrollo de la vida jurídica de la nación.

Esta disconformidad entre el crecimiento y las necesidades del país en materia jurídica, empezó a manifestarse de distintas maneras, algunas en forma clara y evidente, otras en forma más lenta y poco perceptible.

Se sentía pues la necesidad de un cambio, se sabía y se comentaba que los códigos vigentes ya no calzaban con la época, se pregonaba la necesidad de su reforma o su sustitución por otros más acordes con los tiempos actuales. Numerosas eran las situaciones en las que se palpaba la mala aplicación de la justicia por la deficiencia técnica y doctrinaria que exhibían las leyes de la materia. Entre esas situaciones especiales a que nos referimos, hay una que por su contenido casi dramático nos per-

(10) FOURNIER, Fernando. Obra citada, pág. 161.

mitimos comentar aquí brevemente; nos referimos al proceso y posterior condenatoria de los implicados en el famoso "Crimen de Colima", proceso irregularmente tramitado en todos sus aspectos, a lo cual coadyudó el arcaico y vetusto Procedimiento Penal de la época.

El Lic. Enrique Benavides Chaverri, distinguido penalista de nuestro país, se encargó de demostrar en un libro escrito al efecto, que el error judicial cometido en ese sonado caso se debía fundamentalmente a deficiencias en el Código de Procedimientos Penales que nos regía desde 1910.

En consecuencia el ambiente se fue preparando para una reforma general y el primer paso se dio con la promulgación del Código Penal emitido en 1970, según Ley 4573 de ese año.

Promulgado el nuevo Código Penal seguía en turno el Código de Procedimientos Penales y de inmediato se dieron los pasos necesarios encaminados en tal sentido. En efecto tres años después, concretamente el 19 de octubre de 1973, se emitió la Ley 5377 en la que se promulgó el nuevo Código de Procedimientos Penales que actualmente rige en nuestro país. No obstante por diversas razones, hasta el 1 de julio de 1975, entró en vigencia en la ciudad de San José, la nueva y esperada legislación.

El nuevo estatuto procesal penal es por la forma y por el fondo radicalmente diferente de su homólogo de 1910. Trae incorporadas una serie nueva de diversas instituciones que ni remotamente poseía la vieja legislación procesal; de igual modo las fuentes de inspiración o su base también son de otro origen, pues como ya es sabido ampliamente, el nuevo Código es casi copia de la legislación correspondiente que rige en la Provincia de Córdoba, Argentina.

Precisamente este aspecto, ha sido uno de los flancos más combatidos, pues sus enemigos aducen que nunca una copia es buena y sobre todo si se toma en cuenta el hecho de que, a estas alturas

nuestro país ya cuenta con juristas perfectamente capacitados para hacer, confeccionar y promulgar un Código que obedezca estrictamente a las necesidades de nuestro país, tomando en cuenta nuestra especial idiosincrasia y manera de ser, cosa que muy difícilmente puede plasmar una legislación extranjera.

A pesar de estas críticas que por nuestra parte compartimos en alguna medida, sobre todo tomando en cuenta nuestra tendencia a desconfiar de lo nuestro y a copiar indiscriminadamente todo lo extranjero, el nuevo Código ha venido a llenar una sentida necesidad y a poner al día a nuestro país en lo que a materia procesal se refiere. En torno a este punto el Lic. Iver Romero nos dice: *"El nuevo Código de Procedimientos Penales es bastante bueno como cuadro general. Tiene algunos absurdos, algunas lagunas, pero es cuestión de irlo adaptando a la realidad nacional"* (11).

Cabe destacar aquí, antes de entrar al análisis de algunas de las nuevas instituciones y doctrinas que nos presenta la nueva ley procesal, que su autor lo fue el ilustre procesalista argentino Alfredo Vélez Mariconde, quien confeccionó el proyecto que más tarde se convertiría en Ley de la República. Desgraciadamente fallecido prematuramente no tuvo tiempo de desarrollar y sistematizar más, algunas de las principales ideas y novedades que incorpora nuestro estatuto procesal, y por ello es que se han presentado no pocas contradicciones y discusiones entre los estudiosos acerca de cuál ha de ser la correcta interpretación de tal o cuál artículo.

Sin embargo ya muchas de esas dudas han sido superadas, algunas por jurisprudencia, otras por medio de reformas o aclaraciones por vía legal y así nuestro país sigue adelante obteniendo más beneficios que pérdidas en la aplicación de la nueva Ley de Procedimientos Penales.

### COMENTARIOS E INNOVACIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1973

Como es sabido, en el campo procesal penal existen tres sistemas básicos: el inquisitorial, típico de la Edad Media y que se siguió en Costa Rica con algunas variantes hasta 1973; el acusatorio, pro-

ducto de la Revolución Francesa y que tuvo su origen en Atenas y fue practicado también en Roma, y en tercer lugar, el mixto, que es un amalgama de los dos anteriores y que puso en práctica

(11) ROMERO, Iver. Obra citada, pág. 78.

por vez primera Francia, con su Código de 1808.

El nuevo Código Procesal Penal es fundamentalmente mixto, pues mantiene la forma escrita para la parte preliminar del proceso, sea la instrucción; y transforma radicalmente la etapa segunda —el juicio—, la cual es oral, pública y contradictoria.

En torno a este punto cabe advertir que según la más avanzada doctrina procesalista, nuestro Código actual no obedece a un sistema mixto, "puro", sino que debe clasificarse dentro de los llamados "mixtos modernos", tal es la opinión por ejemplo del Dr. Enrique Castillo quien al respecto nos dice: *"Mal podría clasificarse el procedimiento previsto por la nueva legislación procesal costarricense como simplemente mixto. Hacerlo así sería desfigurar mucho sus lineamientos; sería simplificar en demasía las cosas, sacrificando notas muy importantes en aras de un concepto que ya no le es aplicable. Es necesario abrir esta nueva categoría de Sistemas Modernos para que en ella tengan asiento legislaciones como la Cordobesa, Argentina y la Costarricense"* (12). El Código Procesal Penal de 1910 era de tipo inquisitorial, tal y como ya se dijo, y seguía en consecuencia muchos de los principios fundamentales de este sistema. Claro que atemperados y modificados, dadas las especiales circunstancias jurídicas prevalecientes en nuestro país. Dentro de estos principios básicos podemos citar tres que son los más sobresalientes:

- a) escrito: La prueba se recogía por escrito en un expediente, siendo en su mayoría prueba de cargo, dado el carácter persecutorio que reviste este sistema.
- b) Secreto: La investigación del hecho delictuoso se hace en secreto, incluso para el propio imputado. Este muchas veces ignora cuáles son los cargos que se le imputan y ello conduce a su indefensión; pues se convierte en objeto y no sujeto del proceso. No sobre decir que la mayoría de las veces éste secreto se presta para arrancar la prueba a base de torturas. En cuanto a este aspecto nuestro país fue una honrosa excepción aunque no siempre desgraciadamente.
- c) No contradictorio: En el sistema inquisitorial se puede afirmar que prácticamente

no había defensa. La instrucción abarcaba la casi totalidad del proceso y durante ese tiempo el imputado quedaba sometido totalmente a la voluntad del juez. El llamado plenario o juicio era una formalidad como ya hemos dicho en otra parte de este estudio, y lo peor del caso, realizada por el mismo juez instructor, lo que eliminaba el desarrollo del principio contradictorio.

El Juez Instructor que ya había condenado en su mente al imputado durante la instrucción, nada más confirmada esta presunción o convencimiento en la etapa del juicio, que muchas veces incluso no llegaba a celebrarse.

Como contrapartida el Código actual, sea el de 1973, y obedeciendo a los lineamientos básicos de los sistemas Mixtos Modernos, incorpora dentro de su articulado una serie de principios e instituciones que en forma somera analizaremos aquí.

En primer lugar la instauración del Ministerio Público, pero con una idea diferente: Ya no viéndole como una Institución acusadora únicamente y por ende parcial, sino asignándole una función imparcial *"ya no como parte acusadora, sino como órgano que participa en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya no ejerciendo la protección punitiva específicamente, sino simplemente sometiendo a conocimiento de los tribunales una noticia criminis (la información sobre la realización de un hecho delictuoso), y pidiendo que se aplique el derecho al caso concreto"* (13).

Cabe resaltar que en el nuevo Código el Ministerio Público pasa a ser un órgano judicial, pues queda enmarcado dentro de la esfera administrativa del Poder Judicial, no obstante debe insistirse en su carácter judicial y no jurisdiccional, pues esta única característica es potestad de los tribunales propiamente dicho.

Otro aspecto novedoso e interesante de la nueva legislación lo constituye la creación de la Policía Técnica Judicial, órgano especializado y auxiliar de los Tribunales de Justicia para el esclarecimiento de los delitos, con lo cual se logra superar, los viejos procedimientos de investigación, empíricos y arcaicos de la Policía Administrativa que tantos problemas acarrearón en el pasado.

(12) CASTILLO, Enrique. Obra citada, pág. 39.

(13) Idem.

En el nuevo Código, se evita en lo posible la incomunicación. La prisión preventiva se regula debidamente, permitiéndose únicamente en casos muy especiales. La excarcelación se moderniza y deja de ser un beneficio o privilegio de los que tienen bienes para garantizar una fianza.

Se garantiza plenamente el principio de inviolabilidad de la defensa, al consagrarse el derecho a un proceso abierto y justo, con una defensa técnica desde el inicio de la sumaria, evitando en lo posible coartar los medios de la defensa del imputado.

El secreto de la sumaria es otro aspecto que se regula cuidadosamente, permitiéndose únicamente para un corto lapso, eliminándose la forma irrestricta en que se conceptuaba en el viejo código.

La llamada declaración de rebeldía desaparece y ahora el rebelde puede defenderse de los cargos en su contra, en el momento en que sea capturado o comparezca voluntariamente ante el Tribunal, pues la causa se suspende en el estado en que se encuentre en el momento de la rebeldía, y así la encuentra al presentarse nuevamente al Tribunal.

Ya no se le condena en ausencia como ocurría anteriormente.

Los defensores de oficio que en realidad nunca defendieron nada, desaparecen y son sustituidos por los Defensores Públicos, generalmente abogados.

La situación del imputado varía radicalmente, ya no se le presume culpable desde el inicio, ni se le trata como a tal. Ahora por ejemplo, su declaración es libre y espontánea y no puede utilizarse como instrumento de prueba, pudiendo abstenerse de hacerlo, sin que su silencio signifique una presunción de culpabilidad. En consecuencia será válida únicamente aquella declaración rendida ante autoridad judicial, no surtiendo eficacia la realizada ante autoridades de policía y que no hayan sido oportunamente ratificadas ante el Juez en presencia del Defensor.

La acción oficiosa del juez es otro aspecto que no contempla el nuevo Código. Ya no se permite la simple denuncia o la delación anónima, sino que se

requiere que éste se haga con las formalidades del caso, plasmándose en un requerimiento fiscal, o en virtud de una prevención o información policial (Policía Técnica Judicial).

Los términos de la instrucción se acortan sensiblemente, con el fin de no hacer interminables los procesos y llevar a la práctica el precepto constitucional de justicia pronta y cumplida. Por ejemplo la instrucción debe agotarse en el lapso de dos meses a partir de la indagatoria del imputado, pudiendo prorrogarse en casos especiales. (Artículo 199 C.P.P.) (14).

En cuanto al juicio es oral, público y contradictorio, garantizando de este modo la fiscalización popular en la aplicación de la justicia y la apreciación de la prueba en forma directa por el juzgador.

Además el juicio exige la identidad física del juzgador y la concentración. Así la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate, no pudiendo ser sustituido por otro, desde que comienza el debate hasta el pronunciamiento definitivo, ello garantiza que oyeron al acusado, que recibieron la prueba y que oyeron el alegado de las partes.

Por último con la concentración de la prueba, ésto es la aproximación temporal entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento de la sentencia que se basa en ellas, trae la ventaja en cuanto a que *"si la sentencia es condenatoria, acerca la sanción a la comisión del hecho, lo que satisfará el efecto intimidatorio de la pena haciendo más efectiva la defensa. Y en caso de que lo que recaiga sea una sentencia absolutoria, aminora el daño que se pueda hacer al individuo muchas veces sometido a coerción personal, lo que resulta a veces de fatales consecuencias, si la resolución se dicta después de varios años de iniciada una causa y quizás después de una prolongada prisión preventiva de irreparables consecuencias"* (15).

De esta forma hemos dado una ligera idea de las principales innovaciones del nuevo Estatuto Procesal Penal que nos rige, sin que con ello, pretendamos haber agotado el tema ni mucho menos.

(14) Código de Procedimientos Penales, art. 199. Pág. 37. Imprenta Metropolitana, 1974.

(15) GUZMAN Z., Dora. Apuntes de Clase. Curso de Procedimientos Penales, 1974.

Unicamente ha sido con el ánimo de formar en la mente del lector una idea, del gran cambio que representa en materia o en nuestra historia procesal, la implantación de este Código, con el cual nuestro país se pone a la vanguardia de muchas naciones de América y del mundo. Hubiéramos querido seguir analizando más a fondo la nueva

legislación, pero esa es tarea que bien la han emprendido otros, y además no es esa nuestra idea en este corto estudio, el que tiene por objeto como ya dijimos al principio, únicamente analizar el devenir histórico de las ideas y los procedimientos penales en nuestro país.

## CONCLUSIONES

Al referirse a nuestra historia procesal es casi imposible desligarse de la tentación de incursionar en el fondo de cada uno de los Códigos estudiados, sobre todo en lo referente al más reciente de ellos y que lógicamente es el que nos rige. Sin embargo ese no es nuestro propósito como ya quedó dicho, y más bien este estudio por el contrario pretende hacer un esbozo del acontecer histórico en lo que a materia procesal penal se refiere en nuestra patria. Pretendiendo con ello fundamentalmente, dar una visión de conjunto en lo que atañe a esta materia, sin la cual correremos el riesgo de no entender muchas de las instituciones que nos rigen, ya que ignoramos sus antecedentes, orígenes, logros o fracasos.

Además al conocer la historia procesal de nuestro país, conocemos parte de la historia patria y sobre todo nos queda una mayor comprensión de nuestra historia del Derecho, y con ella una mejor capacitación jurídica y cultural como abogados.

Esperamos haber logrado el objetivo propuesto, sea, el llevar a la mente del lector paso a paso la historia de la evolución y transformación de nuestro Derecho procesal. Con ello, sentimos honda satisfacción, pues habríamos contribuido aunque en forma modesta a clarificar parte de un proceso tan interesante y la mayoría de las veces desconocido.

Hoy día abundan los estudios de la materia procesal vigente, pero son pocos los que se dentran en el pasado jurídico de la misma, con lo cual caen en el desconocimiento histórico-comparativo, tan común en nuestro país y de tan funestos resultados; sobre todo en un campo tan importante como es la historia de nuestro derecho.

En la medida en que hayamos logrado las metas propuestas, en ese tanto nos sentimos recompensados por el esfuerzo realizado. Al cabo de la jornada estamos seguros de haber comprendido y casi vivido todo un girón de nuestra historia patria.

## BIBLIOGRAFIA

**CASTILLO BARRANTES, Enrique.** Ensayos sobre la nueva legislación procesal. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, 1977.  
**Código de Procedimientos Penales.** 1910. Arts. 585 a 592. Tipografía Lehmann. San José, 1913.  
**Código de Procedimientos Penales.** 1973.  
**FOURNIER ACUÑA, Fernando.** Historia del Derecho. U. de C. R. Editorial Universitaria, 1967.  
**GUIER ESQUIVEL, Jorge Enrique.** Historia del Derecho. Tomo II.

**GUZMAN ZANETTI, Dora.** Apuntes de Clase. Facultad de Derecho, U. de C. R., 1974. (Curso de Procedimientos Penales).  
**RAMIREZ, Rafael.** Código General de la República 1858. Imprenta de Wynkoop, Hallembek y Thomas. New York.  
**ROMERO, Iver.** Esbozo histórico del proceso penal. Revista judicial. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1976.



## DERECHO PUBLICO – DERECHO PRIVADO

*Dr. Víctor Pérez Vargas.*

### CONTENIDO:

|      |   |     |
|------|---|-----|
| I.   | La distinción. . . . .  | 104 |
|      | 1. Importancia. Generalidades. . . . .  | 104 |
|      | 2. Aproximación. . . . .  | 104 |
| II.  | Breves antecedentes. Roma. . . . .  | 104 |
|      | 1. Generalidades. . . . .   | 104 |
|      | 2. Fuentes complementarias. . . . .   | 105 |
|      | 3. El Derecho de orden público. . . . .   | 106 |
| III. | Aspectos teóricos. . . . .  | 106 |
| IV.  | Los diversos criterios de distinción. . . . .   | 107 |
|      | 1. El criterio del ente regulado. . . . .   | 107 |
|      | 2. El criterio de las potestades de imperio. . . . .  | 107 |
|      | 3. El criterio de los intereses en juego. . . . .   | 107 |
|      | 4. El criterio de la vinculación de los fines. . . . .  | 108 |
|      | 5. El criterio del origen. . . . .  | 108 |
|      | 6. El criterio del régimen jurídico. . . . .  | 108 |
| V.   | En particular sobre la concepción ideal-formal del Derecho (Kelsen) frente a la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. . . . . | 109 |
| VI.  | La distinción "público-privada" frente al cuadrinomio fundamental de la fenomenología jurídica. . . . .                                     | 110 |
| VII. | Situaciones jurídicas públicas y privadas. . . . .  | 111 |

## I. LA DISTINCION.

### 1. Importancia. Generalidades.

Aun con un enfoque superficial nos podemos percatar de la existencia de una distinción fundamental del Derecho y de la ciencia jurídica; en la vida diaria nos encontramos frente a una serie de situaciones que calificamos de "públicas", por ejemplo, cuando tenemos que pagar el peaje en una carretera, cuando una "parquimetrista" nos hace un parte, cuando pagamos los derechos de circulación de nuestro vehículo, cuando votamos en las elecciones nacionales, cuando la municipalidad nos ordena limpiar un lote, etc. Por otro lado calificamos, casi intuitivamente, como "privadas" otras situaciones que también son jurídicamente relevantes, como cuando vendemos o cambiamos un objeto a otro particular, cuando escogemos nuestra residencia, cuando regalamos las frutas de nuestro árbol y muchas otras hipótesis.

Unas situaciones son calificadas de "públicas" y las otras de "privadas"; la distinción no es solamente teórica; de la respuesta concreta que se dé dependerán muchas consecuencias como el régimen jurídico, la competencia, los controles y, en general, la aplicabilidad de todo un sector del Ordenamiento (1).

### 2. Aproximación.

En algunos casos se ha intentado comprender el Derecho Privado precisamente, por oposición al Derecho Público que se ve como el conjunto de normas con las cuales el Estado determina su propia estructura organizativa, disciplina el comportamiento de sus órganos, impone a los ciudadanos el deber de contribuir económicamente para sufragar los gastos necesarios para la realización de las diversas tareas, prohíbe el cumplimiento de determinadas acciones consideradas dañinas para la colectividad y determina las penas para los transgresores; todo ese conjunto de normas constituye el Derecho Público en sus diversas ramas, como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal (2).

Al mismo tiempo podemos darnos cuenta de que las disposiciones jurídicas no pretenden regular plenamente, en cada uno de sus detalles, la vida de las personas que integran la colectividad; la actividad de los particulares es, en gran parte, libre de dirigirse a la satisfacción de los intereses individuales que cada uno escoja perseguir; en esto radica el eje de la autonomía que muchos ponen como el carácter distintivo del Derecho Privado. Debe notarse, sin embargo, que aun en este ámbito el Estado se ve obligado a intervenir por múltiples razones; una de ellas es la necesidad de que se ayude a resolver los conflictos que se presentan entre los particulares para prevenir así el caos social y el uso de la fuerza. Toda sociedad debe, pues, determinar la forma como los particulares, a falta de acuerdo, pueden obtener de un sujeto imparcial la solución del conflicto.

Obsérvese, sin embargo, que no basta que la sociedad establezca un cuerpo de órganos jurisdiccionales, ya que es necesario también que se determinen los criterios con que aquellos órganos deberán decidir las controversias. Con tal propósito, normalmente, en los ordenamientos modernos se predispone un conjunto de reglas que los jueces deben aplicar para decidir los conflictos que a ellos se someten.

## II. BREVES ANTECEDENTES. ROMA.

### 1. Generalidades.

La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado no sólo era conocida en Roma, sino que los mismos romanistas de nuestro tiempo claramente participan de ella. José Arias Ramos tiene una obra titulada precisamente "Derecho Público romano e historia de las fuentes" (3), mientras que en su otra obra "Derecho romano" (dedicada al Derecho Privado) advierte: "no todo Derecho por el que se rigió la comunidad romana durante las épocas indicadas será objeto de nuestra atención, sino solamente el Derecho Privado. El Derecho Público, referente a la organización y funciona-

(1) En sentido análogo: TORRENTE, Andrea. *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè-ed., Milano, 1968, p. 13.

(2) Así, *op. ult. cit.*, p. 14.

(3) ARIAS RAMOS, José. *Derecho público romano e historia de las fuentes*. Ceres, Valladolid, 1964.

miento del Estado romano, competencia y poderes de sus autoridades, facultades y deberes que en orden a los intereses de la comunidad corresponden a sus miembros, queda fuera de nuestra zona de estudio. Este abarcará solamente la exposición de las normas que regulan las relaciones entre los particulares y que protegían intereses predominantemente privados: las normas reguladoras de la familia romana, de la propiedad, de los contratos, de las herencias" (4). Con ello el autor no solamente admite la distinción sino que ofrece criterios para establecerla como el del "sujeto regulado" y el de los "intereses en juego".

Se ha hecho notar cómo la clásica distinción romana mezcla en realidad dos criterios. Se toma así, como Derecho Público en la definición de Ulpiano ("publicum ius est quod ad statum rei romana spectat") el que se refiere al modo de ser (organización, gobierno y administración) del Estado (romano, en este caso). Obsérvese que, en cambio, al definirse el Derecho privado como el que se refiere a la utilidad de los particulares el criterio que entra en juego es más bien el de los intereses ("privatum quod ad singulorum utilitatem").

"Como observa Bonfante, las dos diferentes acepciones del 'Ius publicum' responden al uso doble, ambiguo, que el adjetivo público tiene incluso actualmente. Unas veces 'público' es igual a 'estatal' (funcionario público, hacienda pública) y otras veces significa 'social' o 'común' (pública estimación, bienestar público). Y así, normas de Derecho público son las que afectan al Estado (primera acepción), o las que interesan a la sociedad o comunidad humana, a la generalidad de los hombres, aunque no les supiésemos organizados en Estado y aunque tales normas tutelén relaciones que no tengan que ver con el gobierno y administración de la cosa pública (segunda acepción)" (5).

Otros romanistas parecen poner más énfasis en la subordinación y hacen también referencia a los intereses en juego: "la consideración actual del Derecho, influida por el romano, divide al mismo en dos grandes ramas: Derecho público y Derecho privado. Corresponden al Derecho público aquellas materias en las que la comunidad actúa frente al individuo exigiéndole subordinación. De-

recho público son, por lo tanto, las normas del Derecho del Estado (Derecho político), del Administrativo, del Canónico o Eclesiástico, del Penal y del Procesal. Cuando, por el contrario, aparecen relaciones privadas entre particulares, o se trata de intereses particulares, del patrimonio de una persona o del nexo que le liga con sus parientes, las normas reguladoras son de Derecho Privado" (6).

## 2. Fuentes complementarias.

Además de la famosa distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, a que hemos hecho referencia, encontramos en las fuentes romanas algunas disposiciones que vienen a integrar la perspectiva con otros enfoques.

Un pequeño atisbo del criterio que utiliza para la distinción la contraposición "legalidad-autonomía" se encuentra en un texto de Ulpiano, en el Digesto, de conformidad con el cual "Non capitur, qui jus publicum sequitur" (No padece daño quien obra conforme al Derecho Público) (7). Este "obrar conforme al Derecho Público" nos recuerda que normalmente la conducta humana en este ámbito tendrá validez si se sujeta a disposiciones permisivas, contrariamente a lo que ocurre en el terreno privado donde se encuentra autorizado todo lo que no está prohibido.

Otro aspecto digno de ser apuntado es el tema de la relación entre estos dos sectores del Ordenamiento. Bacón en su aforismo III, hacía notar que el Derecho Privado encuentra su vía de realización por medio del Derecho Público: "Jus privatum sub tutela iuris publici latet".

Otro de los criterios que modernamente se han usado, según veremos, para diferenciar el Derecho Público del Privado es el del régimen jurídico de las situaciones jurídicas reguladas. Así, en el Derecho Privado la figura efectiva fundamental es el derecho subjetivo, el que a menudo se caracteriza por ser disponible y prescriptible. En cambio, en el Derecho Público la situación jurídica central es la potestad, cuyos caracteres son, más bien, la indisponibilidad y la imprescriptibilidad. De esta fundamental diferencia de régimen jurídico fueron

(4) ARIAS RAMOS, José. Derecho romano, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

(5) Op. ult. cit., pág. 37.

(6) JÖRS-KUNKEL, Derecho privado romano, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1965, p. 78.

(7) ULPIANO, Digesto, L. 116, I, cit. p. Cabanellas.

también conscientes los romanos y ello se revela claramente en algunos textos clásicos:

"*Nemo jus publicum remittere potest*" (Nadie puede dispensar el Derecho Público) (8).

"*Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere*" (Al Derecho Público no debe oponerse la prescripción del tiempo) (9).

### 3. El "Derecho de orden público".

Se ha hecho notar que en diversos pasajes de las fuentes romanas se observa la denominación de "ius publicum" para una serie de normas que actualmente se consideran de carácter privado: "*tales son las llamadas normas imperativas del derecho privado. Un precepto jurídico es imperativo (ius cogens) cuando su vigencia no se puede excluir por convenio entre las partes. De este tipo son las normas que limitan la libertad de los particulares, en materia de Derecho privado, en beneficio de la comunidad*" (10).

Así, por ejemplo, encontramos:

"*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*" (El Derecho Público no puede ser modificado por pactos de particulares) (11).

Con respecto a estas hipótesis se ha hablado más bien de normas de "orden público" que son aquellas que se caracterizan por ser inderogables y por ello se denominan también "imperativas".

## III. ASPECTOS TEORICOS.

Como primera toma de conciencia es necesario observar que estamos hablando de una distinción interna, una distinción dentro del Ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista lógico, por pertenecer ambos subconjuntos (público y privado) al conjunto "Ordenamiento jurídico", necesariamente tendrán caracteres comunes y rasgos diferenciales (12).

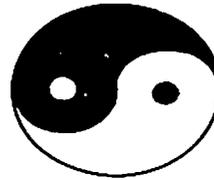
Los aspectos comunes forman el objeto de estudio de la teoría general del Derecho; entran en juego ahí conceptos de referibilidad general, tales como "norma jurídica", "efecto jurídico", "hecho

jurídico", "situación jurídica", "interés jurídicamente relevante", "sujeto", "objeto" y muchos otros.

La referencia de estos términos a lo público o a lo privado implica un adentrarse en los dos sectores. Así, se habla de derechos subjetivos públicos y privados, de intereses públicos y privados, de interés legítimo público (como el que podrían eventualmente tener los no adjudicatarios de una licitación) y de interés legítimo privado (como en la hipótesis de la acción del socio para impugnar ciertos acuerdos de la sociedad) y la lista de ejemplos podría continuar.

El criterio estructural de subconjuntos claramente delimitados como se suele hacer en lógica simbólica resulta, sin embargo, insuficiente. "*... las esferas del derecho público y del derecho privado no se encuentran aisladas una frente a otra, sino que, por el contrario, se hallan en estrecho contacto...*" (13). La rigidez del esquema lógico tampoco satisface por su inmovilidad. La realidad jurídica, como en general la realidad relativa, es cambiante.

La estructuración de la realidad jurídica debe reflejar esta mutabilidad (para lo cual resulta más útil el símbolo chino del Tao).



Este planteamiento aplicado a lo jurídico significa además que normalmente lo público y lo privado ofrecen un juego dialéctico de fuerzas; ello es observable en múltiples situaciones: por ejemplo en cuanto a la causa justa, o a las formalidades "ad substantiam" en los contratos. La distinción "público-privado" tiene sentido teórico y práctico, tanto para ayudar a la comprensión del mundo jurídico como para contribuir a una praxis

(8) ULPIANO, Digesto, Lib. XXVI, tít VII, 1. 5a., VII cit. p. Cabanellas.

(9) CODIGO DE JUSTINIANO, Lib. VIII, tít XII, 1. 6a. cit. p.

(10) Así: JÖRS-KUNKEL, op. cit., supra 6, p. 79.

(11) PAPINIANO, Digesto, Lib. II, tít. XIV, 1. 38, cit. p. Cabanellas.

(12) V. PUGLIATTI, Salvatore. Diritto pubblico e diritto privato. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano, p. 697.

(13) JÖRS-KUNKEL, op. cit., supra 6, p. 79.

eficaz. Cuidémonos sin embargo de absolutizar la distinción, ya que son múltiples las hipótesis donde los dos términos aparecen entremezclados.

De lo dicho puede concluirse:

- a) el carácter unitario del Ordenamiento,
- b) su bipartición fundamental interna,
- c) su dinamismo dialéctico.

Este planteamiento estructural se concretiza cuando observamos que sectores que en un tiempo se consideraron exclusivamente privados (existen muchos ejemplos en materia de propiedad y de contratos) han pasado a ser considerados públicos, o, por lo menos "de orden público" en momentos posteriores (la materia del arrendamiento urbano es significativa, lo mismo que la materia laboral, así como, en general, los controles sobre la libertad contractual y dominical).

La causa eficiente de este dinamismo histórico se encuentra en la mutabilidad de los intereses humanos y en la mutabilidad de las valoraciones de la comunidad (o de las fuerzas imperantes en ella) sobre estos intereses.

Quede salvado sin embargo, en todo caso, que si bien las valoraciones humanas son cambiantes a través del tiempo, la capacidad estimativa del ser humano es rasgo común de lo jurídico en todo tiempo y lugar.

#### IV. LOS DIVERSOS CRITERIOS DE DISTINCION:

Las expresiones "público" y "privado" en la vida jurídica son de uso muy frecuente, aunque no de significado uniforme. Ello se debe a la diversidad de criterios existentes; la discusión se ha agravado por la unilateralidad de las diversas concepciones (14).

Veamos algunos de los intentos de diferenciación entre estos dos sectores de lo jurídico:

##### 1. El criterio del ente regulado:

Parte de la doctrina (15) sostiene que son de Derecho Público las normas que regulan entes estatales. Otros (16) parecen también admitir este criterio al sostener que es de Derecho Público la esfera del Ordenamiento que se refiere al Estado.

Este criterio ha sido combatido por quienes (17) sostienen que la aplicabilidad del Derecho Privado al Estado y a los entes públicos es un fenómeno corriente y que estos en muchos casos funcionan con esquemas privados.

##### 2. El criterio de las potestades de imperio:

Para otros (18) el Derecho Público es el que regula los actos unilaterales de "imperium"; tenemos, desde este punto de vista, Derecho Público cuando el Estado actúa con potestades de imperio.

Este criterio ha sido criticado por quien (19) sostiene que en realidad no hay actos de imperio en la mayoría de los servicios públicos y en las relaciones del Estado con sus empleados y que, en fin, hay contratos disciplinados por el Derecho Público, los que, por ser "contratos", no son actos de imperio.

También, en contra de este criterio, se ha afirmado (20) que este "imperio" no se da en las normas que regulan las relaciones entre los entes públicos, las que son, en todo caso, Derecho Público. Afirma además que también en el Derecho Privado hay normas imperativas inderogables, llamadas "de orden público", como en materia de inquilinato.

##### 3. El criterio de los intereses en juego:

Ya en Roma, como hemos visto, Ulpiano se remitió a la distinción entre interés público y privado como criterio diferenciador ("publicum ius est quod ad statum rei romana spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem"). Modernamente este criterio sigue siendo admitido por algunos

(14) LEGAZ analiza en una de sus obras nada menos que 104 criterios de distinción.

(15) V. LABAUDERE, *Manual de droit administratif*.

(16) Entre ellos Santi ROMANO.

(17) BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, p. 306 y ss.

(18) Entre ellos JELLINEK y ZANOBINI.

(19) BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, supra 17.

(20) SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1958.

autores (21) que afirma que la distinción reposa sobre la naturaleza de los intereses: intereses generales en las normas de Derecho Público, intereses particulares en las normas de Derecho Privado (22).

A este criterio se ha objetado que el carácter público o privado de los intereses es definido por el mismo Derecho. Esto, sin embargo, no es obstáculo para que pueda considerarse como útil criterio complementario.

#### 4. El criterio de la vinculación de los fines:

En consideración al carácter vinculado o libre del fin de los actos, algunos (23) afirman que en el Derecho Privado encontramos la libertad humana inalterada, limitada, negada o calificada y que con las normas privadas se favorece u, obstaculiza un fin, pero la obtención de ese fin no viene impuesta. En cambio, sostiene, en el Derecho Público se toma más en cuenta el fin que debe ser obtenido y para cuya obtención se dispone de la disciplina correspondiente. El Estado no tiene libertad para legislar o administrar justicia; tiene el poder de hacerlo, pero este poder es, al mismo tiempo, deber (poder limitado por el fin del cual depende su legitimidad) por lo que la actividad en el Derecho Público es concebida como función. El poder concedido al ente público siempre está vinculado al deber de ejercitarlo, y de ejercitarlo para la finalidad correspondiente en función de la cual existe. El autor citado define el Derecho Público como "el complejo unitario de normas dirigido a hacer obligatoria la búsqueda y a garantizar la obtención de ciertos fines, los cuales, por esto, aparecen como necesarios y públicos".

Este criterio es parcial. El fin público es un elemento digno de ser tomado en consideración, pero no el único, pues también en el Derecho Privado hay actividades vinculadas a un fin, como por ejemplo las situaciones jurídicas que corresponden a quien realiza una representación legal necesaria (patria potestad, tutela, curatela, curatela especial).

#### 5. El criterio del origen:

Otra parte de la doctrina (24) sostiene que la fuente del Derecho Público es la colectividad y que la del Derecho Privado son los sujetos de la colectividad.

Este criterio es impreciso: la fuente de todas las normas, incluso las del Derecho Privado, es en todo caso la comunidad. Son los particulares los que por medio de la negociación las ponen en práctica, pero con ello no crean los preceptos. Se ha dicho (25) que no es un criterio determinante.

#### 6. El criterio del régimen jurídico:

Se trata de un criterio complementario respecto al de los fines. Se considera (26) que en la actividad pública hay poderes adecuados a fines específicos; no son poderes de ejercicio optativo, sino deberes. En la actividad privada, en cambio, el particular tiene poderes libres en cuanto al fin, salvo ciertas limitaciones (orden público, moral y buenas costumbres) de conformidad con el texto del artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política, según el cual "Las acciones privadas que no dañan la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley". En la actividad privada encontramos, sostiene el autor citado, dos principios: autonomía de la voluntad e igualdad. De conformidad con el primero el particular puede reglar su esfera de acción con su voluntad (por ejemplo mediante testamento o contrato, artículos 579 y 1022 del Código Civil); según el segundo la voluntad unilateral no puede vincular al prójimo. En cambio en la actividad pública encontramos el principio de legalidad. Todo acto que incida sobre los particulares debe estar autorizado; es el principio inverso al existente en la actividad privada. Para la aplicación de este principio existe la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 49 de la Constitución Política) con el fin de garantizar la legalidad de la función administrativa.

Los autores que pusieron como eje de lo jurí-

(21) Por ejemplo RESCIGNO.

(22) Este criterio es bastante admitido como complementario. V. RIVERO, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 1973.

(23) BALLADORE PALLIERI, op. cit., supra 17.

(24) ROMANO, Salvatore. *La distinzione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè-ed., Milano, 1963.

(25) CONSTANS, Louis. *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, París, 1966.

(26) ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, tomo II.

dico la voluntad caracterizan como criterio seguro de distinción del Derecho Privado el "respeto esdrupuloso de la autonomía de la voluntad individual" (27).

Los fundamentos del voluntarismo jurídico se encontraban en los iusnaturalistas y pandectistas quienes —se dice— "vivieron en uno de los periodos más luminosos de la historia del pensamiento humano, mientras florecía la religión de la libertad, que dominó sus espíritus y guió sus investigaciones..." (28).

El negocio jurídico se presenta entonces como el instrumento fundamental del Derecho Privado. Así para Windscheid "El negocio jurídico es la actuación de la fuerza creadora que compete en el campo jurídico a la voluntad privada" (29). Análogamente para Dernburg "El negocio jurídico es en general el instrumento de la determinación autónoma en el campo del derecho privado" (30).

Esta posición que continúa teniendo repercusiones hoy puede sintetizarse en el sentido de que el punto cardinal central del Derecho Privado es el dogma de la autonomía de la voluntad.

Este criterio de la diversa regulación formal se complementa con los criterios sustanciales del interés y del fin público.

## V. EN PARTICULAR SOBRE LA CONCEPCION IDEAL-FORMAL DEL DERECHO (KELSEN) ANTE LA DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

En su Teoría General del Derecho y del Estado, Kelsen (31) sostiene la imposibilidad de una definición inequívoca de estos dos conceptos; critica el autor la teoría tradicional según la cual Derecho Privado son las normas que establecen deberes y derechos entre particulares y Derecho Público, las que establecen deberes y derechos entre el Estado, por una parte, y personas privadas, por otra, dado que el Estado, lo mismo que cualquier otra persona jurídica pueden tener situacio-

nes jurídicas estipuladas por el Derecho Privado por lo que el hecho de que en una relación el Estado sea parte no determina automáticamente el desplazamiento de tal relación del campo privado. El autor parece, en cambio, acoger el criterio de la autonomía para las relaciones del Derecho Privado y el de heteronomía para las de Derecho Público, siendo consciente de la existencia de disposiciones heterónomas en el Derecho Privado como en algunos ejemplos del Derecho de Familia y normas autónomas en el Derecho Público, para las que cita el caso de los tratados internacionales. Tampoco resulta muy satisfactorio para Kelsen el criterio de los intereses pues existen casos en que el Estado, persiguiendo el interés público, actúa bajo disposiciones consideradas de Derecho Privado.

Sin negar los diversos criterios de distinción, y especialmente, atendiendo a esta diversidad el autor en examen llega a sostener que la distinción es inutilizable como fundamento común para una sistematización general del Derecho. Sostiene que no hay un criterio seguro y que la distinción rompe la unidad del Ordenamiento (32).

Posteriormente, Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho (33) sostiene que "La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del Derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia", sin embargo parece acoger nuevamente el criterio de "heteronomía-autonomía" al afirmar: "...se trata de una diferencia en el modo de creación del Derecho... El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en el derecho privado nos encontramos, sobre todo, con contratos, es decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obliga recíprocamente a una conducta determinada. Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede

(27) STOLFI, Giuseppe. Teoría del negozio giuridico, Cedam, Padova, 1961, p. IX.

(28) Loc. ult. cit.

(29) WINDSCHEID, Pand. I, 69, n. 1, cit. p. op. ult. cit. p. XII.

(30) DERNBURG, Pand. I, 91, p. 269, cit. p. op. ult. cit. p. XII.

(31) KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, Textos Universitarios, México, 1969, p. 239.

(32) Cit. p. SAYAGUES LASO, op. cit. supra 20.

(33) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. EUDEBA, Buenos Aires, 1968, p. 180.

cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa". Relativiza la distinción afirmando que su dualismo sólo tiene carácter ideológico y que no puede llevar, como algunos pretenden, a la afirmación de que el Derecho privado queda fuera del dominio de la política. Precisamente, aclara, por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política.

Coincidimos con el autor en la identificación entre el Derecho público y privado con base en que ambos son producto político. Negamos, sin embargo la explicación dada, pues es parcial ya que el Derecho Privado no tiene índole exclusivamente patrimonial (34). Son de gran interés en cambio sus observaciones sobre la relatividad de la distinción y su utilidad restringida pues la misma diferenciación tendrá un sentido diverso según que se oponga al Derecho Privado el Derecho Administrativo o el Derecho Penal. En cada uno de los casos la diferencia obedecerá a un diverso criterio, normalmente determinado por reglas concretas.

Estas constataciones nos mueven a considerar con Pugliatti que si bien son discutibles los criterios que se han propuesto no puede negarse en forma "a priori" que un examen más atento y profundo pueda llevar a un criterio válido; por otro lado tampoco puede excluirse la utilidad de la distinción la que en la práctica tiene concretas repercusiones si bien con base en la conjugación de diversos criterios (35).

## VI. LA DISTINCION "PUBLICO-PRIVADO" FRENTE AL CUADRINOMIO FUNDAMENTAL DE LA FENOMENOLOGIA JURIDICA.

Los fenómenos jurídicos pueden clasificarse en: sujetos, objetos, eventos y comportamientos.

A menudo encontramos calificadas estas diversas categorías como públicas o privadas. Hablamos por ejemplo de que una persona física, una fundación, una sociedad civil o comercial o una asociación constituida de conformidad con la Ley de Asociaciones son sujetos de Derecho Privado, si

bien podría resultar innegable el interés público que fundamenta su misma existencia; decimos, en cambio que el Estado o las Instituciones Autónomas son sujetos de Derecho Público. Los ejemplos de sujetos que se califican como públicos o como privados podrían continuar, sin olvidar la existencia de categorías mixtas.

Del mismo modo, con relación a los objetos a menudo decimos que tal bien es público, como con relación a las calles y los parques, mientras que, por otra parte, calificamos de objetos de propiedad privada una casa o un carro pertenecientes a un particular; hablamos entonces de bienes privados.

Los eventos, entendiéndolos por tales, los acontecimientos que se producen independientemente de la existencia de una iniciativa humana también pueden tener un carácter público o privado; por ejemplo una calamidad nacional (un terremoto) podría determinar la necesidad de que surjan diversos efectos jurídicos de orden público; en cambio, un fenómeno aluvional que produce el paso de partículas de tierra de un fundo a otro revela caracteres marcadamente privados.

Los comportamientos son calificados también de públicos y de privados. La conducta de la administración es desarrollada por ejemplo con toda la teoría del acto administrativo y su régimen jurídico de legalidad. En cambio, la conducta privada se caracteriza por la autonomía. Mientras que la legalidad en el Derecho Público implica un poder hacer lo autorizado, la autonomía en el Derecho Privado implica un poder hacer todo lo no prohibido.

En cada uno de los fenómenos expuestos observamos la polaridad elemental: lo público y lo privado como dos manifestaciones de cada uno de estos fenómenos: sujetos, objetos, eventos y comportamientos.

Obsérvese que no se trata de distinciones puras; en cada uno de estos fenómenos se revela la perenne dialéctica, manifestada como constante interacción de los dos términos. Así encontraremos personas jurídicas donde, por existir participación estatal, existen controles de legalidad, a pesar de que puedan asumir una forma societaria característica del Derecho Privado; igualmente encontraremos sujetos públicos, que pueden

(34) "no es exacto limitar el Derecho Privado a las relaciones económicas o patrimoniales. En el Derecho de Familia, que a nuestro juicio pertenece principalmente al Derecho Privado, hay relaciones no económicas". BARASSI, Lodovico. *Istituzioni di diritto civile*. Giuffrè-ed., Milán, 1955, p. 15.

(35) PUGLIATTI, op. cit., supra 12, p. 700.

realizar ciertos actos dentro de un régimen de Derecho Privado en posición de paridad formal y no de subordinación con el administrado. Las mismas personas físicas están sujetas a una serie de disposiciones que interesan directamente al orden público, como ocurre con toda la materia del nombre, domicilio, estado y capacidad.

En cuanto a los objetos la dialéctica público-privada se presenta principalmente en sentido diacrónico: un determinado objeto puede pasar de bien privado a bien público, por ejemplo mediante el procedimiento de expropiación que es una transmisión forzada de la titularidad dominical o de alguno de sus atributos; por otra parte, puede ocurrir que, en forma inversa, un bien pase de público a privado mediante el procedimiento de desafectación. Esta constatación nos revela que la calificación no es de orden ontológico, sino más bien dependiente de criterios axiológicos cambiantes.

Un determinado fenómeno puede ser considerado privado o público según las valoraciones que resulten normativamente triunfantes dentro del juego de intereses del sistema, lo que es circunstancial y variable en tiempo y espacio.

Por otra parte, con relación a los hechos y actos, la distinción público-privado adquiere diversos matices: con respecto a los eventos (hechos que se desarrollan sin intervención de una iniciativa humana) el criterio que parece de más uso es el de los intereses en juego. Un evento tendrá connotaciones de Derecho Público y efectos correspondientes si resultan afectados intereses de un número más o menos considerable de sujetos y se requiere una intervención de órganos públicos para afrontar el problema. Piénsese por ejemplo en una inundación (como la de Taras en Cartago) donde resultan afectadas negativamente muchas casas y muchas vidas. En otros casos, en cambio, según vimos, un río, por ejemplo, arrastra materiales de un fundo a otro; en este caso los intereses afectados son los de los propietarios de estos fundos.

Somos conscientes de que ninguno de los criterios propuestos cumple plenamente la tarea de deslindar las dos zonas: lo público y lo privado. Siempre habrá excepciones a la regla y ello precisamente, no porque los criterios sean insuficientes, sino porque la distinción es puramente conceptual ya que en la realidad observamos una interacción entre los dos aspectos y las mismas relaciones que se denominan de Derecho Privado se encuentran teñidas de valoraciones de orden público; el mismo caso de negocio jurídico, ejemplo tradicionalmente

típico del Derecho Privado, recibe tutela, validez y eficacia gracias a que es el mismo interés de la comunidad el que establece los criterios de estas valoraciones. Los contratos, por ejemplo, tienen eficacia entre los contratantes porque el Ordenamiento autoriza y tutela esta forma de vinculación. Del mismo modo, resulta evidente la tutela de intereses de orden privado en materias de Derecho Público; piénsese por ejemplo en los recursos que se conceden a los particulares para atacar actos administrativos.

La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado no es clara y tajante porque la materia a que se refieren es sólo formalmente deslindable, pero no sustancialmente porque los intereses humanos se encuentran entrelazados, por lo que solamente caso por caso es posible establecer preferencias jurídicas en las hipótesis conflictivas.

No podemos, en forma "apriorista" resolver en definitiva sobre los criterios de distinción entre lo público y lo privado, por lo que como hemos visto, según sean sujetos, objetos o hechos los fenómenos jurídicos que vamos a calificar el criterio utilizado varía. Con respecto a los comportamientos lo que parece de mayor importancia es el régimen jurídico del acto, si bien tomando también en cuenta quién es el sujeto del que emana la disposición.

## VII. SITUACIONES JURIDICAS, PUBLICAS Y PRIVADAS.

Dentro del concepto genérico de situación jurídica algunos como Pugliatti incluyen todo resultado de una transformación jurídica, por ejemplo un estado matrimonial, una deuda, un derecho de propiedad.

Desde un punto de vista analítico Falzea ha observado que en las situaciones jurídicas encontramos siempre dos elementos: una valoración (que se manifiesta como juicio de posibilidad o de necesidad, esto es, como un "puede" o un "debe") y un comportamiento (sobre el cual se aplica la valoración). Así por ejemplo en la situación jurídica del deudor encontramos "deber pagar" (esto es, los dos elementos, el de valor y el de hecho; la valoración y la conducta valorada); igualmente en la situación jurídica del acreedor encontramos un "poder cobrar", en la del propietario un "poder vender" (entre otras cosas), entre las situaciones jurídicas del Estado está la de

"poder cobrar impuestos" y entre las del administrado "deber pagarlos".

A pesar de esta identidad estructural de orden teórico general, para cualquier persona resulta claro el carácter privado del "deber pagar un daño derivado de un accidente automovilístico", así como resulta patente el carácter público del "deber pagar

impuestos" o del "deber votar en las elecciones nacionales". A pesar de esta evidencia no hay unanimidad en la doctrina en cuanto al criterio utilizado, si bien en cuanto a las situaciones jurídicas los criterios que permiten iluminar mejor la distinción son el del régimen jurídico y el de los intereses en juego.

\*\*\*\*\*