CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año VII - No. 23 - Octubre, 1982

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.

LA PREJUDICIALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL COSTARRICENSE

Dr. Luis Gmo. Herrera C.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: Desde hace varios meses he venido estudiando el tema de la prejudicialidad o de las llamadas "cuestiones prejudiciales". El estudio realizado me ha resultado interesante, y por ello, he dispuesto escribirlo con el afán de aportar algunas ideas y provocar el interés de otros colegas que constantemente aportan valiosos análisis de diversos institutos del Derecho en general.

Al iniciar a investigar en las diversas leyes procedimentales, me he llevado la sorpresa, de que en nuestra legislación no existen reglas coherentes, lo que me ha obligado a poner más interés en el análisis (1). Queda a salvo en alguna medida, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en que se establecen algunas reglas más claras. En realidad, donde se manifiesta más la ausencia de sistematización, es en los Códigos de Trabajo, Procesal Civil y Procesal Penal.

El tema de la prejudicialidad, como luego lo vamos a corroborar, sigue siendo aun hoy día, objeto de profundas discusiones de parte de los juristas, sin que hasta la fecha, haya habido acuerdo sobre aspectos fundamentales de la misma. Efectivamente, tal es la complejidad, que la prejudicialidad, a la hora de ser estudiada, no puede ser separada de institutos como la jurisdicción —y lógicamente de la competencia—, la acción, el proceso y la cosa juzgada material (2). No es posible abarcar realmente con claridad el contenido de las llamadas cuestiones prejudiciales, sin antes no incorporar como objeto de estudio, lo que llamaría los institutos de la tríada del Derecho Procesal; me refiero, a la acción, al proceso y a la jurisdicción.

No pretendo yo, en este breve artículo dar las soluciones definitivas a los problemas que constantemente se presentan en torno a la prejudicialidad. Tan solo me motiva, el divulgar con intención polémica, algunas reflexiones en torno a las cuestiones prejudiciales, y así, con la participación de todos, enriquecer nuestra legislación procesal.

Al abordar este delicado tema, pretendo llegar a algunas conclusiones, que para mí son de especial importancia por la repercusión que tienen en la vida práctica, y que podría resumir, en el cuestionamiento de varios puntos, y que a saber son: ¿existe un único sistema o existen varios?; ¿están incluidas en el artículo 8 del C.P.P. las cuestiones prejudiciales?; admitiendo de antemano la necesidad de la regulación legal de la prejudicialidad, ¿se rompería la

---

(1) Sobre esta ausencia de regulación puede consultarse la obra del Dr. Enrique Castillo, "Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal", No. 308, p. 186.
La ausencia de normas precisas en lo que se refiere a la prejudicialidad, no es un mal exclusivo de nuestra legislación. También lo encontramos en otras legislaciones. Así por ejemplo, el Dr. Prieto Castro hace una crítica a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en Derecho Procesal Penal, Editorial Tecnos, Madrid, t. V, p. 47, y en "Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil", Madrid, 1950, vol. II, p. 539. Igualmente FLORIAN, hace otra crítica al Código Procesal Penal Italiano, en su obra "Elementos de Derecho Procesal Penal", Bosch Casa Editorial, p. 201.

(2) En este sentido, puede consultarse las conclusiones de Hugo Alsina, en su monografía, "Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil", EJEA, Bs. As. 1959, pd. 63 ss. Para otros autores, verbigracia, Carnelutti, la prejudicialidad no se da en la forma que nosotros la entendemos, es decir, como decisión previa por el órgano competente a quien conoce del objeto principal, sino, como una cuestión incidental. Así, habla de "incidentes prejudiciales", Sistema de Derecho Procesal Civil, UTEHA, B. Aires. 1944, t. IV, p. 161.

unidad jurisdiccional?; ¿cuáles son los criterios para identificar una cuestión verdaderamente prejudicial?; y finalmente, si aparte de las cuestiones prejudiciales, ¿existen otras cuestiones que también deben resolverse en el proceso, previo a la decisión del objeto principal?

2. ORIGEN DEL NOMBRE: Según algunos juristas, se da una cuestión prejudicial, cuando la misma debe ser resuelta antes de la cuestión principal, porque constituye una premisa o antecedente lógico de la sentencia (3). Esta concepción, bastante aceptada por la doctrina, se remonta al Derecho Romano, de donde proviene la regla de que el: "juez de la acción es el juez de la excepción" (4). Recordemos que en el período formulario, la fórmula era la que fijaba los límites de la competencia del juez, y en consecuencia éste, conocía de todos los puntos que tuviesen alguna relación con la demanda. Así, si el juez era competente para conocer la demanda, también lo era para conocer de las defensas que se opusieren a ella. Sin embargo, cuando surgía alguna cuestión diferente del objeto principal, el juez resolvía antes de éste (prejudicialidad), pudiéndose nuevamente discutir en otro juicio como objeto de una nueva demanda (5).

Del Derecho Romano pasó al Derecho Francés y posteriormente a otras legislaciones, produciéndose modificaciones sustanciales que prácticamente son las características propias que distinguen a la prejudicialidad en cada sistema. No pretendo continuar con el análisis histórico, por no ser realmente el objetivo de este estudio, por lo que, pasaré directamente a analizar los problemas prácticos que se derivan de la misma, y que, como lo expuse al principio, se resumían en algunas interrogantes que formulé (véase infra No. 1, p. 2).

3. DEFINICION: La definición de la prejudicialidad, no es posible desde un punto de vista absoluto. Las mismas discrepancias de los juristas impiden una conceptualización uniforme. Sin embargo, con fines puramente ilustrativos, me permitiré exponer algunas definiciones hechas por juristas reconocidos. La importancia que tal vez podría resultar de dichas definiciones, es que, cuando veamos los sistemas imperantes, podremos ubicar a los autores como defensores de uno u otro sistema, y, a la vez, tratar de ubicar a nuestra legislación.

Según Alsina, para que una cuestión tenga "característica prejudicial en sentido propio, debe fundarse en una relación sustancial independiente de la que motiva la litis y cuyo conocimiento corresponda, por disposición de la ley o por la naturaleza jurídica de la cuestión y en juicio autónomo, a otro tribunal, la decisión del cual debe influir con efectos de cosa juzgada en la resolución final a dictarse respecto de aquella" (6).

Para Florián, la prejudicialidad es siempre una cuestión de derecho cuya resolución se presenta como antecedente lógico y jurídico de la de derecho penal objeto del proceso y que versa sobre una relación jurídica de naturaleza particular controvertida (7).

Manzini al estudiar la prejudicialidad, lo hace, como uno de los efectos jurídico-procesales de la conexión material, subjetiva u objetiva, estimando que la misma consiste en la valoración de los hechos relativos a uno de los delitos conexos, en donde, las decisiones pueden afectar las acciones penales ejercidas con motivo de otros delitos (8).

Para el profesor Prieto Castro, la prejudicialidad se origina a causa de la existencia en determinado sistema jurídico de diversidad de órganos jurisdiccionales, en cometidos diferentes, de suerte que al surgir en un proceso penal una cuestión que sea necesario resolver para poder entrar en el conocimiento y decisión del caso debatido, y ocurre que esa cuestión no se halla asignada a las atribuciones del tribunal penal actuante, habrá de deter-

---

(3) ALSINA, Hugo, ob. cit., p. 201; Enrique Castillo, ob. cit., No. 304.

(4) ALSINA, Hugo, ob. cit., ps. 21 ss.; ARIAS RAMOS, Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, t. I, ps. 193 ss.; RENE FOIGNET, Manual elemental de Derecho Romano, Editorial Cajica Jr., México, 1948, ps. 255 ss.

(5) El tema de las defensas y excepciones es otro de los más interesantes del Derecho Procesal. Hugo Alsina le dedica un estudio bastante completo en su monografía "Defensas y excepciones", EJEA, Bs. Aires, 1958. Dice el autor, que a "diferencia de las defensas, que se fundan en la negación del derecho invocado en la demanda y que se incluye en la "intentio", las excepciones no desconocen el derecho del demandante, cuya demanda puede estar bien fundada, sino que se le oponen un hecho distinto suficiente para descartar sus efectos" (p. 19).

(6) ALSINA, Hugo, ob. cit., "Cuestiones. . .", p. 66.

(7) FLORIAN, ob. cit., p. 201.

(8) MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, EJEA, Bs. Aires, 1951, t. I. p. 307.

minarse por la ley el órgano que deba conocer de ella (9).

Miguel Fenech, también profesor español, dice que existe una cuestión prejudicial, "cuando en un proceso penal, además de la pretensión punitiva, se pretende la actuación de una pretensión no punitiva prejudicial a aquella, o cuando se interpone en el mismo para que se traslade su conocimiento a otro titular no penal del órgano jurisdiccional, suspendiéndose en tanto el proceso penal hasta la resolución de la prejudicial" (10).

4. NUESTRA OPINION: Como hemos podido darnos cuenta hasta este momento de la exposición, la prejudicialidad es un tema de difícil acceso, y lógicamente, difícil su definición. Sabemos, que la prejudicialidad está íntimamente ligada a la jurisdicción, al proceso y a la acción, y en alguna medida, a los efectos derivados de la cosa juzgada sustancial. Creo sin embargo, que en sentido estricto, solo podemos admitir la existencia de una cuestión prejudicial, cuando para la decisión de una relación sustancial llevada al proceso como objeto del mismo en virtud de la ley que distingue diversas materias, la misma debe suspenderse hasta tanto no se decida en el procedimiento respectivo el punto controvertido e influyente en aquella, por estar jurídicamente definido como objeto procesal diverso, cognoscible únicamente por los tribunales competentes.

Como veremos luego, la doctrina al referirse a la prejudicialidad, nos habla de varios sistemas, en atención a las varias posibilidades de existencia de una cuestión prejudicial. No obstante, es mi criterio, la prejudicialidad solo puede ser lo antes dicho. Las otras posibilidades o relaciones de diversos objetos, son tan solo de orden secundario, que no impiden en modo alguno el conocimiento de los tribunales competentes, aun cuando sobre ellas se hubiera hecho pronunciamiento en tribunales de diversa materia.

Para la admisibilidad de una cuestión prejudicial en el sentido dicho, solo puede serlo en virtud de ley expresa, por cuanto, sus efectos repercuten en cuestiones o aspectos esenciales, tales como la jurisdicción y la competencia, el proceso y la acción (11).

5. NATURALEZA: Debido a la complejidad de la prejudicialidad por la variedad de sistemas reconocidos por la doctrina y las diversas legislaciones extranjeras, se hace también difícil el explorar sobre naturaleza procesal o material.

Si acudiésemos a las propias leyes (materiales o procesales), éstas nos confundirían, debido a la diversidad de sistemas incorporados. Así por ejemplo, en el Código de Procedimientos Civiles encontramos las siguientes disposiciones: arts. 6, 7, 206, 207 y 239. En el C.P.P., los artículos 7, 8, 188, 198, 329 y 537; en la Ley Reguladora de la J.C.Ad., los artículos 4 y 5. Entre los Códigos de fondo, como es el C.P., los artículos 83, 150, 176 y 231. También en la L.O.P.J. existen algunos artículos que tienen alguna relación con el tema que tratamos, como son, los números 5, 158 y 173.

No obstante, que en los Códigos materiales encontramos algunas normas, estimo que la cuestión prejudicial es estrictamente de naturaleza procesal, por cuanto sus efectos inciden en forma directa sobre el desarrollo del proceso (suspensión) e impiden pronunciamiento sobre la acción. Por ello, ante la existencia de una cuestión prejudicial, la decisión de la relación sustancial (objeto principal) se suspende. En otras palabras, el juez no puede dictar sentencia, hasta tanto no recaiga sentencia definitiva —en sentido amplio— en el órgano legalmente competente para conocer de ese especial "objeto" —secundario— conexo al principal del otro proceso donde surgió, y con competencia diversa. El hecho de que el C.P. y el Civil contemplen algunas disposiciones aisladas sobre la prejudicialidad, no es suficiente para atribuirle naturaleza sustancial.

Pese a las anteriores palabras, se presenta un serio problema, muy difícil de solucionar, en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales no penales surgidas en el proceso penal (véase supra No. 9 a) p. 12 ss.), en especial, cuando la cuestión está expresamente definida en el tipo penal, como por ejemplo en el delito de quiebra fraudulenta (art.

---

(9) PRIETO CASTRO, ob. cit., p. 45, t. V.

(10) FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, Editorial Labor, Barcelona, 1952, t. I, ps. 555-556.

(11) No obstante, debemos admitir la posibilidad de acudir a las fuentes interpretativas, cuando la normativa es poco clara. Ocurre esto especialmente en los Códigos de Procedimientos Civil y Penal. Desgraciadamente, fuentes tan importantes como la jurisprudencia, han sido desafortunadas a la hora de delinear los aspectos prácticos más importantes de la prejudicialidad, de tal forma, que hay ausencia de uniformidad.

231 C.P.), que entre otras cosas dispone: ". . .al comerciante declarado en quiebra. . .". Lógicamente la declaratoria del estado de quiebra es un acto procesal típico del procedimiento de quiebra. En casos como éstos, surge la duda y la gran discusión de los juristas, sobre si dicha cuestión es una condición objetiva de punibilidad o un requisito de perseguibilidad o de la acción penal (12).

Es mi criterio, que cuando la condición se incluye en forma expresa en el tipo penal, jurídicamente es elevada al rango de condición objetiva de punibilidad, y, en consecuencia, para que el delito se configure plenamente, no solo es necesario la presencia de los elementos esenciales antijuricidad, culpabilidad y tipicidad, sino, de la condición objetiva de punibilidad.

Planteado lo anterior, debemos preguntarnos, si los órganos judiciales encargados de ejercer la acción penal pública, así como el órgano de la instrucción, deben obligatoriamente rechazar o solicitar el archivo del sumario de prevención conforme al art. 188 del C.P.P., si falta una condición objetiva de punibilidad. Es necesario también preguntarse, si admitida la denuncia e iniciada la instrucción, sin la previa declaratoria de la quiebra por el órgano civil competente, ¿las partes podrían invocar la excepción de falta de acción, por no haberse podido promover legalmente?

El caso particular de la quiebra fraudulenta, me hace concluir, en el sentido de que la declaratoria previa del tal estado ante el órgano civil, tiene una doble naturaleza: por un lado, es una condición objetiva de punibilidad, de tal forma que forma parte de la estructura jurídica del delito; y por otro, repercute en forma directa y esencial sobre la acción penal, de tal forma que, la acción se hace inadmisible ante su ausencia, y en consecuencia, sí podría el Ministerio Público pedir que se desestime la denuncia (en delitos de instrucción formal) o bien, requerido el Juez instructor, rechazar éste el Requerimiento. Igualmente, si dichos funcionarios no percibieron la ausencia de tal condición, las partes podrían hacerlo valer por vía de excepción (13).

Al estar analizando algunos aspectos relacionados con la naturaleza de la prejudicialidad, no he entrado al análisis del objeto procesal propio de cada proceso, pues, es un tema sumamente amplio e imposible de abarcar en este breve estudio. Sí queda entendido que la cuestión prejudicial, al plantearse frente a un proceso de diversa naturaleza, al que se suscita, vendría a constituirse en objeto principal, con la adecuación necesaria de la jurisdicción, la acción y el proceso. Al contrario y en otras palabras, cuando en un proceso determinado, civil por ejemplo, se suscita una cuestión prejudicial de diferente materia (penal) y que no forma parte lógicamente del objeto principal de cognición, se produce una especie de desadecuación entre el objeto propio del proceso y la competencia, lo que, hace del tribunal donde se planteó, incompetente para decidirla (14).

6. SISTEMAS PREJUDICIALES: En páginas anteriores, dije, que la cuestión prejudicial es aquella que en forma definitiva impide a un juez dictar sentencia, hasta tanto otro, de diferente competencia, se pronuncie sobre una cuestión surgida ante aquél, y que afecta en forma notoria y esencial el objeto procesal de conocimiento del juicio principal (véase infra No. 4, ps. 4 y 5). Sin embargo, en la doctrina se han reconocido varios sistemas, para aceptar por decirlo así, varios grados de prejudicialidad. Haremos una breve referencia a cada uno de ellos.

a. SISTEMA DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL: Se fundamenta este sistema en el conocido principio romano, de que el juez de la acción lo es

---

(12) El ilustre penalista español, Cuello Calón, refiriéndose al artículo 520 del C.P. de su país, nos dice, que la declaratoria de quiebra es una condición obtativa de punibilidad (Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1968, t. I., ps. 594). Pese a este criterio, en una sentencia del Tribunal Supremo español de 13 de noviembre de 1958, se dice que es una condición de procedibilidad, y eventualmente de punibilidad (Código Penal con Jurisprudencia y Concordancias, C. RODRIGUEZ MOURULLO y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1976, ps. 431.
También puede consultarse Ernst Beling, Derecho Procesal Penal, trad. Miguel Fenech, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1943, ps., 61 ss.; SEBASTIAN SOLER, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Argentina, Bs. Aires, 1976, t. II, ps. 195 ss.

(13) En estas hipótesis, me refiero exclusivamente al acto procesal de declaratoria de quiebra a que hace referencia el art. 231 del C.P. en relación con los arts. 851 ss. del Código de Comercio. En lo que se refiere a otros puntos, aun cuando sean controvertidos, no entran dentro de esta categoría. Así, por ejemplo, la determinación de la condición de comerciante, no es una cuestión previa al proceso penal.

(14) El caso que nos ilustra más esta situación, es la falsedad de documento que ha servido de base a la ejecución; en donde la acusación, o mejor dicho, la admisión del requerimiento de instrucción formal, suspende el proceso civil hasta tanto no haya pronunciamiento en el juicio penal (arts. 206 y 207 del C.P.C.). Sobre este caso en particular sí existe abundante doctrina y jurisprudencia, que luego expondremos (véase supra d') p. 17).

también de la excepción (véase infra No. 2, ps. 2 y 3). Así, el juez civil o penal, pueden pronunciarse sobre cuestiones que surgen en su conocimiento para el solo efecto de decidir la cuestión principal ("inter tantum"), sin que los alcance la autoridad de la cosa juzgada. Este sistema se sigue en Alemania y en Austria (15).

b. SISTEMA DE LA PREJUDICIALIDAD ABSOLUTA: Según este sistema, el juez civil no podría pronunciarse sobre ninguna cuestión prejudicial mientras no haya sentencia con efecto de cosa juzgada del juez competente para conocer de dicha cuestión. Sin embargo, el juez penal sí tendría la posibilidad de pronunciarse sobre otras cuestiones, que como la civil sean necesarias para la decisión del asunto penal. Se funda este sistema en la prevalencia de la jurisdicción penal sobre las demás, y sobre todo, en criterios de orden público que laten en el seno del Derecho Penal, debido a los intereses tan especiales que protege, por lo que, debe evitarse al máximo la dilatación de los procesos (16).

Este sistema tiene el inconveniente de que, da preferencia únicamente a la jurisdicción penal, excluyendo otros de diversa naturaleza, como son los civiles, laborales y contenciosos administrativos, lo que generaría cierta incertidumbre entre los ciudadanos, pues, el juez decidiría sobre cuestiones que están reservadas en forma exclusiva a otros tribunales; tal es el caso del estado civil de las personas, la nulidad del matrimonio, la declaratoria de quiebra, etc. (17).

c. SISTEMA MIXTO O DE LA PREJUDICIALIDAD RELATIVA: En este sistema tanto el juez civil como el penal pueden pronunciarse sobre cuestiones de diversa competencia, al solo efecto de hacerlo prejudicialmente, pero sin que el pronunciamiento que se refiere a esas cuestiones adquiera autoridad de cosa juzgada material. Esto significa que pese a la decisión en otros tribunales, tales cuestiones pueden ser examinadas nuevamente con tal carácter en el proceso respectivo, donde sí se produce la verdadera adecuación entre la competencia, la acción y el proceso. Solo se admite la posibilidad de suspender el proceso, cuando la ley en forma expresa así lo disponga. Este es uno de los sistemas que se siguen en nuestro país, en Francia y en la mayoría de los países latinoamericanos (18).

7. OTRAS CLASIFICACIONES: También se habla en la doctrina de cuestiones prejudiciales obligatorias y facultativas, devolutivas (que incluye las absolutas y las relativas), no devolutivas. Estas últimas son aquellas, en que el juez puede, a los efectos de decidir sobre el objeto principal de la acusación, pronunciarse sobre ellas, es decir, sobre cuestiones que son de conocimiento de otra jurisdicción; se trata de una decisión "incidenter tantum", sea, al solo efecto del pronunciamiento penal, sin que aquellas adquieran autoridad de cosa juzgada (19).

Las llamadas cuestiones prejudiciales devolutivas absolutas, vienen a ser aquellas que suscitándose en un proceso penal, éste debe suspenderse hasta tanto el tribunal competente se pronuncie (20). También se habla de devolutivas relativas, cuando resultando la cuestión prejudicial (excluyendo las absolutas en sentido estricto), el juez suspende el proceso para que la parte interesada la promueva o gestione ante el tribunal competente, concediéndo-

---

(15) Así, Beling, refiriéndose al objeto del proceso penal, dice que "El Tribunal puede ocuparse de asuntos que ni se refieran al proceso ni constituyan el objeto procesal. Sin embargo, son asuntos que hay que resolver, puesto que se encuentran en una relación lógico-prejudicial con el objeto procesal mismo. Su comprobación representa en el razonamiento encaminado hacia la decisión sobre el fondo una fase de tránsito" (ob. cit. p. 79). El autor alemán considera que se produce una especie de extensión del objeto del proceso penal, y que va más allá de la esfera criminal. ". . .se apoya en la idea de que estos asuntos complementarios están tan cercanos al Derecho Penal, que pueden resolverse fácilmente al mismo tiempo que el asunto principal, mientras que un procedimiento especial y separado constituirían una complicación inútil" (ib. p. 81).

(16) Sobre estos aspectos puede consultarse Hugo Alsina, Cuestiones. . ., ob. cit. p. 72; CASTILLO BARRANTES, Enrique, ob. cit. ps. 44 ss.

(17) Véase la exposición del Dr. Castillo Barrantes, parágrafo 313. En el Código de Enjuiciamiento Criminal de Venezuela, se contempla la posibilidad de que el juez penal se pronuncie sobre cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, ". . .que resulten de los hechos perseguidos, con el solo efecto de determinar si el procesado ha incurrido o no en el delito o falta, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación" (art. 8 inc. 1). No obstante esta disposición, se contempla una excepción, al decirse, que "La regla anterior no es aplicable si la cuestión prejudicial se refiere a una controversia sobre el estado civil de las personas, seriamente fundada a juicio del Tribunal. . ." (art. ibd. párrafo 2).

(18) CASTILLO BARRANTES, E., ob. cit., parágrafos 306 y ss.

(19) Es el sistema que se adopta en el art. 9 de la Ley de Enj. Criminal de España.

(20) La Ley de Enj. Cr. española considera absolutas las que se refieren a la validez del matrimonio y al estado civil (arts. 468 y 469).

dose en tal caso, un plazo; en el evento de inactividad del interesado o vencimiento del plazo, el juez penal podría pronunciarse sobre dichas cuestiones (21).

8. CRITERIOS PRINCIPALES QUE SE UTILIZAN EN CADA SISTEMA: Hemos visto, que en la doctrina y en las diversas legislaciones extranjeras se reconocen varios sistemas, en donde, a cada uno corresponden efectos diferentes. Normalmente se ubican dos posiciones bien diferenciadas: una que responde a criterios absolutos y que rompe con el principio de la unidad jurisdiccional —entendiendo por ésta, como la potestad constitucional de administrar justicia—, en virtud de la cual, ciertas cuestiones solamente pueden ser conocidas y decididas por el órgano competente, como por ejemplo, lo que se refiere a la validez del matrimonio, o a la pérdida y suspensión del estado civil. El otro sistema, completamente opuesto, recurre a criterios relativistas, y tomando en consideración la unidad jurisdiccional, por cuanto, le es permitido a un juez pronunciarse sobre diversas cuestiones de diferente naturaleza jurídica, al solo efecto de poder decidir sobre el objeto principal, y sin que tal pronunciamiento, sobre las cuestiones prejudiciales (secundarias), adquiera autoridad de cosa juzgada sustancial.

No obstante esos dos criterios opuestos, se admiten otros: así, verbigracia, en el anteproyecto de reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, llamado "Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil", se admite la prejudicialidad penal en los siguientes casos:

a) Suspensión del proceso civil, si resultare un hecho que revista apariencias de delito o estafa y sea perseguible de oficio y "pueda tener influencia notoria en la decisión del asunto civil";

b) Cuando se haya promovido causa penal sobre el asunto que conoce el tribunal civil; y

c) En la prejudicialidad civil y administrativa, la suspensión procede solo a instancia de parte y cuando hubiere acuerdo entre ellas (22).

En realidad, el elemento que nos permite distinguir cuando se está en presencia de una cuestión prejudicial, es cuando la propia ley en forma clara y expresa dispone cuáles son las "cuestiones" que deben ser resueltas por otros tribunales a los cuales se les ha asignado la competencia, según la regulación por la materia (23). A cada objeto procesal corresponde un proceso determinado; en consecuencia, si el mismo resulta limitado por la propia ley, lógicamente la limitación es una exclusión (jurisdiccional) de carácter legal. No podríamos admitir la prejudicialidad con base a interpretaciones o por convención de las partes, por cuanto, la adecuación competencia-proceso y acción, es producto del orden jurídico, y de admitirse tal posibilidad, se crearía una incertidumbre entre los ciudadanos, que a la postre se convertiría en una imposibilidad de utilizar los derechos procesales otorgados en cada proceso.

Pese a la preferencia que doy al criterio absoluto para la admisión de la prejudicialidad, se pueden presentar algunos casos en la práctica, en donde el juez debe necesariamente pronunciarse sobre una cuestión que está íntima y esencialmente ligada al objeto principal, y exista ausencia de normas (véase supra ps. 14 ss.).

9. QUE SISTEMA SE SIGUE EN NUESTRA LEGISLACION: Al exponer tan solo tres de los sistemas que se adoptan en torno a la prejudicialidad, lo he hecho con el objeto de simplificar la exposición. Sin embargo, lo importante de todo, es que al adoptarse uno de ellos en cada legislación, las reglas difieren en cuanto a la efectividad de la prejudicialidad. Por ello, los efectos difieren sustancialmente según la materia de que se trate (D. Civil, D. Penal, D. Procesal Penal, etc.) (24).

---

(21) PRIETO CASTRO, ob. cit., t. V, p. 48.

(22) PROFESORES DE DERECHO PROCESAL CIVIL de España, Madrid, 1972 t. I, ps. 213 a 215.

(23) Por ello la importancia de delimitar el objeto procesal, lo que significa, fijar los límites de cada competencia. Cada objeto procesal responde a normas jurídicas que lo regulan: así, las cuestiones o controversias civiles corresponden al Derecho Privado; los hechos definidos como punibles porque se incluyen en el Código Penal o leyes especiales; los conflictos obrero-patronales así como los colectivos, al Derecho del Trabajo; etc. (véase JAIME GUASP, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1968, t. I, ps. 108 a 111).

(24) Algunos autores, entre los que destacan el jurista italiano Manzini, al hablar de la prejudicialidad, hablan de "prejudicialidad entre materias jurídicamente diferentes", en donde se analizan por separado las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil, administrativo o disciplinario; cuestiones prejudiciales no penales en el proceso penal; cuestiones prejudiciales no penales ya decididas; y cuestiones prejudiciales no penales controvertidas (ob. cit., t. I, p. 341 ss.).

Como lo dije en una oportunidad, no existe en nuestro ordenamiento un único sistema aplicable a las diversas ramas del Derecho; así como, falta una regulación técnica de los diversos sistemas que individualmente se han adoptado en cada campo. Debido a esta ausencia de normas, la jurisprudencia ha tenido que llenar esos vacíos; pero, desgraciadamente lo ha hecho en forma desafortunada. En forma muy breve vamos a examinar la normativa que corresponde a las cuatro competencias conocidas: Derecho penal, derecho civil (procesal), derecho laboral y derecho administrativo.

a. CUESTIONES PREJUDICIALES NO PENALES EN EL PROCESO PENAL: En el C.P.P. vigente no encontramos un sistema desarrollado procesalmente. El único artículo relacionado con nuestro tema es el No. 8, en virtud del cual se incorpora nominalmente el sistema de la unidad jurisdiccional (véase infra No. 6 a) p. 10), y que se basa en la máxima del derecho romano, de que el juez de la acción, lo es también de la excepción.

En dicha norma, se confiere competencia al tribunal penal para resolver todas las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en relación con el objeto principal de la acusación (o requerimiento de elevación a juicio), cuando su conocimiento y decisión sea esencial para la resolución de la litis. Esta es la regla general adoptada bajo el nombre de "órbita jurisdiccional".

No obstante la vigencia de dicha regla, la órbita de conocimiento del juez penal sufre algunas limitaciones (excepciones) en virtud de disposición expresa de las leyes penales. En el caso de la difamación y la injuria, el proceso penal debe suspenderse: "si el hecho imputado es objeto de un proceso pendiente", en cuyo caso, el juicio por calumnia o difamación calumniosa quedará suspendido hasta que en aquél se dicte sentencia, la cual hará cosa juzgada acerca de la existencia o inexistencia del hecho (art. 150 C.P.). Esta excepción o limitación a la órbita jurisdiccional, no es una cuestión no penal, sino que es de esta materia y dentro del proceso penal. Tal vez un ejemplo nos sirva para ilustrar mejor. Si *A* acusa a *B*, por cuanto éste le atribuyó la comisión del delito de robo, y en otro tribunal se investiga la existencia de este delito y la participación de *A*, el juez que conoce de la querella por calumnia, debe suspender el procedimiento hasta que recaiga sentencia firme en el proceso por robo. Si en éste, se condena a *A* como autor del delito de robo, o eventualmente de otro al variarse la calificación, el proceso por calumnias no prosperará probablemente; y a la inversa, si *A* resulta absuelto, es probable que *B* salga condenado por el delito de CALUMNIA.

Otra de las excepciones o limitaciones a la "órbita jurisdiccional" es en lo que se refiere al delito de quiebra culposa o fraudulenta y en la connivencia maliciosa. En todos estos casos, debe existir previamente al proceso penal el acto jurídico-procesal dictado por el juez civil, de declarar el estado de quiebra o insolvencia (véase infra No. 5, ps. 6 y 7).

Al parecer nuestro legislador no previó los graves problemas que se podrían presentar al surgir una cuestión prejudicial. Tan solo reguló el efecto suspensivo en el proceso penal, en el caso del delito de calumnia y difamación calumniosa. En el caso de la quiebra e insolvencia culposa, el matrimonio ilegal (art. 176 C.P.) y suposición, supresión o alteración del estado (art. 182) e incumplimiento de los deberes alimentarios, no se dijo nada al respecto, por lo que surgen serias dudas: ¿es necesario para abrir el proceso penal por cualquiera de estos dos delitos, la declaratoria previa en la vía civil, de la invalidez del matrimonio o del acta respectiva en el Registro Civil? En caso de contestarse negativamente lo anterior, debo preguntarme si ¿tal declaratoria puede hacerla el juez penal, y si tal pronunciamiento adquiere autoridad de cosa juzgada material con respecto al derecho civil? ¿Podría el ofendido intentar mediante el ejercicio de la acción civil resarcitoria, solicitar la declaratoria de invalidez del segundo matrimonio o del acta del Registro, y a su vez el juez penal pronunciarse legalmente?¿Qué ocurriría, si iniciado un proceso penal por el delito de matrimonio ilegal (verbigracia, bigamia), *A* resulta condenado por haber contraído un segundo matrimonio, y resulta que el primero estaba viciado de nulidad absoluta o era inexistente jurídicamente? El problema no es sencillo, y trataré de analizar por separado ambos casos.

a'. MATRIMONIO ILEGAL: Al examinar la doctrina, hemos observado, que en lo que se refiere a la invalidez del matrimonio (véase infra nota No. 17, p. 9), se reconoce la existencia de una cuestión prejudicial (25). Estas opiniones resultan acepta-

(25) CASTILLO BARRANTES, E., ob. cit., p. 313.

bles por cuanto tratándose de objetos completamente diferentes e incompatibles, no es admisible su cognición por un órgano jurisdiccional de diferente materia. Por ello, considero, al igual que mi colega Castillo Barrantes, que admitir lo contrario sería conducir a prácticas perniciosas.

Efectivamente, en el caso del delito de bigamia, que es el más conocido (26), el juez penal no puede dictar sentencia, hasta tanto, un juez civil no se pronuncie sobre la validez de ambos matrimonios. Tal declaratoria debe hacerse en juicio ordinario, y el juez penal no podría pronunciarse sobre estos extremos. La decisión del juez civil adquiere autoridad de cosa juzgada material y el juez penal debe respetarlo, pues, se trata de objetos fuera de su órbita jurisdiccional (arts. 722 C.C., 1 y 16 del C.P.; 1 y 8 del C.P.P. y Ley No. 5711 de 27 de junio de 1975).

Al omitir nuestra legislación penal reglas concretas, deben nuestros altos tribunales llenar esas lagunas, pero, como lo he dicho, lo han hecho en forma desarticulada. Admitiendo entonces la prejudicialidad en estos casos, debemos entender que, el juez penal debe suspender el procedimiento o rechazar cualquier requerimiento, hasta tanto no se decida por el juez civil, lo relacionado con la validez del matrimonio, pues de no hacerse, se cometerían gravísimas injusticias y existiría la posibilidad de fallos contradictorios, entre el dictado por el juez penal y por el juez civil.

b'. SUPOSICION, SUPRESION Y ALTERACION DE ESTADO (art. 182 C.P.): Todo lo relacionado con la validez de las actas del Registro Civil referentes al estado civil de las personas, es competencia exclusiva de los tribunales civiles, (y de familia en su caso) por tratarse de una materia, fuera del derecho penal; es decir, regulado por normas civiles y del Código de Familia y otras afines. Al igual que lo expuse anteriormente, el juez penal no puede pronunciarse sobre este delito, si está de por medio la validez de una acta del Registro Civil, extremo que debe ser declarado por un tribunal civil. Se trata aquí, de una cuestión prejudicial civil en el proceso penal, en donde éste, debe ser suspendido hasta tanto no se pronuncie aquél. Sin embargo, puede presentarse una situación diferente, en donde, la prejudicialidad es penal con respecto a la civil, (lo que luego veremos). Se trata de aquellos casos, en que discutiéndose en la vía civil la validez o invalidez de una acta, por inscribirse a una persona inexistente (art. 182 C.P. inc. 1); o por suprimir o alterar el estado civil de una persona, se promueve causa penal para declarar la falsedad del documento a que se refiere el juicio civil. En tal evento, es indiscutible, que la causa civil debe suspenderse, hasta tanto no recaiga fallo penal declarando la falsedad del documento (arts. 206 y 207 del C.P.C.).

c'. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES ALIMENTARIOS (art. 185 C.P.): Al igual que el Dr. Castillo Barrantes (27), estimo que en tratándose de este delito, se produce la prejudicialidad civil con respecto al juicio penal. De acuerdo con el art. 185 del C.P. incurre en este delito el padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años, que deliberadamente omitiere dar alimentos al prestatario de la obligación, aunque mediare o no una sentencia civil. En estas hipótesis, queda claro, que el tribunal penal sí está autorizado a fallar penalmente, aun cuando con posterioridad, se llegare a demostrar en juicio civil, que tal obligación no era legalmente exigible. Este rompimiento de la prejudicialidad, podría eventualmente traer graves consecuencias, como sería la existencia de fallos contradictorios.

En cambio, en el párrafo 2 del art. en estudio, no cabe la menor duda, de que sí se debe admitir la prejudicialidad civil, por cuanto, el fallo a dictar en la vía civil, adquiere autoridad de cosa juzgada absoluta y para todas las competencias. Se trata de objetos específicamente asignados al conocimiento del juez civil y en consecuencia fuera del conocimiento del juez penal. Así, por ejemplo, si se inicia proceso penal contra *A* (hijo) por no dar alimentos a *B,* supuestamente su padre; y posteriormente *A* presenta juicio ordinario impugnando la paternidad, es lógico, que el proceso penal debe suspenderse. Si en este proceso *A* demuestra y obtiene pronunciamiento firme a su favor, es lógico, que legalmente no estaba obligado a dar alimentos a *B,* y en consecuencia, no se ha configurado el delito del art. 185, debiendo el juez penal dictar un sobreseimiento total conforme al art. 320 inc. 2 del C.P.P.

---

(26) De acuerdo con la denominación del hecho punible en estudio "matrimonios ilegales" cabe la posibilidad de otras acciones diferentes, como es cuando entre dos hermanos consanguíneos se celebra matrimonio conociendo los contrayentes el impedimento, o entre ascendentes, etc. (art. 14 del Código de Familia).

(27) CASTILLO BARRANTES, ob. cit., parágrafos 311 a 313.

d'. CUANDO LA CUESTION PREJUDICIAL FORMA PARTE DE LA DEMANDA CIVIL RESARCITORIA: De acuerdo con el artículo 9 del C.P.P., la acción civil resarcitoria puede ser promovida por el ofendido o víctimas del delito, para la "restitución del objeto materia del hecho punible, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el mismo". Este es el objeto concreto de una demanda civil resarcitoria, y a ésta debe limitarse la decisión del juez. Cualquier otra pretensión diferente, aun cuando tenga relación con el hecho punible, no puede ser parte de la demanda civil resarcitoria. Por ello, cuando, se intentare por medio de la acción civil resarcitoria obtener la declaratoria del juez penal sobre la validez del matrimonio, validez de actas del Registro Civil o cuestiones sobre la paternidad o afiliación, deben ser rechazadas desde el inicio ("ad portas").

En los tres casos expuestos (a, b y c), si bien la ley penal no hace la exclusión en forma expresa con los efectos suspensivos del proceso penal, lo cierto es que, debe admitirse la prejudicialidad en virtud de otras leyes de diversa materia, que sirven de fundamento a los criterios expuestos, y en especial, por la incompatibilidad absoluta de los objetos de cada proceso. En todos los demás casos, si no hay ley expresa que declare la existencia de una cuestión prejudicial, no debe admitirse, y en consecuencia, entra dentro de la llamada "órbita jurisdiccional" del juez penal.

b. CUESTIONES PREJUDICIALES PENALES EN LOS PROCESOS CIVIL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LABORAL: Hemos visto atrás, las cuestiones prejudiciales no penales que surgen en el proceso penal, y los efectos suspensivos que surten sobre éste, así, como la vigencia de la autoridad de la cosa juzgada material de los pronunciamientos que sobre tales aspectos emitan los jueces de la materia. Ahora, vamos a examinar las cuestiones penales prejudiciales que se suscitan a veces en los juicios de otras materias, tales como en el civil, laboral y contencioso-administrativo. Por separado estudiaremos cada caso.

a') EN EL JUICIO CIVIL: En la legislación civil (tanto material como procesal), no encontramos una normativa clara y organizada. Lo único que encontramos en el C.P.C., son los artículos 206 y 207, incluidos en el capítulo del juicio ordinario, que hacen referencia específica a la falsificación de documentos promovida para suspender el juicio (ordinario), cuando tal documento sea esencial para la decisión de éste. Por jurisprudencia, se ha extendido la aplicación a otros juicios, fundamentalmente al ejecutivo. En cuanto a éste, nuestra jurisprudencia ha dado algunos pasos, tratando de definir los alcances y los efectos de la prejudicialidad penal. Así, se ha dicho, que la oportunidad para hacer valer la cuestión penal en el juicio civil, lo es, hasta tanto no se haya dictado la sentencia definitiva (28); que tal cuestión se refiere exclusivamente a la falsedad del documento y no a otro tipo de delitos como la supresión o alteración del estado civil (29); o cuando se trata del delito de fraude de simulación del documento (30); en cuanto a que para ser admitida la cuestión en el juicio civil se debe presentar certificación del auto de avocamiento (31).

Recordemos, y siempre hay que tenerlo presente, que doctrinalmente se admite casi en forma unánime, la preferencia o predominio de la competencia penal sobre la civil, y en ese sentido, hay que concluir que en la vía civil no se pueden conocer cuestiones prejudiciales, que jurídicamente sean definidas como hechos punibles, pues, tratándose la acción penal de una acción indisponible e improrrogable, solo podrán los jueces penales conocer de los mismos (arts. 1, 2, 11, y 16 del C.P.; 1 y 13 del C.P.P.; Ley No. 5711; 193 ss. de la L.O.P. y 35 y 153 de la Const. Pol.). La única excepción a lo antes dicho, es la prevista en el art. 207 del C.P.C.

Esa excepción, no significa una transmisión de la potestad jurisdiccional ni una prórroga de la competencia penal. Se trata de autorizar al juez civil, para pronunciarse en dos casos concretos, en que, queda inhabilitada la justicia penal para la cognición y decisión del hecho, debido a la rela-

---

(28) Sent. No. 1711 de 8:30 hrs. del 7 de octubre de 1976 del Tribunal Superior de Alajuela.

(29) Sent. No. 336 de 14:20 hrs. del 5 de octubre de 1975 del Tribunal Superior Civil. El criterio sostenido en esta sentencia no lo comparto, por las razones antes indicadas, al examinar tres casos, entre los que se incluyen la supresión o alteración del estado civil, como constitutivos de una cuestión prejudicial (véase infra b') ps. 14 y 15).

(30) Sent. No. 906 de 9:30 hrs. del 20 oct. 1975, Trib. Superior Civil.

(31) Sent. No. 709 de 13:30 hrs. del 20 de agosto de 1976 del Trib. Sup. Civil.

ción esencial que tiene el hecho (punible) con el objeto del juicio civil. Desde luego que el pronunciamiento del juez civil es tan restringido, que no puede alcanzar la fijación de pena alguna, y por lo tanto, no podrá tampoco adquirir autoridad de cosa juzgada con respeto a lo penal (art. 725 C.C.).

De lo examinado hasta el momento, en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil, debemos concluir, que se sigue el sistema de la prejudicialidad absoluta (véase infra b) pág. 8), en cuanto se admite la preferencia o superioridad, por decirlo de alguna manera, de la competencia penal.

b') EN EL JUICIO LABORAL: Al igual que sucede en la competencia penal, que prevalece sobre la civil, también se admite por nuestro ordenamiento y por los criterios de nuestros tribunales, que la competencia laboral es completamente autónoma e independiente para la cognición y decisión de las controversias surgidas en las relaciones obrero-patronales, así como de los conflictos colectivos (art. 395 C.T.). Así, si en un tribunal se dictare una sentencia que libera de responsabilidad penal al trabajador despedido por ese hecho, "ello no obsta para que en lo laboral la calificación de los hechos tenga otro derrotero, pues el derecho del trabajo es autónomo y por tanto no está sujeto o depende de las demás disposiciones jurídicas (32). La autonomía de la competencia laboral ha sido constantemente la nota característica, lo que resulta de la naturaleza tan especial del derecho del trabajo, en atención a los intereses que se protegen. El proceso penal no afecta en nada el desarrollo de las relaciones laborales, a tal punto, que puede eventualmente haber contradicción entre lo resuelto por el juez de trabajo y por el juez penal, pero que en todo caso, para los efectos de la cosa juzgada material, los mismos no son absolutos, es decir, eficaces en cualquier competencia. Así, el pronunciamiento emitido por el juez de trabajo, teniendo por cierto la sustracción de materiales del centro de trabajo, no adquiera la autoridad de la cosa juzgada ante un tribunal penal, por lo que éste, puede dictar sentencia absolutoria a favor del trabajador despedido.

De lo expuesto, queda claro que tanto la competencia penal como la laboral, son las dos reconocidamente más autónomas; pero que, en todo caso, sigue siendo la penal la absoluta y general de las demás.

De lo expuesto, hay que concluir, que en lo que se refiere a la competencia laboral, y las cuestiones prejudiciales que puedan suscitarse, se sigue el sistema mixto (véase infra No. 6, d) pág. 9).

c') EN EL JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: De los artículos 49 de la Const. Pol. y 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción C.A. se desprende cuáles son las pretensiones que pueden ser llevadas al conocimiento y de decisión de los jueces de esa materia, o sea, aquellas ". . .que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo". También corresponde a esta competencia, los objetos definidos en el art. 2 de dicha Ley.

El art. 4 de la Ley R.J.C.A. es el más importante a mi entender en lo que se refiere a la prejudicialidad. De la competencia de los jueces contencioso-administrativos, quedan excluidas de manera expresa las cuestiones penales, laborales e internacionales. Esto me hace pensar que en esta disposición se introduce el sistema llamado de la prejudicialidad absoluta (véase infra No. 6, b) ps. 8 y 9). Sin embargo, en el artículo siguiente, se establecen reglas configurativas del sistema de la prejudicialidad mixta o relativa (véase infra 6 d) p. 9), en cuanto autoriza la extensión de la potestad jurisdiccional para conocer y decidir las "cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes a la materia, directamente relacionadas con un juicio contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal". Lógicamente, que el juez contencioso-administrativo al conocer de alguna de estas cuestiones prejudiciales (laborales, civiles) y pronunciarse en sentencia sobre ellas, lo hace al solo efecto de decidir el objeto principal de la demanda, de tal forma que, tales pronunciamientos no adquieren autoridad de cosa juzgada material en las competencias respectivas, donde nuevamente pueden ser sometidas al conocimiento y decisión del juez de la materia, como objeto principal.

De ambas normas comentadas, artículos 4 y 5, encuentro que existe una contradicción, en lo que se refiere a la prejudicialidad laboral. Mientras en el inciso a) del primero se excluye de forma abso-

---

(32) Sent. No. 1103 de 8:35 hrs. del 20 de marzo de 1979 del Tribunal Superior de Trabajo. Igualmente en lo que se refiere al reconocimiento de la autonomía del derecho laboral, las sentencias números 3810 de 8:10 hrs. del 3 de octubre de 1975 del mismo Tribunal, y 1751 de 9:10 hrs. del 14 de octubre de 1976 del Trib. Superior de Alajuela.

luta el conocimiento de cuestiones que corresponden a la "jurisdicción de trabajo", en el 1o. del artículo 5, se deja abierta la posibilidad de conocer cuestiones laborales directamente relacionadas con el objeto principal del proceso contencioso-administrativo. Probablemente, esta contradicción, es lo que ha provocado el cauteloso criterio de nuestros tribunales, de no admitir en la vía contencioso-administrativa algunas pretensiones que están íntimamente relacionadas a aspectos laborales, máxime cuando en nuestro ordenamiento no está bien claro aun, la "publicización" del régimen de empleo de la Administración Pública que algunos defienden, por cuanto coexiste la legislación laboral (arts. 1, 2 y 14 del Código de Trabajo). Sin embargo, como ya lo he expresado en un reciente trabajo (33), tales criterios son infundados, por cuanto las pretensiones a solicitar en una y otra vía, son bien diferentes y jurídicamente delimitables. Así por ejemplo, ante un despido en cualquier institución pública, el trabajador afectado goza de dos opciones: a) formular demanda laboral solicitando el pago de las indemnizaciones reconocidas en el Código de Trabajo o leyes especiales laborales (34) demostrando la inexistencia de la causal de despido; o bien, solicitar la reinstalación cuando una ley (o convención colectiva) expresamente lo autoriza; o b) presentar demanda contencioso-administrativa, solicitando la nulidad del despido por estar afectado de vicios de ilegalidad o por falta de oportunidad, y la reinstalación al puesto con el pago de todos los salarios caídos (35). Lógicamente, que al decretarse la nulidad del despido, ya sea por vicios en cuanto al procedimiento como en cuanto al fondo, el efecto jurídico que se deriva, es el restablecimiento al estado anterior al acto anulado, sea, la reinstalación con el reconocimiento de todos los salarios caídos que el funcionario dejó de percibir durante el período que va entre la fecha en que dejó de laborar, hasta el día en que efectivamente se reinstale.

10. CUESTIONES CUASIPREJUDICIALES: (36) Existen muchas "cuestiones" o puntos jurídicos controvertidos, que tienen íntima relación con el objeto principal, pero, que por no ser relaciones jurídicas, las llamaré cuasiprejudiciales. Estas pueden ser de diversa materia al juicio donde se suscitan (heterogéneas) o bien de la misma materia (homogéneas), y deben ser resueltas por el mismo juez que conoce del objeto principal, no siendo indispensable la remisión a otro juez competente por la rama del Derecho de que se trata.

a) CUESTIONES CUASIPREJUDICIALES HETEROGENEAS: Efectivamente, tales cuestiones donde se presentan con más regularidad es en el ámbito del Derecho Penal, por cuanto al definir el legislador las diversas figuras delictivas con sus muchos elementos (objetivos y subjetivos), recurre a otros conceptos jurídicos, sin definirlos, y dejando la determinación de su alcance al juez, mediante la aplicación de las leyes de diversa materia que hacen referencia a ellos, o bien, en el último de los casos, recurriendo a los métodos interpretativos. Esto ocurre con mayor regularidad en el grupo de los delitos contra la propiedad, donde se utilizan conceptos del Derecho privado, tales como "propiedad ajena", "bienes", "daños y perjuicios", etc. En otros delitos como el homicidio calificado se usan conceptos como "manceba o concubinario"; en la violación de domicilio "domicilio"; en el estelionato "bien litigioso", "obligación"; en la quiebra e insolvencia fraudulentas, "comerciante", etc. etc.

Todas esas cuestiones tienen que ser resueltas por el propio juez penal, aun cuando las mismas son objeto de estudio y regulación en otras ramas del Derecho. Se trata en la mayoría de las veces de conceptos jurídicos, que al incorporarse en el tipo, forman parte de la estructura jurídica del delito, pese a su indefinición por el D. Penal.

La determinación precisa de tales conceptos es

---

(33) Me refiero a un artículo recientemente publicado en la Revista Judicial No. 16, ps. 73 ss., titulado "El derecho de trabajo y los regímenes estatutarios, en especial la Ley General de Administración Pública".

(34) Queda excluida de esta posibilidad los trabajadores que están protegidos por el Estatuto de Servicio Civil.

(35) En este sentido se pronunció la Sala de Casación en sentencia No. 110 de 10:00 hrs. del 17 de noviembre de 1978, que acogió los valiosos argumentos expuestos por el Juez de primera instancia (Juzgado 2 Cont.-Adm.), en especial, al reconocer en forma expresa los principios fundamentales del "debido proceso" en la Administración Pública.

(36) El término "cuasiprejudicial" fue utilizado por Florián, pero, conceptuándolas en forma diversa a como lo hago. Según el autor italiano, las mismas se presentan como meras facultades, lo que le permite al juez optar, por remitir su decisión al juez competente, o bien decidirlas él (ob. cit., ps. 203-202).

fundamental en el proceso silogístico de dictar sentencia, pues de tal determinación depende la correcta adecuación del hecho investigado ("notitia criminis") a la norma. La determinación de tales conceptos no es cosa fácil, por cuanto generalmente son controvertidos en la rama que se trata o regulan, debido a las opiniones diversas de los autores que científicamente tratan el tema. El juez penal, en estos casos, no puede remitir su determinación conceptual al juez de la materia, por cuanto, los mismos no son en sí relaciones jurídicas controvertidas, sino tan solo conceptos. Su decisión por un juez de diversa materia, queda legalmente autorizada, por estar los mismos incluidos dentro del objeto específico e inequívoco de su competencia; tal es el caso del conocimiento y decisión en todo lo que se refiere al hecho punible por los tribunales penales (órbita jurisdiccional).

b) CUESTIONES CUASIPREJUDICIALES HOMOGENEAS: Para distinguir de las examinadas en el punto anterior, vamos a llamar homogéneas, aquellas cuestiones que se suscitan en un proceso de la materia a que ellas se refieren.

En el proceso penal al juez se le presentan múltiples problemas, al tener que definir con claridad y precisión conceptos oscuros e indefinidos utilizados por la propia ley penal. Me refiero a conceptos como "dolo" (que es un elemento esencial del delito), "culpa", "fraudulento", "ardid", "abuso de confianza", "escalamiento", etc. Estos, aunque de la misma materia del proceso donde surgen, forman parte al igual que las heterogéneas, de la estructura jurídica del delito, y es de rigor, su precisión inequívoca. Tratándose de cuestiones reguladas por la misma rama del Derecho, no hay la menor duda de la competencia del juez penal para su determinación con todos los efectos jurídicos del caso, pudiendo utilizar en tal labor todas las fuentes legalmente admitidas (la ley, la jurisprudencia, la doctrina).

c) OTRAS CUESTIONES QUE NO SON NI PREJUDICIALES NI CUASIPREJUDICIALES: En el Derecho, en sus diversas ramas, se utilizan muchos conceptos, que en el caso del derecho penal, conforman la estructura jurídica del delito. Sin embargo, tales conceptos no son conceptuados en forma completa por la doctrina, sino, su aplicación resulta de la realización de pruebas técnicas. Ejemplos de estos son: "incapacidad permanente para el trabajo", en el delito de aborto, "feto", en la violación "incapacidad para resistir"; "alta velocidad", etc. Estos conceptos no pueden ser definidos íntegramente por la propia ley, pues los mismos se llenan en su contenido esencial, mediante la utilización de la ciencia y la técnica. Se trata en definitiva del resultado objetivo de las diversas pruebas (periciales) admitidas por nuestro ordenamiento, y que varían en cada caso, según las circunstancias fáctico-jurídicas.

11. PREJUDICIALIDAD Y PROCESO: Al venir exponiendo diversos aspectos de la prejudicialidad, pienso que sus alcances han quedado bien delimitados. Tales cuestiones se suscitan dentro del proceso o fuera de él, aun cuando en ambos casos los efectos lo afecten en su totalidad. Así, por ejemplo, en el caso del delito de quiebra fraudulenta, es indispensable que el comerciante haya sido declarado en quiebra por un juez civil, lo que hace, que esa declaratoria previa (cuestión prejudicial heterogénea) se configure como un verdadero requisito de procedibilidad. Es por esta razón, que si tal declaratoria no se ha producido, el Ministerio Público tiene la obligación de desestimar cualquier denuncia que se formule; y en el evento de que haya sido admitida con el respectivo avocamiento del juez instructor, la parte interesada puede hacerlo valer mediante la respectiva excepción de falta de acción, porque ésta no se pudo promover (art. 329 inc. 1 C.P.P.) (37).

La cuestión prejudicial, también puede plantearse ya iniciado el proceso. Verbigracia, si presentada una ejecución con base en un título *x*, se inicia por separado juicio penal para declarar la falsedad del documento base de aquél, éste debe suspenderse (artículo 207 C.P.C.).

Esa doble posibilidad en cuanto a la oportunidad procesal de presentarse, me hace pensar en que la misma se manifestará según la materia de que se trate la cuestión, así como la materia misma del proceso donde surge. Pero lo importante, aparte de esa diversidad de materias, es que, la cuestión prejudicial, sea heterogénea u homogénea, siempre tendrá una relación estrecha, esencial con un proceso de igual o diversa materia. En última instancia, es sobre un proceso donde inciden los efectos de la

---

(37) El caso particular de la quiebra fraudulenta fue analizado ampliamente en el No. ps. 5 y ss.

prejudicialidad, tales como la suspensión del mismo hasta tanto un juez competente no se pronuncie sobre tal cuestión.

Según la terminología que hemos venido utilizando "prejudicial", la misma no indica únicamente que es antes al proceso, ni tampoco que es un requisito de él, sino que, la misma sí adquiere la naturaleza de un requisito de ejercicio de la acción, pues es en definitiva, la que no puede ser pronunciada por el juez por existir un obstáculo que legalmente impide su cognición y decisión. Yo entiendo más lo "prejudicial" más que pre-procesal", como antecedente del juicio (silogístico) que debe emitir el juez a la hora de pronunciarse sobre la acción intentada en un proceso determinado. La prejudicialidad no es en consecuencia un requisito general a la acción, sino excepcional en virtud de la expresa disposición de la ley, o cuando sea inevitable su admisión por la relación esencial de los objetos.

12. LA PREJUDICIALIDAD Y LA JURISDICCION: Vamos a entender por jurisdicción y en una forma muy lacónica, por no ser este el momento propicio para un análisis extensivo, como la potestad (poder-deber) que corresponde al Estado en virtud del reconocimiento constitucional, para definir las controversias (litigios) que se producen entre las personas ligadas en una relación jurídica sustancial. Entre las notas sobresalientes de la jurisdicción están: a) poder decisorio con autoridad de cosa juzgada; b) poder de ejecutar forzosamente sus decisiones; c) es una función constitucional; d) tiene límites fijados por la propia Constitución y las leyes; e) como función es indelegable y unitaria; y f) mediante la jurisdicción el Poder Judicial logra la actuación del derecho positivo.

Además, como función, la ley hace una distribución de materias (D. Penal, D. Laboral, D. Civil, etc.), a fin de distribuir el conocimiento de los asuntos entre jueces especiales que poseen conocimientos en tales materias (COMPETENCIA). Pese a esta distribución, la jurisdicción como función, sigue siendo una, por lo que resulta inapropiado hablar de "jurisdicción penal", "jurisdicción civil", etc.

La diversidad de ramas en que se divide el Derecho, resulta de la diversidad de intereses que se tutelan y la necesidad de asignar la cognición y la decisión a tribunales específicos (competentes). En nuestro país existen cuatro competencias: la civil (que incluye la rama comercial), la penal, la laboral y la contencioso-administrativa. Podríamos incluir dos más: la competencia para el juzgamiento de menores y la que se refiere al D. de Familia. A los tribunales de cada competencia corresponde el conocimiento y decisión de objetos procesales concretos, que son el fin propio del proceso donde se ejercita la acción de la misma materia. Por ello, he venido hablando de la adecuación entre la competencia, la acción y el proceso.

Al examinar las cuestiones prejudiciales, hemos podido darnos cuenta, que las mismas surgen como relaciones jurídicas controvertidas, ligadas notoria y esencialmente al objeto principal del proceso donde surgen. La decisión sobre éstas corresponde al juez legalmente competente, para que se mantenga la adecuación competencia-acción y proceso. Por esta razón, me atrevo a afirmar, que la cuestión prejudicial entraña un problema de incompetencia en razón de la diversidad de materias jurídicas comprometidas. Así el juez penal carece de competencia (civil) para declarar en estado de quiebra a un comerciante; el juez civil carece de competencia penal para pronunciarse sobre la existencia del hecho punible, como es el caso de la falsedad de documento (art. 207 C.P.C.) y así, sucesivamente. En la hipótesis de que un juez se pronunciase sobre una cuestión prejudicial heterogénea absoluta, su decisión resultaría inválida, pues estaría afectada de un vicio de incompetencia, y que en el caso de ser un fallo de segunda instancia, puede impugnarse en Casación, como vicio "in procedendo".

13. LA PREJUDICIALIDAD Y LA COSA JUZGADA: Nuestro Código Civil define la cosa juzgada (material como aquella situación jurídica que "hace legalmente cierta la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara", art. 722). Es el estado jurídico absoluto que la Constitución y las leyes otorgan a las decisiones de los órganos investidos de esa autoridad, y en atención a la seguridad jurídica que debe garantizarse a los ciudadanos.

No pretendo en este breve artículo hacer un análisis de fondo de la cosa juzgada, por cuanto no es la intención del trabajo, sino tan solo verificar algunos aspectos legales de la misma. Hay tanta doctrina sobre este tema, que no terminaríamos sino es escribiendo muchísimas páginas. Será en otra oportunidad. Igualmente me interesa resaltar los aspectos más importantes que surgen de su relación con la prejudicialidad.

Bien sabemos, y en líneas muy generales, que la cosa juzgada se refiere básicamente a lo resuelto

o definido por el órgano jurisdiccional en la llamada parte dispositiva o decisoria de la sentencia —o de las resoluciones, que como el sobreseimiento, la ley les reconoce los mismos efectos— (art. 723 C.C.) (38), y que en lo que se refiere a los efectos jurídicos materiales —externos—, los mismos son generales, absolutos (o "erga omnes").

Sabemos, que la autoridad que ha recaído sobre una sentencia firme, se refiere a las relaciones materiales que de acuerdo con las leyes, forman parte (adecuada) u objeto de su específica competencia. Así, verbigracia, el juez penal al dictar sentencia en cuanto a la existencia de un hecho punible, la misma adquiere autoridad de cosa juzgada con efectos "erga omnes", y su decisión no puede volverse a discutirse en otro proceso penal y mucho menos en un proceso de diferente materia. También puede el juez penal pronunciarse sobre la acción civil legalmente intentada, y sobre aquellas cuestiones prejudiciales no absolutas (véase infra No. 6, ps. 10 y 11). Lo mismo debe decirse respecto de jueces de otras materias, en cuanto a que, su autoridad jurisdiccional abarca a los objetos específicos de su conocimiento y que delimitan el campo o su órbita jurisdiccional (competencia). Igualmente, estos tribunales pueden conocer de cuestiones prejudiciales no absolutas, para el solo efecto de decidir sobre la pretensión principal, y si llegaren a pronunciarse sobre tales cuestiones (prejudiciales absolutas), las mismas pueden ser discutidas nuevamente ante el juez competente y por el procedimiento legal establecido.

En lo que se refiere a la cosa juzgada sustancial en materia penal, nuestra legislación establece o le reconoce los efectos absolutos "erga omnes", al decir que los mismos son "para o contra toda persona indistintamente y de una manera absoluta", y siempre y cuando la decisión recaiga sobre los siguientes aspectos:

1) Si el acusado a quien se imputan los hechos constituyen una infracción penal, es el autor o no;

2) Si hechos son imputables desde el punto de vista de la ley penal; y

3) Si ellos presentan los caracteres requeridos para la aplicación de tal o cuál disposición de aquella ley.

Todo lo anterior, resulta de los artículos 42 párrafo 2 Const. Pol.; 1 C. Penal y 1 del C.P.P., en relación con el artículo 725 del Código Civil.

Como hemos indicado páginas atrás, la prejudicialidad absoluta resulta de la expresa disposición de la ley (39); y si en contra de lo dispuesto en la ley que define cada competencia, es llevada esa cuestión a otro juez diferente, la cosa juzgada no se materializa, y podrá ser conocida y decidida nuevamente en la vía correspondiente.

14. COMO SE HACE VALER LA PREJUDICIALIDAD: Tratándose de la prejudicialidad absoluta, que es la que interesa fundamentalmente en mi estudio, debo admitir, que el tribunal de oficio debe suspender el proceso, hasta tanto el juez competente no se pronuncie. Esto resulta de lo antes indicado, en el sentido de que tales cuestiones afectan aspectos o institutos fundamentales de cada rama: la competencia, la acción y el proceso. Al estar involucrada la competencia, a excepción de la civil, que es prorrogable en la mayoría de los casos (párrafo 2 art. 164) (40), no disponible por las partes involucradas en la relación jurídico-procesal, el tribunal debe declararlo de oficio, lo que resulta de la doctrina del art. 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable en estos casos, así, como con las normas que sobre competencia se incluyen en cada cuerpo legal.

Igualmente dijimos al referirnos al proceso penal (véase infra No. 11, p. 23), que el Ministerio Público debía desestimar una denuncia, si tal cuestión no había sido decidida por el órgano jurisdiccional competente; o bien en su caso, el juez instructor rechazar el Requerimiento de Instrucción Formal, y que, de admitir la denuncia y abrirse el

---

(38) Sobre este punto puede consultarse: BELING, ob. cit., ps. 195 ss.; JAIME GUASP, ob. cit., t. I. ps. 543 ss.; RAMIRO PODETTI, Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Ediar S.A. Buenos Aires, 1955, t. II, ps. 459 ss.; MANUEL DE LA PLAZA, Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, vol. I, ps. 548 ss.; EDO. COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, 1969, ps. 400 ss.; MANZINI, ob. cit., t. IV, ps. 517; ROSENBERG, ob. cit., t. II, ps. 441 ss.; CARNELUTTI, "Cuestiones. . .", ob. cit., ps. 255 ss.; "Sistema. . .", t. I, ps. 316 ss.; PRIETO CASTRO, ob. cit., p. 331.

(39) Exceptuando los casos analizados atrás en lo que se refiere al matrimonio ilegal, supresión o alteración de estado, incumplimiento de los deberes alimentarios y la quiebra e insolvencia fraudulentas (véase infra Nos. 5 ps. 6 y 7, y 14 a 16).

(40) No obstante la prórroga de la competencia en materia civil (art. 164 L.O.P.J.), se refiere a la habilitación para el conocimiento y decisión de otros jueces de la misma materia y no de otros diferentes, como los penales, laborales o contencioso-administrativos.

proceso mediante el respectivo auto de avocamiento, las partes legitimadas podrán hacerlo valer oponiendo la respectiva excepción de falta de acción por no haberse podido promover (art. 329 C.P.P.). En los casos de suscitarse la misma en un proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, si es prejudicial absoluta, el juez debe de oficio declarar la existencia de tal cuestión y suspender el proceso hasta que el órgano competente se pronuncie. Así, en el caso del juicio civil ordinario, aun cuando la parte no lo solicite, si el tribunal tiene conocimiento de que el documento es falso, debe testimoniar las piezas necesarias para ante el M.P. y suspender el proceso (art. 206 C.P.C. en relación con 156 inciso 1 del C.P.P. y 320 del C.P.).

El problema es que no está expresamente previsto en ninguno de los cuerpos legales de las cuatro competencias examinadas, la prejudicialidad absoluta como excepción, que por sus efectos es dilatoria (no extingue el derecho de fondo) y de previo y especial pronunciamiento, en cuanto impide la decisión de la pretensión principal, mientras el tribunal competente no se pronuncie sobre tal cuestión prejudicial surgida (heterogénea y absoluta).

15. CONCLUSIONES: Con lo que he podido examinar hasta este momento, he podido corroborar, que el tema de la prejudicialidad ha sido poco tratado por los juristas, y que en nuestro país, no existe mucha doctrina al respecto. Las grandes contradicciones de la doctrina, así como la ausencia de una teoría coherente, ha repercutido en las legislaciones de muchos países, incluyendo la nuestra. Por tales razones, podría resumir a manera de conclusiones las siguientes observaciones:

a) Que no es posible establecer un único sistema para todas las ramas del Derecho, debido a la diferencia de intereses y bienes que se tutelan;

b) Que en las cuatro competencias principales (civil, laboral, penal y contencioso-administrativa), la normativa ha sido prácticamente inexistente, a excepción de la contencioso-administrativa, donde hay disposiciones con mayor elaboración;

c) Que en cada rama se han adoptado diversos sistemas (véase al efecto infra No. 9 ps. 12 y ss.); completamente diferentes;

d) Consecuencia de lo anterior, ha faltado casi por completo una conceptualización legal adecuada de la prejudicialidad, lo que se observa ante la ausencia de disposiciones que regulen todo lo relativo al procedimiento y al contenido (material) de las cuestiones prejudiciales;

e) Entre los aspectos más sobresalientes de esa ausencia de normas, están, el no regular en forma expresa al deber del tribunal de declarar de oficio la suspensión del proceso y la remisión de la cuestión prejudicial absoluta al tribunal competente;

f) Igualmente, la falta de elaboración o previsión del medio defensivo (excepción) a favor de las partes legitimadas en el proceso para impugnar aspectos del procedimiento;

g) Igualmente, y consecuencia de esta ausencia de normas coherentes, la jurisprudencia ha sido poco afortunada, por lo que, no ha podido elaborar los aspectos más generales de la prejudicialidad, y así, haber sido utilizada como una fuente de utilidad.

Lo anterior es una síntesis de los problemas encontrados en torno a la prejudicialidad, y las mismas conllevan la preocupación de un abogado litigante por el mejoramiento de nuestra legislación, y la pretensión de obtener los Códigos mejores y más eficaces para nuestro medio. Estoy seguro que en este pequeño esfuerzo o contribución al Derecho Procesal costarricense hay errores. Solicito disculpas, y a la vez respuestas para quienes me ayuden a encontrarlos. De este intercambio positivo de ideas, estaremos todos enriqueciendo el Derecho Procesal nacional.

* * *

"LA PROPIEDAD HORIZONTAL"

Dr. Hugo Picado Odio.

Justificación del tema.

Resulta sorprendente, tratándose de una institución relativamente reciente, la exuberante bibliografía que existe en otros países —especialmente de Europa— en relación con la propiedad horizontal. Su enorme importancia socioeconómica hecha patente, muy especialmente en las últimas décadas, ha obligado a los juristas en general y, al legislador posteriormente, a centrar su atención en ella, pues de hecho venía incrementándose su establecimiento muy aceleradamente, desde principios de siglo, en distintas partes del mundo (1).

Obras monográficas muy calificadas sobre la institución, han sido escritas. Artículos específicos muy valiosos sobre diferentes aspectos de la misma, han ido arrojando luz y abriendo surcos, para su paulatino desenvolvimiento. Vemos que la legislación y la jurisprudencia de algunos países reflejan muy elocuentemente el perfeccionamiento de que ha venido siendo objeto en los últimos años, como consecuencia de la lucha constante por adaptarla a las nuevas necesidades que los tiempos modernos traen consigo. Y es que lo que aquí denominamos "propiedad horizontal" (2), ha surgido como respuesta oportuna a una necesidad que, muy especialmente en los últimos tiempos, ha venido ha-

---

(1) En España, verbigracia, en el año 1928, el jurista Alvarez Casco, refiriéndose a la propagación de la propiedad horizontal en Santander, señalaba: ". . .Según datos ciertos tomados del Registro de la Propiedad. . . calculando muy por lo bajo, y excluyendo de la cuenta las nuevas construcciones llamadas chalets u hoteles, —de cien inscripciones relativas a fincas urbanas, corresponden de ochenta y cinco a noventa pisos, y el resto, o sean de quince o menos, a casas pertenecientes a un solo dueño o a varios proindiviso. . . La costumbre ha seguido aumentando, y en estos últimos tiempos de la guerra y de la postguerra —refiérese a la primera conflagración mundial— llegó a un grado de intensidad casi inconcebible" (Condominio de casas divididas por pisos en Santander, pág. 270).
Por su parte, ya en 1959, Batista Montero-Ríos afirmaba, refiriéndose al mismo tema: ". . .lo que hace poco más de quince años era una novedad en muchas ciudades españolas, la propiedad horizontal, es prácticamente la única fórmula a que se acogen las nuevas edificaciones" (Comunidad para edificar, pág. 99).

(2) Decimos "lo que aquí denominamos", por cuanto no existe consenso entre los autores respecto al uso de ese término. Entre otros que lo impugnan, tenemos a un tratadista de tanta autoridad en la materia como Batlle Vázquez, quien lo reputa de falso (véase prefacio a la 7a. edición de "La propiedad de casas por pisos"), sin carecer de razón desde su punto de vista. No obstante, de manera convencional, la denominación susodicha se ha ido extendiendo poco a poco, cobrando mucho arraigo especialmente aquí en América. De todas formas, la misma no deja de tener su acierto descriptivo si tomamos en cuenta que la institución de comentario supone "propiedades horizontalmente superpuestas unas a otras", según palabras de Albaladejo García (Derecho Civil, Bienes, vol. I, pág. 325), en contraposición al concepto tradicional romano tocante a la propiedad ordinaria que se extiende "usque ad coelum, usque ad inferos". En el presente trabajo, aunque hemos usado el término aludido en el título, en su desarrollo, recurriremos también, indistintamente, al de "propiedad de casas por pisos".

ciéndose sentir de manera angustiosa: la de la vivienda (3).

Bien sabido es que la propiedad ha desempeñado un papel asaz importante en la historia de la humanidad, pues la misma se halla fuertemente arraigada a la tradición y a la realidad. Es por ello que todo lo relativo a su pertenencia, uso y explotación, ha sido objeto de la atención del hombre, desde tiempos muy remotos. Las distintas épocas históricas, determinan un derecho de propiedad (4) de acuerdo con sus características, que armoniza con ellas. Si nos ubicamos en la época del feudalismo, que representa la institución más importante de la Edad Media, notamos que su decadencia apareja un paulatino fortalecimiento de la monarquía, pues el poder de los grandes señores va concentrándose poco a poco en el señorío real. La corona, bajo la influencia del fenecido poderío romano, llega a considerarse dueña absoluta de todos los bienes, de tal forma que el derecho privado de propiedad deviene ostensiblemente mermado, pues queda limitado prácticamente a una mera posesión, amenazada constantemente por la libre disposición de los monarcas.

Se produce entonces la Revolución Francesa, la cual predica, con influencia determinante en la historia universal, la entronización del principio de soberanía nacional, proveniente de las distintas fuerzas sociales y encarnada en la ley. Tal concepción desplaza en consecuencia a la voluntad personal del monarca. Tras los principios esgrimidos de libertad e igualdad, el derecho de propiedad es encauzado a través de un acentuado individualismo.

Con el reconocimiento del Derecho natural, se retorna con vehemencia a las enseñanzas del romano, dejando así plasmados en preceptos legales, los principios inconmovibles que garantizan la libre condición económica y jurídica del derecho de propiedad. Con la desamortización civil y eclesiástica de la propiedad, continúase en un proceso de desvinculación que conduce al criterio, debidamente resguardado por las leyes, de libre disposición y adquisición de la misma, dentro de un pronunciado individualismo.

Tal posición tocante al derecho de propiedad trajo consigo graves trastornos sociales, pues la soberanía individual sobre los bienes, vedaba los provechos que en un ámbito general, los mismos deben ofrecer. Sea que, el cumplimiento de la función social de la propiedad no se estaba dando, lo que implica un desequilibrio en cuanto al disfrute de la misma.

Se plantea entonces un problema que aún en la actualidad es motivo de gran preocupación, cual es el de compaginar el fin colectivo e individual de la propiedad, dentro de un sistema justo y equitativo que permita al hombre realizarse plenamente, como individuo y como miembro de la sociedad en que vive, sin discriminación de ninguna especie. En ese empeño, las diferentes legislaciones han ido dando campo a las innovaciones con un criterio social, atemperando el carácter absoluto del derecho de propiedad individual, por lo que se ha fomentado, entre muchos otros cambios, el desarrollo mismo de las propiedades colectivas.

Sirviéndose de la propiedad inmueble, el hombre satisface necesidades primarias como la de la vivienda y la alimentación. En los tiempos modernos, la misma ha cobrado importancia relevante para el desarrollo de la multiforme actividad comercial imperante. Ante el adelanto tecnológico y la concentración en las grandes urbes de millones

---

(3) En relación, afirman los hermanos Mazeau: "La crisis de la vivienda, que se padece duramente hoy en los grandes centros poblados, posee varias causas. El desarrollo de los organismos públicos, de las empresas nacionalizadas o privadas es tal, que una cantidad considerable de locales se ha sustraído a la habitación, para instalar en ellos oficinas. . . De ahí la extensión considerable de la copropiedad por pisos o departamentos, otra de cuyas causas se encuentra en los elevados precios de los terrenos urbanos, con la necesidad, como consecuencia, de construir los más pisos posibles" (Lecciones de Derecho Civil, parte II, vol. IV, pág. 45). Por su parte, y respecto al mismo tema, Reffino Pereyra, nos dice: "Su gran aplicación, —refiriéndose a la propiedad horizontal— casi diría exclusiva, lo es en los grandes centros de población; para quienes, por la índole de sus ocupaciones, necesitan vivir en los puntos céntricos de las ciudades, por ser próximos a las oficinas públicas, Bancos, Universidades, etc.
El ideal para quien disfrute de una renta mediana, como empleado, profesional, comerciante o que desempeñe cualquier otra actividad lucrativa, es que pueda en un plazo más o menos breve (diez o doce años) llegar a realizar su aspiración de tener casa propia, abonando algo así como un alquiler un poco elevado. Se fomenta así el ahorro individual y se beneficia la sociedad en general, incorporando elementos de orden, interesados en la estabilidad social" (La Propiedad Horizontal, pág. 18).

(4) Cabe hacer aquí la distinción entre propiedad y derecho de propiedad, conceptos que con frecuencia, son tratados indistintamente. "La propiedad —de acuerdo con Gumersindo de Azcárate— es una relación que el hombre mantiene con la naturaleza a fin de hacer que ésta le sirva para la satisfacción de sus necesidades; el derecho de propiedad no es más que el conjunto de condiciones necesarias para el nacimiento, subsistencia y desarrollo de esa relación". La distinción estriba entre lo esencial y lo puramente formal. Mientras que la propiedad, como esencia, es permanente, absoluta e invariable, el derecho de propiedad es transitorio, cambia y se modifica a través de la historia. (En cuanto a la cita, véase: "Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa", p. X).

de personas, el problema de la vivienda y el de la disposición de espacio como asiento de las diversas actividades comerciales, constituyen aspectos insoslayables de carácter económico-social, que precisa atender y resolver con prioridad, para evitar tensiones y situaciones conflictivas de graves consecuencias. Pues como respuesta a ese problema, ha venido desarrollándose y perfeccionándose vertiginosamente en los últimos tiempos, un sistema que permite ubicar un gran número de viviendas en un solo edificio, construido en un terreno apenas suficiente para dar cabida a tres o cuatro viviendas dentro del sistema tradicional. Nos referimos a la propiedad horizontal, la cual, amén de la referida economía de espacio, permite, por razones obvias, proporcionar viviendas a precios mucho más bajos, así como locales comerciales o profesionales de muy distinta índole.

Breve Relación Histórica.

Aún cuando algunos autores, basados en fuentes fidedignas nos hablan de antecedentes de este tipo de vivienda, reflejados en el Derecho babilónico (2.000 A.C.) y en el romano (5), la misma no se da, con caracteres físicos bien definidos, y de manera constante y arraigada, sino a partir del siglo XVII, en Francia, específicamente en Grenoble, Nantes, y Rennes (6). Dábase también con frecuencia en Lyon, Chambery y Córcega. Circunstancias muy particulares e interesantes hicieron sentir en Grenoble y Rennes la necesidad de recurrir al sistema en referencia. La primera se hallaba encerrada por un cerco de murallas, lo que impedía su expansión a lo largo y a lo ancho, para satisfacer el natural requerimiento de nuevas viviendas. Ello impulsó a sus habitantes a construir hacia arriba para dar albergue a varias familias dentro de un solo terreno. En Rennes, un desvastador incendio acaecido el 22 de diciembre de 1720, de cinco días de duración, dejó la ciudad arrasada. Ante la necesidad de construir en breve plazo y con costos mínimos, nuevas viviendas, se decidió levantar edificios comunes, mediante aportes monetarios conjuntos, llegando cada partícipe a ser propietario de un piso determinado. En fin, la importancia de la división de casas por pisos llegó a ser tan considerable en dichas regiones francesas, que la misma fue objeto de esmerada regulación, mediante ordenanzas locales.

Posteriormente, los codificadores franceses no pudieron ignorar ese especial régimen de propiedad tan propagado, por lo que aún cuando representaba una seria fricción con el concepto de propiedad que propugnaban, incluyeron en su obra una regulación relativa al dominio horizontal (7).

No obstante que algunos Códigos, por razones que más adelante consideraremos, cerraron el paso, en un principio, a la institución, la misma siguió germinando abundantemente, como respuesta a una necesidad muy sentida, en diferentes partes del mundo. Y es que en realidad, como ya lo hemos mencionado, la propiedad de casas por pisos constituye un medio eficaz para contribuir a resolver un grave problema socioeconómico, agudizado en los últimos tiempos, consistente en proveer de viviendas y locales a quienes los necesiten, con lo cual se coadyuva a la vez, a la ampliación del número de propietarios y, por ende, a una mejor distribución de la riqueza.

Consideraciones jurídicas.

Sentado lo que antecede, cabe preguntarnos qué clase de problemática o cuestiones, dentro del campo jurídico, suscita el sistema de vivienda referido. Al respecto debe responderse que no pocos obstáculos y difíciles problemas que resolver, encontró en su ruta de desarrollo y consolidación, la institución de marras.

Dijimos ya, en lo que concierne al derecho comparado, que en un principio, algunos códigos llegaron a cerrarle el paso a la propiedad horizontal. No fue sino con el advenimiento del movimiento codificador que se trató de encontrarle a la institución una explicación jurídica. Antes, la misma habría surgido como una situación de hecho, y como tal, comenzó a ser regulada por normas consuetudinarias, a través de los usos y ordenanzas de carácter local, dándose como consecuencia, un desenvolvimiento esporádico y empírico de ella. En el período de la codificación, en cambio, en los dis-

---

(5) Ver Batlle Vázquez, op. cit., págs 12 a 18 y Manuel Jesús García Garrido "Casuismo y Jurisprudencia Romana", pág. 223.

(6) Cfr: Batlle Vázquez, op. cit., págs. 18 a 21; Jerónimo González, "Propiedad sobre Pisos y Habitaciones", pág. 195; Colin y Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", pág. 778.

(7) Además de las referencias hechas en la cita próxima anterior, véase sobre lo expuesto: Demófilo de Buen, "Derecho Civil Español Común, pág. 349: Manuel Borja Martínez, "La Propiedad de Pisos o Departamentos", pág. 25; Henry, Leon y Jean Mazeau, op. cit., Parte II, vol. IV, pág. 45.

tintos países se comenzó a tratar ese fenómeno que se encontraba ahí frente a ellos, como una realidad tangible, con riguroso criterio jurídico, con el fin de situarlo adecuadamente dentro de las instituciones que quedarían consagradas en los cuerpos legales en gestación. Al respecto, es preciso señalar que el citado movimiento se hallaba fuertemente influenciado por el espíritu individualista, propio de la Revolución Francesa y, muy especialmente, por la tradición romanista, tan en boga a la sazón, recién acaecida la recepción de ese derecho monumental clásico.

Y fue allí, precisamente, donde encontró la propiedad de casas por pisos, en su nacimiento como institución jurídica debidamente regulada, su escollo principal. Francia, escenario de la Revolución, donde se propugna con vehemencia las ideas liberales, hereda del Derecho romano el concepto absoluto tocante a la propiedad. Absolutismo implica, entre otras cosas, dentro de tal contexto, la existencia de un derecho excluyente e individual; total y soberano. Si los franceses concibieron un derecho de tal naturaleza, lógicamente rechazaban cualquier clase de inmisión extraña en el ejercicio del mismo por el titular, porque el titular debe ser único al respecto.

El carácter individual hace referencia a un titular único, la concurrencia de otro en la titularidad respecto a un bien inmueble determinado, significa un compartir que, a su vez, no es más que un debilitamiento del derecho de propiedad, de acuerdo con la concepción de comentario. En consecuencia, el legislador francés no tuvo otra alternativa que mirar la indivisión con mucho recelo —al igual que los romanos— pues ésta entrañaba irremisiblemente la negación de uno de los caracteres esenciales del derecho de propiedad. Consideráronla por lo tanto, los juristas franceses, como un mero accidente rigurosamente temporal pues, como situación anómala que era, no podía perpetuarse. Sin embargo, los autores del Code se encontraron con que, desde mucho tiempo atrás, se venía dando la indivisión forzosa en los elementos comunes que inevitablemente existían en las edificaciones cuyos diferentes pisos pertenecían a distintos propietarios.

En consecuencia, se aprestaron a admitir la indivisión forzosa en el caso concreto, lo que se contraponía al aforismo romano consagrado en los textos de Papiniano y Paulo, en el sentido de que "nadie puede ser compelido a permanecer en comunión o sociedad", y acogido en el artículo 815 del Código Civil francés. Pero tal excepción, cuya justificación la encontraron los codificadores en la naturaleza del objeto poseído, la asimilaron a la de los muros y fosos medianeros, para así clasificar la propiedad horizontal junto a estos últimos, dentro de las servidumbres. En tal forma, devenía improcedente la acción communi dividundo, pues supuesta la existencia de servidumbre recíprocas, no se podían ceder mediante la pretendida división, las partes sobre las cuales se ejercían las mismas, por cuanto se consideraban subordinadas a otro fundo con utilidades específicas a favor de él. Vemos pues que el expediente empleado por los codificadores, fue el de explicar la particular figura que se les presentaba, a través de las servidumbres, sin reparar en que por su especialidad y complejidad, configuraba algo totalmente nuevo, que precisaba una construcción jurídica propia, pues no hallaba acomodo dentro de las figuras tradicionales del Derecho romano (8).

Por lo tanto, se negó el legislador francés a concebir esta clase de propiedad como una institución peculiar que es, dotada de caracteres propios. Para él lo importante era la propiedad privativa que ahí se daba; el problema de la indivisión o copropiedad que la institución implicada, quedaba obviado en la forma dicha, y con ello se conformó.

En Alemania ocurrió un fenómeno muy interesante. En su territorio, la propiedad por pisos veníase dando desde el siglo XII (9). En verdad, el pueblo germánico, poco preocupado por el rigorismo de la técnica jurídica, fue dando cabida a lo que el tratadista Jerónimo González denomina "Híbridos derechos", derivados de las circunstancias propias en que se desenvolvía. Así, vemos cómo las comunidades surgidas en las laderas supo-

---

(8) La confirmación a tal aseveración la encontramos en la evolución que ha venido experimentando la propiedad de casas por pisos, desde entonces, en el ámbito del derecho comparado.

(9) Cfr: Jerónimo González, op. cit., pág. 192; además, Batlle Vázquez, op. cit., pág. 20. En relación, ha de recordarse lo mencionado en página 6, a saber, que la institución surgió, antes de la codificación, en forma espontánea, como situación de hecho, y así, comenzó a ser regulada por normas consuetudinarias, sin encontrársele una explicación jurídica. Véase al respecto, Mariano Fernández Martin-Granizo, "La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español", págs. 11 y ss.

nían, por la configuración del terreno, una salida a sitio público, tanto por el piso bajo como por el superpuesto, lo que posibilitaba a sus respectivos ocupantes hacer uso de ellos independientemente, en calidad de dueños. No hubo problemas por ende, para atribuir tal calidad a quienes poseían diferentes pisos ubicados en tales condiciones, dentro de una determinada edificación, los cuales eran así construidos, precisamente por el poco espacio de que se disponía, debido a las murallas circundantes, levantadas por necesidades de defensa muy propias de la época. Por otra parte, vemos que el arrendatario de un terreno que por largo tiempo lo hubiera ocupado, efectuando construcciones sobre el mismo, accedía a la categoría de propietario en comunidad. Tales situaciones, acogidas y consagradas por el Derecho germánico, como propiedad superficiaria, configuraban soluciones contrapuestas al principio romano de accesión "superficies solo cedit".

Esa circunstancia, unida a otras de carácter registral, de reglamentación urbana e impositiva, desencadenaron posteriormente una firme oposición de los romanistas, actitud en la que destacan Savigny, Zaún y Arnold, entre otros. Aferrados al criterio, con arreglo a los principios romanistas, de que, desde el punto de vista jurídico, la propiedad horizontal era inaceptable (10), lograron que el legislador prescindiera de los precedentes propios del Derecho germánico al respecto, no dándole cabida en el Código Civil alemán, que entró en vigencia con el nacimiento del presente siglo.

Pero no sólo se limitó a ignorar la institución el referido Código, como ha ocurrido en otras legislaciones, sino que en la regulación correspondiente al derecho real de superficie, que es donde de acuerdo con la tradición germánica, hubiera podido ubicársele, expresamente se estableció en el párrafo 1014, la prohibición de limitar el derecho de superficie a una parte del edificio, sea, a un piso.

Es interesante hacer notar que previo al desenlace descrito, concretamente, doce años antes de la promulgación del Código, J. E. Kuntze, había publicado una famosa monografía sobre la propiedad de pisos (11), en la cual basado en el arraigo y proliferación de la misma, en varios lugares de Alemania, trata de demostrar su asidero jurídico, apelando a principios de la filosofía del derecho privado. Otros autores como Sintenis, Heimbach y Stobbe, defendieron juntamente con él la tesis de la tradición germánica favorable a la propiedad horizontal, reputando el principio de la accesión romana, como una regla positiva del derecho clásico, en la cual no podía fundamentarse, en consecuencia, la negación a la existencia, producto de la realidad, de una propiedad así concebida. Dura pues resultó la batalla, de la cual salieron ganancioso, pero, momentáneamente dentro del contexto histórico, los romanistas (12).

Ya con anterioridad, el Código Civil argentino, promulgado en el año 1869, había vedado también la existencia jurídica a la susodicha institución, en el artículo 2617. Por su parte, el Código Civil suizo, que entró en vigencia en 1912, también declaraba en su artículo 675 que "Los diversos pisos de una casa, no pueden ser objeto de un derecho de superficie".

Pensamos que lo que subyacía en esos casos, como razón justificativa de tal actitud, era un dogmático apego a los postulados meramente positivos del Derecho romano; un temor velado de romper viejos moldes, mediante la construcción de una nueva figura jurídica que explicara la institución que, como respuesta a nuevas exigencias económico-sociales, había surgido —repetimos— espontáneamente a la realidad. Los juristas alemanes, que se han distinguido siempre por su avezamiento a las construcciones jurídicas, en esta ocasión, maniatados por un ardoroso apego a las normas positivas, prefirieron tomar el camino más fácil que era el de la prohibición.

El paso de los años, sin embargo, —como ya lo hemos visto en el caso concreto de Alemania— se encargó de demostrar a los juristas y legisladores tanto de ese país, como suizos y franceses, la invalidez de sus posturas, ya que sus respectivos códigos han sido objeto de sendas reformas posteriores, para hacer posible esta reforma de propiedad urbana.

El Código Civil español, por su parte, se aparta del criterio francés en cuanto a la clasificación de la figura, y la ubica dentro del título correspondiente a la comunidad de bienes, dando así base

---

(10) Manuel Borja Martínez, "La propiedad de Pisos o Departamentos en Derecho Mexicano", pág. 28.

(11) Die Kojengenossenschafft und das genosseneigentum. Leipzig, 1888.

(12) Decimos "momentáneamente" —dentro del contexto histórico, por supuesto—, ya que la Ley federal de 15 de marzo de 1951, permitió la propiedad de casas por pisos en Alemania.

para que, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica, la asimilaran al condominio romano, confiriendo preponderancia a los elementos comunes sobre los privativos.

Tales son, podríase afirmar, las posiciones fundamentales que dieron origen a la configuración jurídica de la propiedad de casas por pisos, dentro del movimiento codificador. De lo comentado se trasluce la tendencia prístina a explicar la figura al socaire de las instituciones clásicas romanas, sin percatarse que las necesidades reales que demandaban su nacimiento eran diferentes a las que dieron origen a aquéllas.

En los gestores de ese movimiento, no sólo influyó el concepto absoluto, exclusivo e individual del derecho de propiedad propio de los romanos, sino que también de los mismos heredaron, consagrándola en los respectivos códigos, su concepción sobre el condominio, basada en un criterio netamente individualista.

En relación, ya que se ha hablado tanto del Derecho romano en lo que aquí interesa, resulta saludable considerar suscintamente lo concerniente a algunas instituciones atinentes al tema, dentro del mismo. Empezaremos con la indivisión forzosa. Esta institución, que constituye aspecto fundamental dentro de la propiedad horizontal, no llegó a ser jurídicamente reconocida. Ello nos hace presumir, que la sociedad romana no llegó nunca a verse en la situación de tener que recurrir a la invención o elaboración de una institución análoga, para subsanar una necesidad cuya entidad justificara, en el caso específico, apartarse de conceptos sobre la propiedad tan profundamente arraigados en su tradición. Porque algo que acreditan plenamente los estudios especializados sobre la materia es que, el pueblo romano, dada su idiosincrasia, no era capaz de sacrificar el progreso generado por la civilización, por mantener imperturbados los conceptos jurídicos que sustentaba.

El mejor ejemplo de lo afirmado, lo constituye la inmisión del "ius gentium" dentro del cuerpo de las normas vigentes, campo que era privativo del ius civile, cuyos orígenes los encontramos en las entrañas profundas de la tradición romana. Tal inclusión no significaba, en el sentir de los romanos, una derogación del Derecho civil, sino más bien, un enriquecimiento, en el sentido técnico del mismo, consistente en la edición de nuevas instituciones (13). Así, vemos como las nuevas exigencias del progreso van originando soluciones adecuadas, las cuales bien podían estar basadas en motivaciones distintas a las dimanantes del Derecho Civil o "Ius Civile" —al que por otra parte se le seguía considerando el supremo fundamento del Derecho romano—, pero que sin embargo, se las admitía como provenientes de un poder benéfico (14).

Por lo tanto —retomando el hilo de nuestra consideración referente a la indivisión forzosa— hay base suficiente para pensar que la misma nunca constituyó una necesidad importante dentro de la sociedad romana, en la antigüedad. Y la anterior aseveración implica la de que, en Roma, nunca se tuvo que apelar a la propiedad de casas por pisos como recurso apremiante para resolver el problema de la vivienda (15) y de provisión de locales comerciales. Las circunstancias en aquellos tiempos eran muy distintas a las del presente. Roma disponía de grandes extensiones de tierra. La construcción de viviendas populares configuraba algo sencillo y rudimentario, como lo afirma Ogayar Ayllón en el párrafo transcrito en la nota al pie. La economía era predominantemente agrícola, por lo que sobre las ciudades no gravitaba el serio problema de la concentración extralimitada de gente; ni la industria, ni la actividad comercial eran tan desarrolladas como en los tiempos presentes, para requerir un proliferado espacio dentro de sus límites. No existían las garantías sociales de hoy en día que, entre otras cosas, propenden a dotar de vivienda

---

(13) Refiriéndose a este mismo tema, nos dice Savigny: "De hecho, lo que hizo grande a Roma fue el intenso y vivo sentido político que siempre mostró este pueblo para rejuvenecer las formas de su constitución, de tal manera que la nueva servía simplemente para hacer evolucionar la antigua, manteniendo una justa armonía de las fuerzas conservadoras y las progresistas" (De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho, pág. 71).

(14) Cfr: Arangio-Ruiz, Historia del Derecho Romano, pág. 205.

(15) Respecto a la vivienda en Roma, nos dice Ogayar Ayllón: "Antiguamente tal necesidad se satisfacía por las mismas familias, las que, con su propio esfuerzo, construían la casa que precisaban. Por eso, el problema de las casas multifamiliares divididas en pisos o habitaciones pertenecientes a distintos dueños, no fue conocido en el Derecho romano, pues las manifestaciones que de tal forma de propiedad señalan algunos tratadistas tienen carácter esporádico, como el texto de Papiniano referente a un caso de indivisión por la existencia de un tejado común, o el fragmento de Ulpiano, que se ocupa de la casa propiedad de uno y sobre ella un cenáculo ocupado por otro" (Nuevo Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal", pág. 859).

digna a todos los habitantes de un país, acorde con una política que tiende a la mayor participación de los bienes. Dentro de esas circunstancias, lógico es que el carácter independiente, absoluto, exclusivo e individual que llegó a tener el derecho de propiedad en Roma, no se viera conmovido. De tal concepto y de la idiosincrasia del pueblo romano, surge un principio fundamental en el Derecho, cual es, en palabras de Celso: *"Duorum vel plurium in solidum dominium esse non posse"*, o sea, que "no es posible el dominio entero de varias personas sobre el mismo objeto" (16).

Ante esa situación, una indivisión forzosa que no respondiera a necesidades realmente sentidas, a necesidades de entidad tal, que su insatisfacción entorpeciera el desarrollo socioeconómico de la civilización romana, no podía prosperar. Ello, por cuanto la communio era considerada como algo anómalo, debido a los conceptos que en torno a la propiedad imperaban en Roma, y por ende, como un estado transitorio al punto que, al condómino no le era lícito renunciar al derecho de pedir la división perpetuamente, aunque sí por un tiempo determinado, de acuerdo con el Derecho justineaneo. Sea que el derecho no sólo proveía los medios para ponerle fin a la comunidad, por configurar ésta una limitación al derecho de propiedad individual, libre, absoluto o perpetuo, sino que además, vedaba al titular de la acción respectiva, la posibilidad de renunciar a ella.

Superficies solo cedit. Del concepto absoluto y exclusivo que los romanos tenían del dominio, según ya hemos estudiado, derivan una serie de consecuencias fundamentales en el desarrollo del derecho de bienes. Ese señorío, de tal manera concebido, rechaza toda clase de influencia extraña o limitaciones, entre las cuales se cuenta la concurrencia de derechos de propiedad correspondientes a varios condóminos sobre una cosa común; además implicaba, por otra parte, la perpetuidad. Asimismo, se le reconocía a dicho señorío la característica de envolver o absolver necesariamente toda cosa que se le uniera, lo que da origen al principio de accesión.

Para los romanos, dadas las características comentadas del dominio, el objeto sobre el cual recaía el derecho de propiedad, tenía rigurosamente que presentar cualidades de independencia y sustantividad. Sólo así podía el titular ejercer el señorío pleno, con exclusión de cualquier influencia extraña, en el aprovechamiento del objeto. Con arreglo a ello tenemos que cuando por alguna circunstancia una cosa accesoria se adicionaba a otra principal, los romanos, lejos de ver en tal fenómeno, la concurrencia de distintos objetos representativos de diferentes derechos ejercidos sobre ellos, lo reputaban como un incremento de la cosa principal por la incorporación de la accesoria (17). Sea que esta última era absorbida por la primera, transformándose así en elemento constitutivo de ella. Se salvaba de esa forma la sustantividad e independencia del objeto, el cual, eso sí, aumentado, considerábase pertenencia del propietario de la cosa principal (accesio cedit principali). Por otra parte, mirando el fenómeno desde diferente punto de vista el dominio romano, soberano y absoluto, atraía al cuerpo extraño que se adosaba a él, refundiéndolo en su poder soberano.

Entre las diversas adiciones o incorporaciones que solían darse, contábanse las de muebles a inmuebles. Entre éstas, precisamente, nos interesa sobremanera la denominada inaedificatio, la cual se refiere a la accesión de una edificación a un suelo ajeno. Todos los elementos incorporados al suelo, mediante la construcción efectuada en su superficie, siguen su suerte, por constituir el mismo, la cosa principal, dada su permanencia, inmutabilidad e indestructibilidad. De esta tesis, y como dimanación propia del dominio romano, surge un importante principio, considerado de derecho natural entre los romanos, cual es: *"Natura o iure naturali superficies solo cedit"*. De acuerdo con Bonfante ". . .éste es un principio absoluto y connatural a la esencia del dominio en el pensamiento de los romanos, no una mera presunción, como entre nosotros" (18).

Lógicamente que tal principio, al igual que otros conceptos fundamentales referentes a la pro-

---

(16) Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, pág. 302.

(17) Los romanos, guiados por su fina intuición, fueron dándole forma a la institución, no por medio de una construcción doctrinal o abstracta, sino a través de los casos y soluciones de la jurisprudencia. La construcción doctrinal de esos precedentes, es obra de los intérpretes. (Cfr: Arias Ramos, "Derecho Romano", pág. 237.

(18) Instituciones de Derecho Romano, pág. 264.

piedad en Roma, constituían valladares infranqueables, mientras permanecieran vigentes, para el intento de explicar y consagrar jurídicamente una institución como la propiedad horizontal que, no solamente supone la indivisión forzosa, sino que representa la violación más flagrante al postulado de la accesión inmobiliaria "superficies solo cedit". En relación, escribe Manresa: "Los principios fundamentales sobre los que se asentaba el sistema jurídico romano eran contrarios a la división de la propiedad de casas por departamentos" (19). Muchos otros autores, ante los datos que, en relación con la presunta existencia de la propiedad horizontal en Roma se han dado, los rechazan enfáticamente. Sintenis, por ejemplo, según nos refiere Batlle, en relación con un famoso párrafo de Ulpiano que él transcribe, "lo califica de anómalo porque no es demasiado claro en su significado y choca con el principio "superficies solo cedit". En ese mismo principio se basan los profesores de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina), en un estudio que efectuaron sobre la propiedad horizontal, para impugnar la tesis de que la misma pudiera haber existido dentro del Derecho romano (20).

Pues bien, el enorme peso ejercido por el Derecho romano sobre el movimiento codificador dio como resultado, por una parte, que algunas legislaciones —como la alemana, la suiza y la argentina— no pudiendo encuadrar esa rara institución que se les presentaba, la cual suponía propiedades superpuestas privativas y el disfrute comunitario indefinido en ciertos elementos, dentro de las aludidas concepciones romanas sobre el dominio, la descartaran; asimismo que otras legislaciones como la francesa y la española la acogieran, pero vaciándola, no obstante las serias fricciones que ello implicaba, dentro de los moldes jurídicos del dominio y el condominio romanos. Así, vemos como la primera —al igual que la italiana y la belga— la clasificaron dentro de la servidumbre de medianería, justificando de esa manera el indefinido disfrute compartido de los elementos comunes, contra los cuales atentaba la "actio communi dividundo".

CONCLUSION

Observábamos líneas arriba, cómo el derecho de propiedad cambia y se modifica a través de la historia, al tenor de las distintas formas de vida que, en sus diversas etapas, han predominado. La propiedad, según advertimos, está íntimamente ligada a la vida del hombre en sociedad. Sobre las diversas concepciones que en torno al derecho de propiedad conocemos, han ejercido su influencia factores de muy variada índole, a saber, socioeconómicos, políticos, culturales, religiosos, etc.; es decir, todo aquello que configura la realidad ambiente y que en determinado momento ha llegado a cobrar importancia.

Dicha realidad es cambiante por naturaleza, pues está sujeta a múltiples contingencias, que a su vez suponen necesidades mudables. El papel que el derecho desempeña dentro de ese contexto es de un valor incalculable, pues está llamado precisamente a servir a la justicia, procurando a los hombres la mayor suma de utilidad posible. Tiene la ley, por tanto, que seguir muy de cerca esos cambios, identificarse plenamente con la vida y la práctica, a fin de cumplir con su cometido, y no entorpecer las relaciones humanas. Porque si algo implica obstrucción a esas relaciones, es el tratar de introducirlas dentro del corsé inflexible de las categorías jurídicas tradicionales.

En relación, afirma Giorgio del Vechhio: "El respeto a la legalidad representa tan solo un aspecto, y no el más importante de nuestra humana misión, ya que a través de la legalidad de hoy nos corresponde preparar la de mañana, actuando con un "perpetuo trabajo", la idea de justicia, que inmanente y siempre renaciendo en nuestro espíritu, se encuentra en todas las leyes, pero no se agota en ninguna" (21).

La institución de comentario, pensamos, tiene una muy estrecha relación con las anteriores consi-

---

(19) Comentarios al Código Civil Español, pág. 559.

(20) Véase M. Fernández Marti-Granizo, op. cit., pág. 102.

(21) La Justicia, págs. 126 y 127.

deraciones. La misma la hallamos dentro del ámbito de la propiedad y obedece a necesidades propias de los últimos tiempos, dentro de la larga historia de la humanidad, originadas en factores de índole económico-social asaz importantes. El deber ineludible del jurista, por lo tanto, ante esta nueva cuestión que se nos presenta relativa a la propiedad de casas por pisos, es el de arbitrar remedios y soluciones, con estricto apego a la realidad.

Pero, como hemos comentado, esa realidad es eminentemente cambiante, lo cual debemos considerar muy seriamente, para no caer en el peligro de aplicar a la presente, soluciones propias de otra época, incubadas en supuestos de hecho diferentes. No debemos perder de vista que el derecho auténtico no es ni más ni menos que una expresión espontánea de la vida del hombre en sociedad. Precisa por ende, sumergirnos dentro de esa realidad, para desentrañar así los elementos de juicio necesarios, para dar respuesta adecuada a los problemas que plantea.

Muchas veces no encontramos la solución, llana y simplemente por un error de método, consistente en aferrarnos a fórmulas obsoletas que constituyen trabas a la formación espontánea del derecho, como fiel reflejo de la vida y la realidad. Tal circunstancia se ha dado frente a la problemática de la propiedad horizontal, entorpeciendo así la debida utilidad que la institución está llamada a prestar.

Debido a lo anterior, ha sido menester recorrer un largo camino, lleno de vicisitudes, para llegar a la debida concepción jurídica en torno a la institución de marras; para entender que la misma supone la concurrencia de una propiedad singular y exclusiva sobre cada uno de los pisos o apartamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, con la de una copropiedad ejercida conjuntamente por cada uno de los titulares del derecho singular, sobre los elementos comunes del edificio; que tales elementos comunes revisten el carácter de accesorios respecto a las partes privativas, según se desprende del fin que se les atribuye, a saber, servir para el uso y disfrute de los pisos o apartamentos; que dentro de la institución, el género es, no la comunidad, sino el derecho de propiedad, el cual incluye una especie destacada de las demás tradicionales, por lo que configura una propiedad de tipo complejo, con fisonomía propia e independiente, dada su enorme importancia y trascendencia social. Ahora, la comunidad que esos elementos secundarios entrañan, no puede generar la posibilidad de terminar con la existencia misma de las partes privativas, ya que están consagradas a su servicio, lo cual justifica su indivisibilidad. Se llega pues, en base a estas conclusiones, a delimitar claramente el campo de los elementos jurídico-reales de la institución, sea el privativo y el común, desde el punto de vista físico y funcional; ello conduce a una definición en lo relativo a la naturaleza jurídica de la misma, lo que permite regularla minuciosamente, de acuerdo con sus especiales características, con preceptos de derecho necesario.

Sin embargo, todavía, es menester revisar a fondo lo relativo a los elementos comunes, pues la copropiedad sobre los mismos está concebida de conformidad con los principios romanistas sobre la comunidad de bienes, de corte individualista, y eso no rima con los fines que tales elementos cumplen dentro de la propiedad de casas por pisos. No se trata ya de poner remiendos a una comunidad, destinada por naturaleza a disolverse lo antes posible, sino de adoptar una nueva comunidad configurada dentro de un espíritu eminentemente colectivo, para que, sin forzamiento alguno, pueda servir al fin que se le encomienda. No se trata ya, por ejemplo, de tener que estipular que dentro del régimen de comentario no procederá la acción de división, como ocurre en el caso del artículo 272 inciso 3 de nuestro Código Civil, sino de consagrar una comunidad que por naturaleza excluya la posibilidad de dicha acción y que, por ende, está capacitada para cumplir con el cometido que se le confía, con plena autonomía. Si bien es cierto, una comunidad así concebida no cuenta con el espaldarazo de nuestra legislación común, la Ley especial debe dárselo entonces, pues así lo demanda la situación real que regula. En fin, ya eso configuraría materia de un tema específico, que debe ser tratado por aparte. Queda ahí la inquietud.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, Manuel: *"Derecho Civil"* (Tomo III, Derecho de Bienes, vol. I). Editorial Bosch, 1974, Barcelona.

ALVAREZ CASCO, Félix: *"Condominio de casas divididas por pisos en Santander"*. Revista de Derecho Privado, Tomo XV, año 1928.

ARANGIO-RUIZ, Vicente: *"Historia del Derecho Romano"*. (Traducción de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibañez), segunda edición. Editorial Reus, S. A.

ARIAS RAMOS, José: *"Derecho Romano"*. 13a. edición revisada por J. A. Bonet. Editorial Revista de Derecho Privado.

AZCARATE, Gumersindo de: *"Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa"*. (Tomo I). Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación MDCCCLXXIX.

BARMANN, John: *"Sobre la dogmática del condominio"*. (Copropiedad por pisos). Revista de Derecho Notarial, año 1956, Madrid, págs. 159 y ss.

BATISTA MONTERO-RIOS, José: *"La propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 1960, págs. 703 y ss. *"Comunidad para edificar"*. Revista de Derecho Privado, año 1969, pág. 99 y ss.

BATLLE VAZQUEZ, Manuel: *"La propiedad de casas por pisos"*. Séptima edición revisada y actualizada. Editorial Marfil S. A. Alcoy, 1973.

BONFANTE, Pedro: *"Instituciones de Derecho Romano"*. (Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma). Tercera Edición. Editorial Reus, 1965.

BORJA MARTINEZ, Manuel: *"La propiedad de casas de pisos o departamentos en Derecho mexicano"*. Editorial Porrúa S. A. México, 1957.

BUEN, Demófilo de: *"Derecho civil español común"*. Segunda edición, (Vol. I). Editorial Reus, 1931.

COLIN Y CAPITANT: *"Curso elemental de Derecho civil"*. (Tomo II, vol. II). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961.

GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús: *"Casusismo y jurisprudencia romana"*. UNED, Madrid, 1973.

GONZALEZ, Jerónimo: *"Propiedad sobre pisos y habitaciones"*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1929, Madrid, págs. 71 y ss.

KUNKEL, Wolfgang: *"Historia del Derecho Romano"* (Traducción de la cuarta edición alemana). Editorial Ariel. Barcelona, 1973.

MANRESA Y NAVARRO, José María: *"Comentarios al Código Civil español"* (Tomo III) Sétima edición. Editorial Reus. Madrid, 1952.

FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, Mariano: *"La Ley de propiedad horizontal en el derecho español"*. Segunda edición ampliada y corregida. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

MAZEAUD, Henry, León y Jean: *"Lecciones de Derecho Civil"*. (Parte II, vol. IV, Derechos Reales principales). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.

OGAYAR Y AYLLON, Tomás: *"Nuevo Régimen Jurídico de la propiedad horizontal"*. Revista de Derecho Privado, año 1960, Madrid, págs. 859 y ss.

REFFINO PEREYRA, Virgilio: *"La propiedad horizontal"*. Edit. Claridad. Buenos Aires, 1952.

SAVIGNY, Federico Carlos de: *"De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho"*. Comprendida en la obra *"Thibaut y Savigny. La Codificación"*. (Traducción del alemán de José Díaz García). Ediciones Aguilar, 1970.

VECCHIO, Giorgio del: *"La Justicia"*. Ediciones Góngora. Madrid, 1925.

* * *

CRISIS INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA EN LA FORMACION DEL ESTADO NACIONAL

Lic. Víctor Ml. Hernández Cerdas.

INDICE

CAPITULO III.
NACIMIENTO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA 36
1. CONSIDERACIONES PREVIAS 36

2. ANTECEDENTES GENERALES A SU ORGANIZACION 36
a) Administración de Justicia en el período colonial 37
b) El Supremo Consejo Real de Indias. 38
c) Constitución de Bayona - 1808 38
d) La Constitución de Cádiz 39

3. LA ORGANIZACION JUDICIAL EN EL ESTADO NACIONAL 40
a) Las tres primeras constituciones. 40
b) División del Supremo Poder del Estado 42
1. Breve referencia histórica 42
2. La Constitución Federal 43
3. Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica 44
4. Corte Superior de Justicia. 44
5. Ley de Bases y Garantías 45
6. Código General de 1841 46

CAPITULO III

NACIMIENTO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Con el fin de analizar el proceso seguido en la administración de Justicia durante los años anteriores a su institucionalización, mediante la instauración de la Corte Superior de Justicia, cosa que intentaremos en el presente capítulo, haremos en primera instancia una relación entre el Derecho (*) y el Estado. Damos este enfoque por cuanto que anteriormente aseveramos que el Estado como tal, necesita del Poder para organizarse, mantener el orden y en definitiva subsistir.

A partir de este análisis, encontramos la fuente funcional de la autoridad política, que en definitiva son las órdenes que se autovalidan para el logro de las metas colectivas.

En términos históricos y desde el ángulo analítico, el origen de la autoridad es consensual y se basan en las exigencias funcionales de las órdenes que se autovalidan; su institucionalidad y funcionalización son a la vez, histórica y analíticamente dependientes de la diferenciación y discriminación de clases.

Expusimos anteriormente, nuestra concepción del Estado, como una unidad que opera en la realidad histórico-social; la cual debe de constituirse a la vez en el punto de partida, a fin de determinar el concepto de derecho. "Esta autoridad habrá de estar autorizada y dotada de poder para llevar a cabo el aseguramiento del derecho. Ha de tener el poder de declarar, aplicar y en lo posible, también de ejecutar el derecho. . ." (74). Para garantizar tan alto grado de seguridad jurídica es menester contar con la soberanía del Estado, ese carácter de suprema unidad de decisión y acción es lo que le permite asegurar la unidad del derecho y de la ejecución.

Entre los factores que concurren en la integración del Estado, el derecho es un elemento imprescindible; ya que en la dinámica de las relaciones de dominación histórico-sociales, el poder se convierte en un status político únicamente gracias al derecho. Mediante la organización de instancias legislativas, judiciales destinadas a la creación del derecho jurídico, el derecho ha ido desarrollando a través de la historia una serie de diferencias con respecto a las reglas convencionales. Este proceso de diferenciación se presenta conforme se incrementa la interdependencia y el intercambio que resulta de la creciente división del trabajo; la cual demanda una ordenación normativa, establecida de modo consciente y según un plan, y que en lo posible, ésta debe ser previsible en su ejecución (75).

De lo expuesto, llegamos a la conclusión de que la relación del Estado y el Derecho no consiste en una simple unidad indiferenciada, ni en una irreductible oposición; más bien el Estado, mediante la organización estatal establece y asegura el derecho legal.

2. ANTECEDENTES GENERALES A SU ORGANIZACION.

No es posible entrar de inmediato a estudiar nuestra organización jurídica, en el ámbito del naciente Estado Nacional, sin antes echar una mirada hacia la organización jurídica bajo el dominio español, la cual sin lugar a dudas se proyectó en nuestra organización política, jurídica y administrativa.

Como es sabido durante la época colonial la Provincia de Costa Rica pertenecía al imperio monárquico español, por lo que las autoridades coloniales eran nombradas por el Rey y dependía de una irrestricta voluntad, ya que en su persona estaba representado y concentrado todo el poder, como el más alto grado jerárquico que reunía las funciones legislativas, administrativas y judiciales.

(*) Entendemos el derecho como: El conjunto de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, que son preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder público, o por el pueblo mismo, a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual.

(74) HELLER, Hermann. 1974, pág. 242.

(75) Idem, pág. 204 y ss.; 239 y ss.

a. Administración de Justicia en el período colonial.

Nos referiremos enseguida a la forma como se organizó la administración de justicia durante el período colonial, dando mayor énfasis a los aspectos que concurrieron en la organización judicial postindependentista. Queda con ello dicho, que hemos de prescindir de ciertos organismos judiciales traídos por los españoles, que si bien es cierto se instituyeron y surtieron grandes efectos en otras regiones en América; para lo que a nosotros concierne no los entraremos a estudiar, por cuanto a muchos de ellos, en nuestro medio no se les dio ninguna aplicación.

Los antecedentes más remotos los encontramos en la organización judicial de Castilla ya que las instituciones que los españoles crearon en América al poblarla, fueron modelo de las que tenían en su propia tierra, y que estaban destinadas a regirlos a ellos mismos.

Enseguida nos referiremos a los organismos que por lo general siguieron un orden de funcionamiento, en atención a la evolución de las ciudades fundadas; lo cual lo haremos en forma sintética y en lo que nos sea posible, esquemáticamente.

Al fundarse una ciudad, el "Adelantado" –colonizador que debía de actuar de acuerdo a lo dispuesto en las capitulaciones, pactos o convenios que antes había determinado con los Reyes de España (76)– designaban las autoridades que debían regirla (*). De esta forma nacía el primer CABILDO cuyas funciones eran variadas: tal como electorales, deliberantes, administrativas y judiciales. Según la categoría de la ciudad o villa, el ayuntamiento estaba constituido de mayor o menor número de representantes: en las ciudades, el cabildo estaba integrado por ocho regidores, un alguacil, un alcalde ordinario, un procurador general, un escribano de consejo, un pregonero mayor, etc. (77).

EL ALCALDE ORDINARIO era un funcionario judicial a quien le correspondía la primera instancia en los pleitos civiles y causas criminales. Juzgaba de las deudas de habitación, alimentación y vestido; así como de otras obligaciones de carácter sencillo y fácil.

EL ALGUACIL MAYOR, era nombrado en algunas ocasiones por el gobernante y en otras adquiría el puesto en remate público; dentro de sus funciones le correspondía ejecutar los mandamientos de la justicia.

EL GOBERNADOR estaba bajo la dirección de los Virreyes; le correspondía todas las facultades del gobierno, administración de la Provincia, tanto en lo civil y político, como en lo judicial; y la dirección de los cabildos. Así tenemos que el Cabildo de Cartago, debido a la inopia de individuos idóneos para ocupar los cargos, y por ser estos vendidos –desde 1590– y no haber quienes lo compraren, en muchas ocasiones le correspondió al gobernador ejercer todas las funciones de dicho organismo. Recuérdese además, que la administración del gobierno de la provincia, hubo de enfrentarse en repetidas oportunidades a problemas –aunque no le correspondía, debió de darles solución– bastante críticos con la Capitanía del Reino, debido a la distancia que nos separaba y a otros factores que contribuían al distanciamiento. El Dr. Carlos Meléndez, dice al respecto que:

> "En reiteradas ocasiones pleitos que se elevaban hasta el gobierno superior, se tardaban años en que se resolvieran y en consecuencia los costos eran elevadísimos, a efecto de tener que pagar juristas en Guatemala que atendieran los casos" (78).

Los españoles en su obra colonizadora creaban las ciudades de acuerdo al grado de desarrollo y necesidades de la región donde se ubicara, optaba por fortalecerla con la creación de una REAL AUDIENCIA. Definitivamente, estas instituciones dentro del período colonial fueron las instituciones de mayor crédito dentro de la administración.

Costa Rica, a partir de 1568 forma parte de la Capitanía General de Guatemala, donde residen las autoridades superiores del también llamado Reino de Guatemala. Allí mismo residía la Audiencia, cu-

---

(76) OTS CAPDEGUI, J.M. 1946, pág. 63.

(*) Eventualmente, le correspondía atender funciones judiciales. Cuando Cavallón echó las bases de Garcimuñoz, Vásquez de Coronado las de Cartago, Perafán de Rivera las de Aranjuez, Anguciana de Gamboa las de Espíritu Santo de Esparza, los vecinos de estas nuevas poblaciones nombraron a las personas que debían constituir los correspondientes cabildos.

(77) MONGE ALFARO, Carlos. 1978, pág. 123.

(78) MELENDEZ CHAVERRI, Carlos. 1979, pág. 65.

yas facultades abarcaban no solo los asuntos de justicia, sino aquellos otros de gobierno y de hacienda. Como el Reino de Guatemala dependía en forma directa de la Península; su Audiencia, como algunas otras en América, vino a ser en la práctica un pequeño Consejo de Indias. Su Presidente era a la vez el Gobernador y Capitán General del Reino, funciones éstas que ejercían en forma independiente de la Audiencia (79).

La Real Audiencia de Guatemala se erigió en el año de 1543 (*) compuesta de oidores o jueces, al igual que todas las demás Reales Audiencias creadas en América por el Imperio Español; le correspondía servir de Tribunal Superior de Justicia, debía de atender las apelaciones de tercera instancia que se interponían contra los fallos que dictaban los gobernadores o Intendentes u otros jueces en todo el distrito de su jurisdicción. Además de sus funciones estrictamente judiciales, las audiencias eran órganos consultivos del virrey, a quien sustituían provisionalmente en el gobierno mientras el monarca designaba a la persona que debía reemplazarlo.

Una de las funciones más importantes de las audiencias eran las que desempeñaban con respecto a los recursos de fuerza, los cuales son verdaderos antecedentes hispánicos de nuestro juicio de amparo; estos se entablan contra tribunales eclesiásticos y civiles cuando unos u otros, se extralimitaban de su jurisdicción y afectaba a las personas en su libertad y en sus bienes.

b. El Supremo Consejo Real de Indias.

Bien es sabido que la División de Poderes, no funcionó mientras imperó la antigua Monarquía Española; ya que todo el poder residía en manos del Rey; principio aquel, que de por sí, era desconocido para la ciencia política de aquella época.

No obstante, para el gobierno de la Corona Española en América, se creó en 1524 el Consejo Supremo de Indias (*), el cual subsistió hasta 1812 en que lo reemplaza el Consejo de Estado y Cortes legislativas que instituyó la Constitución de Cádiz. El Consejo de Indias tenía a su cargo la formulación de leyes, reales, cédulas, y otros ordenamientos relacionados a los asuntos eclesiásticos, civiles, militares, de negocios, etc.

Con respecto a la Administración de Justicia, este organismo intervenía de dos maneras: con facultad privativa en los juicios de residencia y en las visitas y por apelación, en los asuntos que venían de las Audiencias. Dicho Consejo Supremo residía en Madrid, y estaba dividido en tres salas: dos de gobierno y una de justicia. Lógicamente toda la legislación que rigió en América, venía de España, preparada en su mayor parte por el Consejo de Indias y promulgadas por el Rey.

Cabe señalar que esa legislación arranca en las capitulaciones de Santa Fe, firmadas por Cristóbal Colón, con los Reyes Católicos, en el momento que el navegante salió en busca de nuevas tierras.

En síntesis, los poderes y facultades de este organismo variaron con el tiempo; los ajustes fueron obedeciendo a los intereses que sobre estos asuntos ponía el Rey; sin embargo, la estructura permaneció hasta que los monarcas borbones en la segunda mitad del siglo XVIII, plantearon una nueva reestructuración.

c. Constitución de Bayona - 1808.

Es importante señalar que los principios y en general toda la organización dispuesta por el poder monárquico, ejerció fundamental influencia en la conformación de la estructura socio-económica, institucional y jurídico-administrativa de las colonias; especialmente aquellas erigidas en las postrimerías de la colonia. Se determinaron así, características y tendencias que perduran y sobrepasan más allá de la emancipación política; es decir, su efecto y validez continúan en la etapa inicial de la estructuración libre e independiente de cada Estado.

Debido a la invasión napoleónica a España y consecuentemente a las nuevas corrientes filosóficas francesas y la misma Revolución Francesa, se sustituye el régimen monárquico absoluto por la monarquía limitada. Es con la Constitución de Bayona, en 1808 donde la Corona Española da un esbozo por vez primera del principio de la Separación de Poderes —aunque no significó un aporte

---

(79) Idem, pág. 64.

(*) La componían las gobernaciones de Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, Soconuzco, Verapáz y Chiapas.

(*) Su origen está en el Consejo de Castilla, que antes del descubrimiento del Nuevo Mundo, servía como organismo asesor del gobierno de los Reyes en España.

directo a nuestra vida institucional—; este documento sin lugar a dudas, tanto en lo que se refiere a administración de justicia como a otros aspectos de la administración, es la que da las pautas para la formulación de la Constitución de Cádiz de 1812; la cual, como más adelante veremos se constituye en la piedra angular de la organización jurídico-administrativa de nuestro incipiente Estado Nacional.

El Título XI de la Constitución de Bayona, está consagrado a la administración de justicia; en él, se establece que "las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de Leyes civiles y criminales; en lo que corresponde al orden judicial será independiente de sus funciones y se administrará en nombre del Rey, por Juzgados y Tribunales que él mismo establecerá. Habrá jueces conciliadores que forman un Tribunal de pacificación, Juzgados de primera instancia, Audiencias más Tribunales de apelación, un Tribunal de reposición para todo el Reino y una Alta Corte Real. Las sentencias dadas en última instancia deberán tener su plena y entera ejecución, y no podrán someterse a otro Tribunal, sino en caso de haber sido anuladas por el Tribunal de Reposición. El número de Juzgados de primera instancia se determinará según lo exijan los territorios (80).

d. La Constitución de Cádiz.

Es en la Constitución de Cádiz donde efectivamente se hace evidente la influencia del pensamiento jurídico, político y filosófico de los ideólogos del siglo XVIII, particularmente Rousseau y Montesquieu; en ella se formulan principios claramente opuestos a los que sustentaban al absolutismo monárquico.

Se adoptó, por primera vez, la distribución o separación de funciones entre varias agrupaciones relativamente autónomas; de manera que se obliga al Poder del Estado —por la propia mecánica de organización— a omitir todo tipo de abuso y respetar la libertad e igualdad de los ciudadanos.

Además, por medio del art. 259 se instauró el Supremo Tribunal de Justicia, cuya jurisdicción se extiende a todas las provincias del Reino; a él le correspondió la inspección suprema sobre los Jueces y Tribunales encargados de la administración de Justicia; que sin limitar el desempeño de las funciones de aquellos, debía velar la escrupulosa observancia que hagan de las leyes los mismos; y juzgar las causas que se refieran sobre hacer efectiva la responsabilidad de los jueces y magistrados superiores en los casos determinados por la ley (81).

No podemos dejar de hacer la observación de que tanto las Audiencias como el Supremo Tribunal de Justicia, son las instituciones que más adelante van a servir de base para la organización jurídica de nuestro naciente Estado. La Corte Superior de Justicia, instaurada constitucionalmente en la "Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica" de 1825, guarda entre sus preceptos, aspectos básicos que aparecían en la Constitución de Cádiz, sustentando a los organismos judiciales de la colonia.

Cuando en el Estado costarricense se dijo por primera vez que, "la justicia debía constituir un poder en el Estado" o "la Justicia debía ser independiente de otro poder" o las "sentencias judiciales debían de fundarse en la ley", etc., se estaba orientando el naciente Estado Nacional por los principios característicos del moderno Estado.

Como es de suponer, esta concepción es seguida por los antecedentes y necesidades experimentadas en otras esferas, manifestadas en nuestro medio por las influencias culturales que todo ente en formación percibe; de allí que la apreciación de dicha organización, promovió el mismo proceder en nuestra organización judicial.

Así, por ejemplo, la Revolución Francesa y la emancipación de las colonias del norte, nos transmitieron las ideas, pensamientos e iniciativas que son recogidas en el país, en la medida que lo requerían nuestras necesidades y practicadas en la medida que lo permitía nuestra propia cultura. Más adelante conforme avanzamos en el presente estudio de la organización de la Justicia, veremos que esta asimilación fue en un principio bastante crítica, debido a que el modelo instaurado necesitaba para su funcionamiento un grupo necesario de profesionales; cosa que nuestro Estado, a consecuencia de la situación socio-económica y legado colonial, no podía atender.

---

(80) Francisco Seix, Editor, Tomo XVIII. 1910, pág. 560.

(81) Idem, pág. 594-595.

3. LA ORGANIZACION JUDICIAL EN EL ESTADO NACIONAL.

Nuestro país desde el momento de su organización, a escasos seis años de la emancipación política escogió el camino del derecho como medio insuperable de resolver los conflictos y como el sistema más civilizado de convivencia. En realidad, hacer una historia de nuestro Poder Judicial equivale a hacer una historia completa de nuestra vida republicana, y no es que se puedan narrar los momentos críticos y la forma progresiva en que se ha desarrollado la vida política, basada en los principios jurídicos que le guardan; sino más bien que estos principios fundamentales son los que dan el sustento a nuestro Estado democrático. Esta institución sienta las bases del Estado de derecho que siempre nos ha caracterizado; todo hombre encuentra el amparo de nuestras leyes y es tratado bajo los principios objetivos y justos existentes. Es interesante observar que desde que se da la independencia de la Corona Española nos regimos al amparo de las leyes establecidas dentro de nuestras cartas constitucionales.

De allí, se arranca la conformación de nuestro Estado bajo los principios jurídicos y es consolidado con el nacimiento de la Corte Superior de Justicia, que aunque en un principio la ausencia de profesionales en el campo hizo que ésta, por varias ocasiones, se disolviera; todo lo que respecta a la legislación estuvo bien fundamentado.

a. Las tres primeras constituciones.

La Provincia de Costa Rica por medio del Pacto de Concordia se declaró un Estado libre e independiente; sin embargo, en cuanto a legislación y otros ordenamientos se refiere, continuó durante los primeros años de vida independiente manteniendo ciertos nexos con los parámetros españoles que nos venían rigiendo. Para ilustrar nuestra anterior apreciación, recurrimos a manera de ejemplo al artículo No. 6 del Pacto de Concordia, el cual establece que los derechos del ciudadano se suspenden o se pierden por las mismas causas que expresan los artículos 24 y 25 de la Constitución española.

Más adelante se establecen los principios que habrían de servir de base para nuestro desarrollo constitucional, y se creó la Junta Superior Gubernativa; para que ejerciera las funciones de gobierno.

El artículo No. 24 señala:

> "La Junta reasumirá la autoridad superior de capitanía y superintendencia general, mando político, diputación provincial y *de audiencia, en cuanto a lo protectivo, no en lo judicial (*).* Y en consecuencia podrá expedir y dictar todas las providencias que demande la libertad, seguridad y buena administración de la provincia en sus respectivos atributos, conforme a este Pacto y a la Constitución española y leyes vigentes, en lo que a él no se opongan (82).

Si se pondera valorativamente lo dispuesto en el artículo 24, la conclusión que de ello se obtiene es indiscutiblemente positiva, por cuanto que a la Junta de Gobierno se le señalan las facultades que le corresponde, haciéndose la salvedad de lo relacionado a la administración de justicia; o sea que es indubitable que en este momento se deja entrever una cierta división en el poder político; lo que es un signo denotativo de la democracia y que data como principio garante de la seguridad jurídica.

Uno de los principios básicos con que se debe de contar para una efectiva administración de Justicia, es el disfrute de independencia con que esta excelsa función debe de contar; sin embargo, esperar que esta característica se diera en forma definida en el Pacto de Concordia, sería contraproducente. No obstante, a lo antes expuesto, quiero dejar constancia que en esta carta constitucional se dan pasos de avanzada en ese sentido; ya que nuestra Constitución Política fue muy acertada al disponer que "la Junta reasumiría el poder en lo referente a superintendencia general, mando político, autoridad superior de capitanía, diputación provincial"; pero en lo que correspondía a la Audiencia era, únicamente en lo protectivo no en lo judicial; obteniendo con ello la independencia funcional de la administración de Justicia.

En el artículo 41 se establece que en lo Judicial le corresponde a la Junta, como Tribunal de Protección únicamente velar porque los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia, de acuerdo a lo dicho en la Constitución española y demás leyes existentes, en especial la del 9 de octubre de 1812.

(*) Lo subrayado es nuestro.

(82) ZELEDON, Marco Tulio. 1946, pág. 11.

Además, a efecto de evitar cualquier atraso en la Administración de Justicia, le correspondía a la Junta determinar las competencias de jurisdicción y los recursos de agravios y fuerza, así como señalar el Juez Constitucional que debía conocer la causa que suscitara por la disputa de un pueblo contra otro, o un particular como actor contra un pueblo.

El artículo 44 se refería a los casos de apelación "en grados de segunda instancia"; los cuales al no poder establecer por ahora la Provincia un Tribunal competente; mientras que lo hay se observará:

1) Que en lo criminal, la sentencia de pena grave, como destierro, mutilación o cosa semejante, quede suspensa y custodiado el reo, considerándose la detención en parte de la condena; más si la sentencia recayese por atentar contra el gobierno de la provincia o la Independencia americana, se ejecutará con previo conocimiento de la Junta, y también, en todo caso, las penas correccionales o no aflictivas gravemente.

2) Que en lo civil, si la apelación tuviere lugar en ambos efectos, afiance la parte de quien o contra quien se reclame y si en uno solo, la parte recipiente (83).

Prácticamente, la organización judicial de la colonia se reiteró, no con lo que a ese respecto, se dispuso en el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica; ya que como lo hemos aseverado, en varias de las disposiciones se determinó que se cumplirían de acuerdo a lo establecido en la constitución española; estableciendo, además el "Tribunal de Residencia" al cual se le confirió el más alto grado de la autoridad judicial. Una de las novedosas facultades con que se invistió a dicho Tribunal consistía en enjuiciar al gobierno en los casos en que éste se excediera de sus facultades. El artículo 49 dice que:

"Cualquier ciudadano podrá acusar a la Junta de Gobierno (por haberse excedido de los poderes que le concedía el Pacto) ante el alcalde constitucional de su vecindad, quien examinará los testigos exigiendo de ellos sigilo bajo el mismo juramento que presten, observando igual conducta el mismo alcalde y secretario del ayuntamiento, ante quien recibirá la información sumaria, de la que compulsando un testimonio lo franqueará a la parte actora, y el original lo remitirá sellado y cerrado al presidente de la comisión. . ." (84).

Esta comisión era nombrada por la Junta Electoral, de su seno, y se componía de once miembros y cuatro suplentes, para que vista la sumaria determinara si procedía o no el juicio contra la Junta; en el caso de que si hubiese lugar a la formación de la causa, la comisión nombrará de su seno, por mayoría de votos, los miembros del gobierno que debieran ser sustituidos. Para evitar que el gobierno tratara de soslayar el juicio de residencia, tendrá a su disposición la fuerza armada, a fin de hacer cumplir su sentencia.

Fácilmente se advierte que la legislación española siguió manteniendo vigencia dentro de nuestras primeras cartas constitucionales; pues basta con realizar un somero análisis tanto en el Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica emitido el 17 de marzo de 1823, como el que se dictó dos meses más tarde; el 16 de mayo del mismo año, a consecuencia de los hechos ocurridos en Ochomogo; ya que en ambos documentos, se establecieron reglas análogas a las contempladas en el Pacto de Concordia, con el agregado de lo dispuesto en los artículos 50 y 35 de las respectivas cartas constitucionales, cuya disposición era que los Alcaldes Pedáneos conocerían de "los negocios leves que merezcan una ligera corrección y en los civiles que no excedan de cinco pesos, con apelación ante los Alcaldes Constitucionales". En la Constitución "Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica", no fue la máxima autoridad el Tribunal Supremo de Residencia, como lo fue en el Pacto de Concordia, sino que ésta residió en el llamado Congreso Provincial.

La experiencia histórica demuestra una vez más la inestabilidad político-administrativa en que vivió nuestro naciente Estado; pues en tan solo tres años de vida independiente se registraron tres constituciones políticas, las cuales guardaron similares características. Es bien conocido y expuesto en páginas anteriores el momento histórico en que se gestaron estas cartas constitucionales; sin embargo, cabe agregar que la estabilidad y funcionamiento regular de las instituciones, independientemente de la forma gubernativa a que pertenezcan, obedecen a la sinergia entre gobernantes y gobernados, y este factor, a su vez, supone la politización de unos y otros. Esta relación a nuestro juicio, en Costa Rica estuvo ausente —en parte se debe a la estructura heredada—; ya que, según hemos dicho, gran parte

(83) Idem, pág. 13-14.

(84) Op. cit., pág. 13-14.

de la población era políticamente inconsciente por su incultura y escasos recursos económicos, sin tener conciencia del régimen político en que vivieron durante la dominación española. En realidad, el dilema suscitado para definir el régimen político que debía tomar el naciente estado, se entabló entre el grupo progresista y el conservador; los cuales perseguían sus propios intereses.

b. División del supremo poder del Estado.

Ya hemos afirmado que el poder del Estado tiene que ser desde el punto de vista del derecho, el poder político supremo, y desde el punto de vista del poder, el poder político normalmente más fuerte, dentro de su territorio; pues de lo contrario, no será soberano ni poder del Estado (85).

Ahora bien, la forma del Estado se determina de acuerdo a la distribución que del poder se haga; de allí que la democracia por ejemplo sea una estructura de poder constituida de arriba abajo; o sea una estructura que constituye singularmente una realidad política de máxima importancia práctica, en que la organización democrática del Estado del Derecho, con su división de poderes y garantías de los derechos fundamentales, limitan eficazmente el poder político de los dirigentes mediante preceptos constitucionales (86).

También en el capítulo anterior, señalamos que el principio de división de poderes enseña que cada una de esas tres funciones debe de ejercerse separadamente por órganos estatales diferentes, de tal manera que su desempeño no se concentre en una sola autoridad. Si la función legislativa, ejecutiva y judicial se concentrara en un solo órgano del Estado, no se tendría sistema democrático; sino más bien régimen monárquico absolutista o aristocrático o dictatorial.

Claro que, el principio de la separación de los poderes bajo la concepción montesquiana, no fue considerada bajo términos absolutos; sino que entre ellos debe de existir una relación sabiamente establecida que, en el juego armónico de su desenvolvimiento, les permita actuar sin sobreponerse el uno a los otros o sin verse expuestos a sometimientos incompatibles con la dignidad de la propia función.

1. Breve referencia histórica.

La Asamblea Nacional Constituyente se reunió en Guatemala en junio de 1823 a fin de discutir las bases y estructura del gobierno que iría a tomar la unión Centroamericana. En dicha ocasión se decretó que las provincias que componían anteriormente el Reino de Guatemala, eran libres e independientes de la Antigua España, de México y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo; además de que en lo sucesivo se denominarían Provincias Unidas del Centro de América. Con esta disposición se delimita el poder de organización social-territorial del Estado; es decir, se pone de manifiesto la soberanía del Estado, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo.

Sin embargo, no quedándose solamente en la declaración anterior, se dispuso el 2 de julio del mismo año, que el poder público estaría dividido en tres órganos que comprenderían: el legislativo que permanecía indivisible, en la Asamblea; el judicial en los tribunales establecidos; y para el ejecutivo se acordó hacer la elección de tres individuos que debían de ejercerlo conforme al reglamento que se expidió el día 8 del mismo mes (87). No obstante a que se fijan los parámetros del Estado Federal y el vislumbramiento de toda una organización, se inicia un período de total inestabilidad en los Estados que constituían el Reino de Guatemala y se prolongó hasta finales del año de 1823.

El 17 de diciembre del mismo año se decretaron las bases de la constitución (88), en ella se adoptaba la forma de gobierno "popular, representativo y federal"; y se dispuso que en cada uno de los estados de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica que debían componer la Federación del Centro, se dieran su propia organización y la misma división de poderes, con las atribuciones que les correspondía en su interior (89).

En consecuencia a las disposiciones que anteceden, el Estado de Costa Rica procedió a la elec-

---

(85) HELLER, Hermann. 1974, pág. 265.

(86) Idem, pág. 266-267.

(87) MARURE, Alejandro. Tomo I, 1877, pág. 62-63.

(88) GONZALEZ VIQUEZ, Cleto. Tomo I, 1937, pág. 153 a 162.

(89) MARURE, Alejandro. 1877, pág. 82.

ción de diputados; quedando instalado el Congreso el 6 de setiembre de 1824; el Presidente lo fue el Lic. Agustín Gutiérrez L. El día 8 del mismo mes, se eligió el Jefe de Estado, recayendo el nombramiento en el ciudadano Juan Mora Fernández (*). Por medio del Decreto No. V del 24 de setiembre se dispuso que el Estado de Costa Rica es y será libre e independiente de España, México y cualquiera otra potencia o gobierno, formará parte de la República del Centro de América; el gobierno será ahora y siempre representativo y estará siempre dividido en: Legislativo, que residirá en el Congreso Constituyente; el Ejecutivo en el Jefe nombrado por los pueblos del Estado y el Judicial, en la Corte Superior de Justicia y en los Juzgados (90).

2. La Constitución Federal.

Con la Constitución de la República Federal de Centroamérica del 22 de noviembre de 1824, quedó instaurada la República Federal compuesta por la suma de los territorios de Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala. El territorio como elemento geográfico del Estado, es el espacio terrestre, aéreo y marítimo, donde la entidad estatal ejerce su poder a través de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial y por conducto de sus respectivos órganos o autoridades.

Ahora bien, dentro de la estructura federal de un Estado se destacan dos esferas donde las funciones dichas se desempeñan; a saber: la federal y la que corresponde a cada uno de los Estados federados. La jurisdicción de estas esferas no es con respecto a la estructura territorial sino por la materia en relación con la cual las mismas funciones se ejecutan. De allí, que la Constitución Federal determina las materias sobre las cuales las autoridades de la federación pueden legislar y realizar sus actividades administrativas y jurisdiccionales. Con respecto a lo que cada uno de los Estados miembros establecen, no se contemplan dentro de esa estructura, ya que éstas tienen solamente efecto dentro de sus respectivos territorios. Estas ideas son reflejo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Federal, que expresa que: "Cada uno de los Estados que la componen es libre e independiente en su gobierno y administración interior, y les corresponde todo el poder que por la constitución no estuviere conferido a las autoridades federales".

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que dentro del territorio perteneciente a cada Estado miembro, se ejercen dos tipos de poder público, uno el federal y otro el local, de manera que las leyes contenidas en la constitución federal debían ser obedecidas por las constituciones particulares de los Estados miembros.

En lo que corresponde al gobierno de la República Federal Centroamericana, se estableció que ésta sería federal de carácter representativo y popular y ejercido por tres poderes: el legislativo, lo componían dos cámaras: el Congreso y el Senado, el Ejecutivo lo ejercía un Presidente de la República y en su ausencia un Vicepresidente, y en cuanto a la administración de justicia, correspondía a una Corte Suprema de Justicia, con las atribuciones que los artículos 136, 137 y 138 señalan.

El artículo 136 disponía que la Corte Suprema de Justicia:

> "Conocerá en última instancia, con las limitaciones y arreglos que hiciera el Congreso, en los casos emanados de la Constitución, de las leyes generales, de los tratados hechos por la República, de jurisdicción marítima, y de competencia sobre jurisdicción en controversias de ciudadanos o habitantes de diferentes Estados".

El artículo 137 agregaba:

> "En los casos de contienda en que sea parte toda la república, uno o más Estados, con alguno o algunos otros, o con extranjeros o habitantes de la República, la Corte Suprema de Justicia hará nombren árbitros para la primera instancia; conocerá en la segunda; y la sentencia que diere será llevada en revista al Senado, caso de no conformarse las partes con el primero y segundo juicio, y de haber lugar a ella según la ley".

Y el artículo 138 expresaba que:

> "Conocerá originalmente con el arreglo a las leyes, en las causas civiles de los ministros diplomáticos y consulares; en los criminales de todos los funcionarios en que declare el Senado, según el artículo 103, haber lugar a la formación de causa".

(*) En el documento No. 2, folio 2 de la Sección Congreso del 20 de agosto de 1824, se dice que en el último escrutinio resultaron electos para desempeñar los Supremos Poderes del Estado: Jefe Supremo, Juan Mora Fernández; Segundo Jefe, José Rafael de Gallegos; para la Corte Superior de Justicia, Presidente, Manuel Barberena. Seguramente aunque las elecciones se llevaron a cabo en agosto, fue hasta los días 6 y 8 del mes siguiente que se instalaron definitivamente.

(90) Oficial. I, 1886. Decreto No. V, 24 setiembre de 1824, pág. 9-10.

Anteriormente señalamos que aparte de existir un orden jurídico fundamental que cubre todos los estados federados, también existía una legislación propia para cada uno de los estados miembros; lo que corrobora el artículo 189, con respecto a que las entidades federativas podían establecer y organizar su propia Corte de Justicia, compuesta de jueces elegidos popularmente; y el artículo 178 el cual dispone que corresponde a las primeras legislaturas, formar la constitución particular del Estado conforme a la Constitución Federal; además de erigir los establecimientos, corporaciones o tribunales que se consideren convenientes para el mayor orden de justicia, economía, instrucción pública y en todos los ramos de administración.

3. Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica.

En esta Carta Constitucional se forja el estilo político de nuestra nacionalidad, que a la postre se constituye en la herencia eminentemente democrática y republicana que dejan nuestros próceres, formadores del Estado Nacional a las futuras generaciones. A partir de este momento la vida constitucional de Costa Rica, sufre un evidente cambio en cuanto a la organización del ejercicio del Poder del Estado; ya que se establece la división de Poderes: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Conservador.

Se expresa ampliamente en esta carta Constitucional la estructura jurídico-administrativa del Estado Nacional.

Como antes lo mencionamos, esta constitución fue consecuente a la Constitución Federal; en ella se reiteró la soberanía del Estado, la división del poder público en los poderes repetidamente mencionados, y se definen las funciones y demás lineamientos propios a la Corte Superior de Justicia.

Pese a lo dispuesto en el decreto del 24 de setiembre de 1824 en que se definía la división de poderes y por consiguiente, la creación de la Corte Superior de Justicia; es análoga nuestra opinión a la de la Lic. Carmen Lila Gómez U., quien define a la Ley Fundamental de 1825 como el documento que estableció el más alto tribunal de justicia, por cuanto que es evidente que la estructura de este organismo se dio con dicha Carta Política, constituyéndose el mencionado decreto en un preámbulo a lo que cuatro meses más tarde contempla y establece la Constitución Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica.

En esta carta constitucional se establece que para la elección de los Supremos Poderes del Estado, se llevarán a cabo las Juntas Populares, de Parroquia y de Partido; a estos últimos les corresponde elegir al diputado o diputados que les corresponda en el Poder Legislativo y sufragar en el tiempo que corresponda para los otros poderes. En caso de que no resultare mayoría absoluta, le corresponderá al Congreso elegir entre los designados, sin considerar quien haya obtenido más o menos votos (91).

4. Corte Superior de Justicia.

En la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, se estableció que el ejercicio del Poder Judicial le correspondía a la Corte Superior de Justicia, la que se compondrá de Magistrados electos popularmente por un período de tres años; el número de magistrados no podrá bajar de tres ni exceder de cinco. Los requisitos para la nominación los consigna el artículo 90 de la constitución y son los siguientes: "Ser natural de la República, en ejercicio de sus derechos, del estado seglar, mayor de treinta años y tener una propiedad que no baje de mil pesos o una renta anual de doscientos, o ser profesor de alguna ciencia. El Presidente y Fiscal debería poseer además las cualidades de Letrado.

La Corte, como Supremo Tribunal de Justicia conocía en segunda y tercera instancia de las causas falladas por los jueces inferiores, en los casos en que la ley otorgaba esas alzadas. Además de los recursos extraordinarios de nulidad, de protección y de fuerza (92).

En atención a lo dispuesto en la mencionada constitución, el congreso por medio del decreto XXXI del 8 de febrero del mismo año, dispuso que se procediera a la elección de los Supremos Poderes del Estado.

Efectuada la elección, el Congreso Constituyente procedió a la apertura de los pliegos en que constaba las votaciones; sin embargo, no habiendo reunido ninguno la mayoría absoluta, excepto el

---

(91) ZELEDON, Marco Tulio. 1946, pág. 55-56.

(92) Idem, pág. 61.

Lic. Agustín Gutiérrez Lizaurzabal; el Congreso Constituyente, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución de 1825 nombró a:

Manuel Barberena	Presidente
Nicolás Carazo	Primer Ministro
Francisco Madriz	Segundo Ministro
Cruz Alvarado	Tercer Ministro
Filadelfo Benavente	Fiscal de la Corte
Agustín Gutiérrez L.	Primer Suplente de la Corte
Camilo Mora	Segundo Suplente de la Corte (93)

A partir de este momento el nuevo organismo inicia una honda crisis institucional, debido a una serie de situaciones de índole socio-económica; no fue sino hasta el primero de octubre del año de 1826 en que se instaló por primera vez la Corte Superior de Justicia. Sin embargo, pese a los sucesos que en el próximo capítulo analizaremos, la tendencia por parte de nuestros próceres por establecer el Supremo Tribunal de Justicia, no se extinguió; sino que se continuó en una lucha constante por organizar dicha institución, hasta el punto de que en los años subsiguientes el Estado costarricense acusaba ya de una franca evolución jurídica.

El 10 de octubre de 1825, por decreto 63 se dispuso que los magistrados que deben de componer la Corte Superior de Justicia gozarán de un sueldo de cuarenta y cinco pesos mensuales, el Presidente y Fiscal o el Letrado suplente en cualquiera de estos dos cargos, devengarán sesenta pesos mensuales. Asimismo el Secretario que dispone el artículo 93 de la Constitución, gozará de veinticinco pesos mensuales y el amanuence que lleve los trabajos de pluma, diez pesos mensuales.

Es evidente el interés de los forjadores del naciente Estado, por consolidar aún más la estructura de la Corte Superior de Justicia. Con el mencionado decreto y el Reglamento para la Administración de Justicia en cualquier instancia (Anexo No. 1) del 26 de enero de 1826, este organismo inicia una nueva etapa que hasta cierto punto garantiza una eficiente independencia con respecto a los otros poderes del Estado; pues si bien es cierto que la independencia de las funciones del Poder el Estado nace a la vida jurídico-constitucional con el fin específico de garantizar al individuo los derechos y garantías individuales y sociales; se hace necesario contar también con otros aspectos, tal como la independencia política, funcional y económica de cada poder por separado, a fin de obtener una verdadera independencia entre sí.

Posteriormente, el 5 de diciembre de 1826 por medio del decreto CVII se emitió el Reglamento Interior de la Corte Superior de Justicia con el fin de introducir un ordenamiento en las funciones ejecutadas por ese organismo (Anexo No. 2); con este documento se contribuye al proceso de definición en que se encuentra esta institución.

En la Constitución Federal de Centroamérica, decretada el 13 de febrero de 1835, se establecieron reglas análogas a las pronunciadas en la Constitución Federal de 1824; se mantiene el principio de la separación del poder público. Con respecto a cada uno de los Estados miembros de la Federación se estableció que "son libres y les corresponde todo el poder que por la constitución no estuviese conferido a las autoridades federales" (94).

5. Ley de Bases y Garantías.

Como se sabe, fue bajo el gobierno de don Braulio Carrillo que se decretó "La Ley de Bases y Garantías". En dicha ley elaborada e impuesta por Braulio Carrillo, éste se declaró como Primer Jefe Vitalicio e Inamovible del Estado de Costa Rica, con ello asume todas las atribuciones encomendadas por la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica a los cuatro poderes del Estado.

Es inconcuso que el artículo cuarto de la Ley de Bases y Garantías disponía que el Poder Supremo del Estado lo ejercían un Primer Jefe, una Cámara Consultiva y otra Judicial; sin embargo, estos órganos separados le estaban subordinados; pues los incisos 3 y 3-5 de los artículos 4 y 5 respectivamente, establecían que el Primer Jefe es Presidente nato de esta Cámara (Consultiva)... y entre las atribuciones de la Cámara Consultiva, dice: "calificar las propuestas para individuos de la Cámara Judicial, y pasar la calificación al primer jefe para que de entre ellos haga el nombramiento...".

---

(93) Oficial I, 1886. Decreto No. 33, 7 de abril de 1825, pág. 96-98.

(94) ZELEDON, Marco Tulio. 1946, pág. 68.

Con lo antes expuesto, se evidencia la definitiva intervención del Primer Jefe en el control político del Estado, y consecuentemente, el carácter —en el orden jurídico— de dictadura que adquiere su gobierno (*).

En lo que corresponde a la Administración de Justicia, el máximo Tribunal varió la denominación que tenía en las constituciones de 1825, 1827 y 1830 por el de Cámara Judicial. Esta Cámara de Justicia se componía de un Presidente dos Relatores Fiscales y un Magistrado por departamento. La permanencia en el cargo era "mientras dure el buen desempeño de las funciones".

Sin entrar en muchos detalles, nos damos cuenta por medio del inciso 5, del artículo 5, de la interferencia del Poder Ejecutivo en el Judicial; ya que al Jefe de Estado le correspondía nombrar a los magistrados y cuidar de la ejecución de los códigos, ordenanzas y reglamentos, además supervisar los tribunales y juzgados para que administren la justicia cumplidamente.

6. Código General de 1841.

Reiteramos nuestra afirmación anterior con respecto a la administración de don Braulio Carrillo, en el sentido de que su gobierno, además de sentar las bases para una organización definitiva en el campo económico, administrativo y financiero, logra también introducir un ordenamiento jurídico en la administración de la justicia. La exposición que con antelación se hizo de la Ley de Bases y Garantías, se complementa con la emisión del Código General, el cual se constituye una vez más, en una muestra de empeño y trabajo activo y progresista del licenciado Carrillo.

Con la promulgación de este decreto se logra una reorganización en cuanto a administración de justicia se refiere; ya que además de implantarse y ordenarse lo que en materia penal y civil existía, se da una orientación moderna —en su época— de estos elementos del derecho.

El Lic. Salvador Jiménez, en su obra "Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica", nos comenta al respecto lo siguiente:

> "La legislación que existía estaba formada de una multitud de disposiciones basadas sobre principios contradictorios: por el espíritu de los diversos tiempos en que habían nacido, de las distintas organizaciones políticas relativas a su origen; todo lo cual lo hacía una masa informe, incoherente y heterogénea; . . . En efecto: veinte años habían transcurrido desde el fausto acontecimiento de nuestra independencia, doblemente fausto por haberse consumado sin ningún sacrificio de parte del Estado, y, durante ese tiempo, las leyes que nos regían eran las de la metrópoli, fruto de once siglos, emitidos bajo el imperio de monarquías absolutas, y por lo mismo, de todo punto inadaptable a nuestra nueva organización política. Era, pues, indispensable sustituir a la antigua, una legislación nueva, más filosófica, más clara y concisa, y más en armonía con las costumbres dominantes; difícil y grandiosa empresa, en verdad, mucho más de lo que pudiera creerse a primera vista, y que aún —año de 1874— tal vez estaría pendiente, como ha sucedido en algunos de los demás Estados Centroamericanos, á no haber existido en Costa Rica el genio organizador del inmortal Carrillo" (95).

La elaboración de tan preciado código, comenta don Ricardo Fernández Guardia, le correspondió a Carrillo, dado que su intervención en la redacción del mismo fue amplia y directa. Ello, por cuanto que, Carrillo, en un párrafo del manifiesto emitido el 15 de junio de 1843 en Sonsonate, así lo expresa:

> "Sí, yo viviré siempre, a pesar de mis enemigos, en el corazón sencillo de los Costarricas; porque todos ellos vieron desenmarañada su legislación, desbarato ese laberinto infernal de la jurisprudencia y alumbrado con las antorchas de la filosofía y la razón del santuario de la justicia: hablo de los códigos civil, penal y de procedimientos que les dí, en cuyo trabajo, si bien fui auxiliado por los cuerpos de derecho de otras naciones y por mis propios conocimientos de profesor, no es lo menos que pasé muchas noches sin dormir, animado del más puro patriotismo" (96).

(*) No podemos dejar de hacer la observación con respecto a la opinión que nos merece —en términos generales— el gobierno de don Braulio Carrillo: Analizando el gobierno de Carrillo en términos históricos le encontramos a dicha dictadura una explicación lógica por razones varias: 1. El país necesitaba la consolidación del poder central, en sus aspectos políticos, sociales, administrativos, jurídicos y financieros; 2. La naciente infraestructura económica necesitaba consolidarse en una economía nacional vigorosa, a fin de expander su mercado internacional; 3. El país requería un hombre de las cualidades de Carrillo, a fin de que decidiera y actuara con energía y rapidez en cuanto a las rivalidades y localismos de las ciudades; lo cual ponía en desequilibrio el status del Estado.
En resumen, a pesar de ser el gobierno de Carrillo un régimen fuerte, éste realizó un gobierno de bastante efectividad para el bienestar del país. En dicho gobierno se logró vitalizar el Poder Central, y con ello desechar la anarquía de estos primeros años de vida independiente.

(95) JIMENEZ, Salvador. Tomo I, 1874, pág. 11-12.

(96) Sociedad de Geografía e Historia de Costa Rica. "Carrillo y el Código General". En: *Rev. de la Sociedad de Geografía e Historia de Costa Rica.* No. 4, 1974. Lo cita Jorge E. Guier Esquivel. *Historia del Derecho II.* 1968, pág. 1185.

El Código General está compuesto por tres partes o códigos: civil, penal y de procedimientos. Al primero lo integran: un título preliminar que trata de la ley en general, de sus efectos y su aplicación; y otros tres libros que se dedican en su orden: a las personas, a los bienes y modificaciones de la propiedad, y a las diferentes formas de adquirir la propiedad. Lo comprendido en este primer libro, es una evidente copia —excepto algunas modificaciones y supresiones, quizá no oportunas— del Código Civil francés o conocido también como el Código de Napoleón.

El Código Penal salvo pequeñas variaciones, resulta ser el mismo de España, emitido en 1822; este se divide en tres libros fundamentales, los cuales tratan materias diferentes: el primero trata de los delitos y las culpas en general, definiéndolas y clasificándolas en públicas y privadas; clasifica en diversos tipos a los delincuentes y establece la forma en que se deben de imponer las penas. El libro segundo trata de los delitos contra el Estado, los órdenes políticos y religiosos y contra la libertad individual. El último libro corresponde a los delitos contra los particulares; tal como homicidio, peleas, adulterios, estafas, calumnias, etc.

Con respecto al Código de Procedimientos, lo comprendían cinco libros, distribuidos a su vez en títulos y capítulos, que se dedican a los diferentes aspectos de procedimiento, en los que se aplican a los juicios en general; tanto los civiles como los penales. Lo estipulado en esta parte, se encuentra fundamentado en viejas leyes y doctrinas españolas que en España ya estaban en desuso (97).

Como todo documento teórico-práctico, y en especial sobre el material del cual se trata, fue en el transcurso del tiempo sufriendo reformas, según lo exigían las circunstancias. Pese a las modificaciones que como lógicamente en un Estado en formación debía suceder, este código mantuvo vigencia hasta 1888.

Debido a la cantidad de enmiendas que se le hicieron al mencionado código, en los años subsiguientes, se llegó a un punto que no se sabía ciertamente qué partes del Código estaban derogadas o simplemente modificadas por determinada ley posterior; por lo que en el año de 1858, bajo la administración de don Juan Rafael Mora, se llevó a cabo una segunda edición en New York, bajo el cuidado del ex regente de la Corte Suprema de Justicia, facultado por el gobierno para realizar las modificaciones y demás ajustes necesarios a los artículos, que posteriormente hubiesen cambiado su estado original.

Es evidente que con lo dispuesto por Carrillo, referente a la administración de justicia, se deja planteado las bases para la consolidación jurídico-institucional del Estado Nacional; de manera que en el futuro lo que sobre esta materia se disponga, será más aliviado el trabajo, ya que la existencia de una estructura así lo prevé.

* * *

(97) GUIER E., Jorge Enrique. Tomo II, 1968, pág. 1188 ss.

LA SOLUCION DE CONFLICTOS EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL*

Dr. Víctor Pérez Vargas.

CONTENIDO:

I. Introducción. Generalidades sobre los conflictos en la compraventa internacional 50

II. Procedimientos para la solución de conflictos en la materia de compraventa internacional 50
A. La vía jurisdiccional. Conflicto de leyes y conflicto de competencia 50
1. Datos positivos sobre conflicto de leyes 51
a. Código Bustamante 51
b. Código Civil 51
2. Datos positivos sobre conflicto de competencia 52
a. Código de Bustamante 52
b. Ley Orgánica del Poder Judicial 52
B. La vía arbitral 52
1. Caracteres del arbitraje comercial internacional 52
2. Ventajas del arbitraje en el comercio internacional 53
3. Tipos de arbitraje 53
a. Ad hoc 53
b. Administrado 54
i. Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 54
ii. Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial 59
c. Arbitraje entre miembros de determinadas asociaciones 66
4. El compromiso 66
a. En el arbitraje "ad hoc" 66
b. En el arbitraje administrado 66
i. Cámara de Comercio Internacional 66
ii. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial 67
5. La ejecución extraterritorial de los laudos 67
6. La jurisprudencia arbitral sobre compraventa internacional 67

III. Bibliografía 69

* *Colaboraron en este trabajo los estudiantes de Derecho de la Universidad de Costa Rica: Lilliana García V. y Mario Umaña V. A ellos nuestro reconocimiento y gratitud.*

I. INTRODUCCION. GENERALIDADES SOBRE LOS CONFLICTOS EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

En materia de compraventa internacional son múltiples y muy diversos los conflictos que se pueden presentar. Obedecen a diferentes causas y plantean muchos interrogantes desde el punto de vista jurídico.

Simplemente, a modo de ejemplificación, podemos recordar la existencia de conflictos que derivan de un defecto o vicio de carácter originario, en los casos en que no se forma válidamente el contrato de compraventa internacional, sea por faltar alguno de sus elementos o presupuestos esenciales, caso en el cual se produce una nulidad, o bien, por estar viciados estos elementos, caso en el cual se habla de anulabilidad. Igualmente, puede haber invalidez originaria por falta de capacidad de alguno de los contratantes o porque el objeto del negocio es ilícito (imposible o indeterminable). En todos estos ejemplos el contrato puede ser invalidado.

En otros casos el problema que genera el conflicto no es originario, sino subsiguiente o sobreviniente. Son casos en que el contrato de compraventa internacional se ha formado válidamente: todos sus elementos están en regla, los sujetos son capaces de actuar, el objeto es susceptible de sufrir actos dispositivos y los intereses revelados por las partes merecen tutela jurídica; sin embargo, se trata de casos donde interviene un factor posterior al momento de perfeccionamiento del negocio. Imaginemos un contrato perfecto en todos sus elementos, en el que la voluntad de los contratantes se ha manifestado claramente, pero en el que, por el incumplimiento de una de las partes, o por una excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, se produce un conflicto de intereses. Se trataría no ya de un conflicto originario, sino de uno sobreviniente.

Surgido el conflicto, sea éste originario o sobreviniente, se presentan, en primer término, dos tipos adicionales de conflictos: de legislación y de jurisdicción. Ellos surgen ante las preguntas: ¿Cuáles disposiciones deben aplicarse para resolver la controversia? y ¿Cuál es el órgano competente para resolver acerca de ellas?

II. PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

A. La vía jurisdiccional. Conflicto de leyes y conflicto de competencia.

Frente a un conflicto de intereses, una vez desechada la posibilidad de una amigable conciliación, las partes tienen la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. En este ámbito surgen además de los problemas específicos presentados por los contratantes, otros adicionales relativos a la determinación del Derecho aplicable y del órgano competente (1). Entran en juego aquí los principios del Derecho Internacional y los principios de Derecho interno de los países a que pertenecen los contratantes, o en los cuales se ha formalizado, o se ha de ejecutar el contrato; con ellos se busca dar solución a lo que se denomina "conflictos de leyes" y "conflictos de competencia".

"Cuando una situación concreta está vinculada con las normas jurídicas de dos o más países estamos en presencia del llamado conflicto internacional de leyes" (2). Cuando, en cambio, el problema se refiere al órgano competente para resolver la controversia, se habla de conflicto de competencia.

Pasamos de inmediato a la transcripción de las

---

(1) GUARDIOLA, Enrique, **La compraventa internacional y los INCOTERMS. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Barcelona, 1978, p. 33**

(2) ARELLANO, Carlos, **Los conflictos internacionales de leyes en materia de contratos.** ***Revista de Investigaciones jurídicas,*** **No. 3, Escuela Libre de Derecho, México, 1979, p. 146**

soluciones que al respecto encontramos en los actos positivos de nuestro Ordenamiento jurídico.

1. Datos positivos sobre conflicto de leyes:

a) Código Bustamante:

Artículo 27: "La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal. . .".

Artículo 32: "El concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial".

Artículo 33: salvo lo anterior. . . "la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido. . .".

Artículo 34: ". . .la capacidad civil de las sociedades. . . se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad".

Artículo 170: ". . .la ley local regula las condiciones de pago y la moneda en que debe hacerse".

Artículo 176: "Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento".

Artículo 177: "Se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo en relación con el consentimiento".

Artículo 178: "Es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que están fuera del comercio".

Artículo 179: "Son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos".

Artículo 180: "Se aplicará simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y la de hacerlos constar por escrito".

Artículo 181: "La rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia se determina por la ley personal del ausente o incapacitado".

Artículo 182: "Las demás causas de rescisión y su forma y efectos se subordinan a la ley territorial".

Artículo 183: "Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la ley de que la causa de nulidad dependa".

Artículo 185: ". . .en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara".

Artículo 186: "En los demás contratos. . . se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración".

Artículo 211: "La extensión y efecto del compromiso y la autoridad de cosa juzgada de la transacción, dependen también de la ley territorial".

Artículo 240: "La forma de los contratos y actos mercantiles se sujeta a la ley territorial".

Artículo 285: "El fletamento, si no fuere un contrato de adhesión, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías.

Los actos de ejecución del contrato se ajustarán a la ley del lugar en que se realicen".

b) Código Civil:

Artículo 3: "Las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico o contrato que deba tener su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el acto o contrato; y obligan también a los extranjeros, respecto de los actos que se ejecuten o contratos que se celebren y hayan de ejecutarse en Costa Rica".

Artículo 6: "La prescripción y todo lo que concierne al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en la República".

Artículo 7: "Para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos o inmediatos que de él resulten, se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato; pero si los contratantes tuvieren una misma nacionalidad, se atenderá a las leyes de su país. . .".

Artículo 8: "En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que debe tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre.

Para los casos en que las leyes de Costa Rica exigieren instrumento público, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de estas en el país donde se hubieren otorgado".

Artículo 11: "El que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de estas."

2. Datos positivos sobre conflictos de competencia:

a) Código Bustamante:

Artículo 318: Prevé que será en primer término competente el Juez "a quien se sometan" las partes.

Artículo 321: Prevé los casos de sumisión a una determinada competencia: expresa (por renuncia de fuero o por designación del Juez a que se someten) y tácita (por actuaciones en juicio).

Artículo 323: Establece que fuera de los casos de sumisión "será competente el Juez del lugar de cumplimiento de la obligación, para el ejercicio de las acciones personales y en su defecto el del domicilio del demandado (y subsidiariamente el de su residencia)".

Artículo 324: Establece que para las acciones reales sobre inmuebles será competente el Juez de la situación o el del domicilio del demandado subsidiariamente.

Artículo 326: Regula el caso en que los bienes estén situados en más de un Estado: podrá acudirse a los jueces de cualquiera de ellos.

b) Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 175: "Para los juicios en que se ejerciten acciones procedentes de contrato, será competente y preferible a cualquier otro juez el del lugar que al obligarse haya designado el deudor para ser requerido judicialmente de pago; y si tal designación no se hubiere hecho, el del lugar en que, según el convenio debe cumplirse la obligación".

Artículo 179: "Cuando el objeto de la demanda fuere una acción real por cosa mueble, será competente el Juez del lugar donde se encuentre el demandado con ella, aunque su estancia sea transitoria. . .".

Artículo 184: "Para demandar por daños y perjuicios es Juez competente el del lugar donde se haya causado el daño o perjuicio. Pero si se demandaren como consecuencia o accesorios de otra acción principal establecida conjuntamente, será Juez competente el que lo sea para esta última".

Artículo 185: "En todos los casos que especifican los siete artículos anteriores, será también competente el Juez del domicilio del demandado".

B. LA VIA ARBITRAL:

La vía arbitral presenta notables diferencias frente a la vía judicial (3). Esta institución ya era conocida en el Derecho Romano Antiguo, en Las Doce Tablas (con relación a la "actio finium regundorum"). Gracias al arbitraje, las partes de un conflicto pueden someter su solución a un tercero con el compromiso de aceptar su decisión (4).

El efecto fundamental del compromiso es determinar el sujeto, los sujetos o el órgano o ente competente para conocer el conflicto de intereses y con ésto excluir la vía judicial, dado que la parte que fuere demandada ante los tribunales comunes podría oponer la "excepción de compromiso" (5). No está sin embargo vedada del todo la vía judicial, ya que si el demandado no opone la excepción de compromiso (o de "litis pendentia", si se hubiere iniciado el arbitraje) se trataría de un caso de sumisión tácita a la competencia judicial.

1. Caracteres del arbitraje comercial internacional.

El arbitraje en materia de compraventa internacional (a diferencia del arbitraje de Derecho Internacional Público (6), que tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados —o entre otros sujetos de Derecho Internacional Público— como entidades soberanas) es arbitraje de Derecho Privado. La autonomía privada puede predeterminar jurisdicciones específicas y dotar a determinados sujetos u órganos de la competencia suficiente para que sus decisiones puedan tener el mismo efecto preclusivo (7) de la "cosa juzgada".

Se trata de lo que se denomina "arbitraje internacional", que se da cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior; en fin, cuando surge cual-

---

(3) *"Alius est judicium, aliud arbitrium"* (Una cosa es el juicio y otra es el arbitraje). CABANELLAS G., Repertorio Jurídico. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 73

(4) GUARDIOLA, Op. cit., supra 1, p. 55

(5) Dentro del término para alegar las excepciones dilatorias (artículo 1391 del Código Civil).

(6) SIQUEIROS, José Luis, El arbitraje como solución de controversias en el Comercio Internacional. Memoria VI Simposio sobre arbitraje, comercio internacional y derecho marítimo. Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

(7) V. FALZEA, Efficacia Giuridica, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 322.

quier conexión con otra legislación distinta a la interna. En estos casos estamos en presencia del arbitraje internacional, como medio idóneo para eludir los problemas inherentes a la confrontación del Derecho extraño, incluyendo la sumisión a tribunales foráneos (8). Se habla de "arbitraje comercial internacional" cuando se aplica la institución a litigios de derecho mercantil.

2. Ventajas del arbitraje en el comercio internacional.

El arbitraje comercial internacional representa un medio bastante idóneo para la solución de las controversias en el comercio internacional, por lo que es un factor fundamental en el desarrollo del comercio exterior.

Para algunos (9) sus ventajas se encuentran en su carácter más ágil y económico; otros han mencionado también "economía de tiempo y de gastos, pues se eliminan las formalidades y se reducen los costos y el tiempo que importan los procedimientos judiciales" (10). A esto se agrega la calidad especializada del servicio, por la posibilidad que tienen las partes de elegir a las personas, a su juicio, más competentes para actuar como árbitros.

Otra ventaja que se ha afirmado del arbitraje es la certidumbre que puede derivarse de la previsibilidad con base en la jurisprudencia, en el caso del arbitraje administrado, con las reservas que anotaremos luego.

También se justifica el arbitraje como un medio idóneo para reducir la cantidad de contiendas judiciales (11).

En síntesis, generalmente, se atribuyen al arbitraje las ventajas de competencia profesional específica de los sujetos u organismos escogidos, rapidez y economía, a todo lo cual se suma la posibilidad de establecer (en el caso del arbitraje "ad hoc") las reglas procesales y los principios sustanciales a que estará sometido el árbitro en su actuación con relación a la cuestión sometida a su decisión. En el caso del arbitraje administrado también se puede considerar ventajoso el conocimiento de las reglas procesales emitidas por los diversos organismos que cumplen esta función, lo mismo que la posibilidad de conocimiento, en alguna medida, según veremos, de las tendencias jurisprudenciales, lo que genera cierta seguridad al permitir un determinado margen de previsibilidad.

3. Tipos de arbitraje:

En materia de compraventa internacional, la vía del arbitraje debe ser expresamente escogida por los contratantes para que tenga la virtud de excluir la vía judicial.

Se conocen dos tipos de arbitraje: el arbitraje "ad hoc" y el arbitraje "administrado". En el primero las partes interesadas designan una o varias personas determinadas; en el segundo caso, se confía la designación de árbitros a un organismo quien se ocupa del nombramiento y del establecimiento de las reglas para el procedimiento (12).

a) El arbitraje "ad hoc".

En esta modalidad todas las indicaciones, incluso las procesales, pueden derivar enteramente de las partes. Para Mentschikoff (de University of Chicago Law School) los factores por los cuales se persigue esta forma podrían ser: 1— un deseo de privacidad, 2— la posibilidad de disponer de expertos para actuar como árbitros, 3— evitar algunas dificultades legales y 4— la idea de que el arbitraje es más rápido y menos costoso que la vía judicial (13).

Debe recordarse que es el arbitraje "ad hoc" el que plantea mayores dificultades, a veces derivadas de omisiones en el mismo acuerdo de los interesados. Deben tenerse, respecto a esta modalidad, cuidados especiales tales como la escogencia, número y clara designación de los árbitros, el lugar del arbitraje, su idioma, los trámites que deben cumplirse en el procedimiento y si los árbitros deben resolver según equidad o según Derecho y, en

---

(8) SIQUEIROS, op. cit., supra 6, p. 18 LABANCA, Jorge. La venta internacional. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 26 (expone diversos criterios para determinar la internacionalidad de una venta).

(9) CASTILLO, Rafael, (Presidente de la Academia de Arbitraje Comercial). Intervención. Simposio. op. cit., supra, 6, p. 10.

(10) RAY, José Domingo, La responsabilidad del transportista en las Reglas de Hamburgo y la solución arbitral de controversias. Memoria. Simposio, op. cit., supra 6, p. 49. LABANCA, op. cit., supra 8, p. 35 GUARDIOLA, op. cit., supra 1, ps. 55-58.

(11) RAY, op. cit., supra 10, p. 49. "*Non differendarum litium causa, sed tollerandum ad arbitros itur*" No acude a los árbitros para prolongar los pleitos, sino para evitarlos. Aforismo Latino, cit., p. CABANELLAS, op. cit., supra 3 p. 95.

(12) GUARDIOLA, op. cit., supra 1, pág. 59.

(13) MENTSCHIKOFF, Soia, Commercial Arbitration. Columbia Law Review, Vol. 61, No. 5, may. 1961.

este último caso, convendría precisar el Ordenamiento Jurídico aplicable o si se someten directamente los contratantes a alguna recopilación de usos mercantiles (14).

b) El arbitraje administrado.

En el caso del arbitraje administrado es un organismo quien se encarga de la determinación de los aspectos mencionados; las partes pueden, sin embargo, establecer disposiciones especiales. Entre los organismos internacionalmente reconocidos de arbitraje administrado hay que recordar la Asociación Americana de Arbitraje (15) (American Arbitration Association), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (Interamerican Commercial Arbitration Commission), la Corte de Arbitraje de Londres (London Court of Arbitration) y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

i) Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

La Cámara de Comercio Internacional es uno de los principales organismos relacionados con el arbitraje administrado; tiene su reglamento, que es aplicado por la Corte de Arbitraje. La demanda se presenta ante la Secretaría de la Corte, con lo que se inicia el procedimiento (16). Transcribimos a continuación el respectivo reglamento:

CONCILIACION FACULTATIVA

Artículo 1.
Comisión administrativa de conciliación.
Comités de conciliación.

Cualquier desavenencia de orden comercial que tenga un carácter internacional puede ser objeto de una tentativa de arreglo amigable mediante la intervención de la Comisión Administrativa de Conciliación que existe cerca de la Cámara de Comercio Internacional.

Los miembros de esta Comisión son designados, en número de uno a tres, por cada Comité nacional entre sus nacionales residentes en París. Son nombrados, por un plazo de dos años, por el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional.

Para cada desavenencia, el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional designa un Comité de Conciliación compuesto de tres miembros.

El Comité se compone de dos conciliadores, a ser posible de la nacionalidad del solicitante y de la otra parte, y de un Presidente, de nacionalidad distinta, elegidos en principio entre los miembros de la Comisión Administrativa de Conciliación.

Artículo 2.
Demanda de conciliación.

La parte que desee recurrir a la conciliación debe dirigir su demanda a la Secretaría General de la Cámara de Comercio Internacional, por conducto de su Comité Nacional o directamente. En este último caso, el Secretario General informará al Comité nacional interesado.

La demanda contendrá una exposición del punto de vista del solicitante, debiendo adjuntarse a la misma las pruebas de la diferencia y los demás documentos útiles, así como la cantidad prevista en el arancel anexo, a título de provisión de fondos para los gastos de la Secretaría General en el procedimiento de conciliación.

Artículo 3.
Acción del Comité de Conciliación.

Recibida la demanda de conciliación y los documentos aducidos en su apoyo, así como la provisión de fondos que corresponda, el Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional se pone por correspondencia en contacto con la otra parte, directamente o por mediación del Comité nacional interesado solicitándole que, si acepta el intento de conciliación, envíe su punto de vista sobre el litigio, así como todos los documentos con él relacionados y la cantidad prevista en el arancel anexo, a título de provisión de fondos para los gastos de la Secretaría general en el procedimiento de conciliación.

El Comité estudia el expediente, recoge todas las informaciones, se relaciona con las partes, directamente o a través de los Comités nacionales respectivos, y les da audiencia si es posible.

Las partes comparecen personalmente o por representantes debidamente acreditados. Pueden venir acompañadas por sus asesores.

---

(14) Op. ult. cit., p. 60.
(15) MENTSCHIKOFF, op. cit., supra 13, p. 86.
(16) GUARDIOLA, op. cit., supra 1, p. 63.

Artículo 4.
Fórmula de conciliación.

Después de examinar el expediente, estudiar la cuestión y, si es posible, oír a las partes, el Comité propone a éstas una fórmula de conciliación.

Si la conciliación tiene lugar con avenencia. el Comité levanta y firma acta que consta de los acuerdos de las partes.

En el caso de que la comparecencia de las partes no haya sido posible, el Comité comunica la fórmula de conciliación a los Presidentes de los Comités nacionales interesados, invitándoles a influir cerca de las partes para persuadirlas de que acepten las proposiciones del Comité.

Artículo 5.
Derechos de las partes si fracasa la tentativa de conciliación.

Si fracasa la tentativa de conciliación, las partes quedan en libertad de recurrir al arbitraje o de dirigirse a los tribunales competentes, a no ser que estén vinculadas por alguna cláusula de arbitraje.

Nada de cuanto se hubiera hecho, dicho o escrito con vistas a la conciliación puede comprometer de ningún modo los derechos ulteriores de las partes, ya sea en arbitraje o ante los tribunales competentes.

Nadie que haya formado parte de un Comité de Conciliación para resolver una desavenencia, podrá ser nombrado para entender como árbitro de la misma.

ARBITRAJE

Artículo 1.
Corte de arbitraje.

En la Cámara de Comercio Internacional, existe un organismo internacional de arbitraje cuyos miembros son nombrados por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional y que, con el nombre de Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, tiene por misión procurar, de la manera que a continuación se indica, la solución arbitral de las desavenencias de carácter internacional que intervienen en el ámbito de los negocios.

La Corte se reúne en principio cada mes. Adopta su Reglamento interior.

Compete al Presidente de la Corte de Arbitraje o a su sustituto adoptar en nombre de ésta las decisiones urgentes, bajo reserva de informar a la Corte en su próxima sesión.

La Corte puede, según las modalidades previstas en su Reglamento interior, delegar facultades decisorias en una o varias comisiones de entre sus miembros, bajo reserva de ser informada en la sesión siguiente de las decisiones adoptadas.

En las oficinas de la Cámara de Comercio Internacional existe una Secretaría de la Corte.

Artículo 2.
Elección de los árbitros.

La Corte de Arbitraje no resuelve por sí misma las diferencias. Nombra o confirma a los árbitros de acuerdo con las disposiciones siguientes —a menos que las partes hayan derogado a las mismas en todo o en parte— teniendo en cuenta su nacionalidad, su pertenencia o su residencia, en relación a los países de los que son nacionales las partes o los árbitros.

Las diferencias pueden ser resueltas por un árbitro único o por tres árbitros. En los artículos siguientes, la expresión "el árbitro" se refiere indistintamente al árbitro o a los árbitros.

Cuando las partes hayan convenido que la diferencia será resuelta por un árbitro único, pueden designarlo de común acuerdo para su confirmación por la Corte. Si no hubiera acuerdo entre las partes en el plazo de treinta días a partir de la notificación de la demanda de arbitraje a la otra parte, el árbitro será nombrado por la Corte.

Cuando se han previsto tres árbitros, cada una de las partes —en la demanda de arbitraje y en la contestación a la demanda— designa un árbitro independiente para su confirmación por la Corte. Si una de las partes se abstiene, el nombramiento se hace por la Corte. El tercer árbitro, que asume la presidencia del tribunal arbitral, es nombrado por la Corte, a menos que las partes hayan previsto que los árbitros que han designado deban elegir el tercer árbitro en un plazo determinado. En este último caso, corresponde a la Corte confirmar el tercer árbitro. Si, a la expiración del plazo fijado por las partes o impartido por la Corte, los árbitros designados por las partes no han podido ponerse de acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte.

Si las partes no han fijado de común acuerdo el número de árbitros, la Corte nombra un árbitro único, a menos que considere que la diferencia justifica la designación de tres árbitros. En este último caso, las partes disponen de un plazo de quince días para proceder a la designación de los árbitros.

Cuando incumbe a la Corte el nombramiento de un árbitro único o de un Presidente de tribunal arbitral, elige el Comité nacional de la Cámara de Comercio Internacional al que pide una propuesta. El árbitro único o el Presidente del tribunal arbitral será de un país distinto al de las partes. Sin embargo, si las circunstancias lo justifican y salvo que una de las partes se oponga, el árbitro único o el Presidente del tribunal arbitral podrá ser de uno de los países de las partes.

Cuando la Corte nombra un árbitro sustituyéndose a una parte que no lo haya hecho, pide una propuesta al Comité nacional del país de esta parte. Si en dicho país no se hubiera constituido un Comité nacional, la Corte puede ele-

gir cualquier personalidad que estime competente.

En caso de recusación de algún árbitro por una parte, la Corte estatuye sin que quepa ningún recurso contra su decisión, ya que los motivos de la misma se dejan a su exclusiva apreciación.

Ha lugar a sustituir a un árbitro cuando ha fallecido o se encuentra impedido, cuando debe dimitir de sus funciones como consecuencia de una recusación o por cualquier otro motivo, o cuando la Corte después de haber permitido al árbitro que presente sus observaciones, constata que no cumple sus funciones de acuerdo con el reglamento o en los plazos impartidos. En cada uno de estos casos, se procede de acuerdo con los párrafos 3, 4 y 6.

Artículo 3.
Demanda de arbitraje.

La parte que desee recurrir al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dirige su demanda a la Secretaría de la Corte, por mediación de su Comité nacional o directamente. En este último caso, la Secretaría informa al Comité nacional interesado.

La fecha de introducción del procedimiento arbitral es, en cualquier caso, la de recepción de la demanda por la Secretaría de la Corte.

La demanda contiene, principalmente:

a) Nombre, apellidos, condición y dirección de las partes;
b) exposición de las pretensiones del demandante
c) convenios existentes y, de manera especial, el contrato de arbitraje y los documentos o informes que establezcan claramente las circunstancias del asunto;
d) cualesquiera indicaciones útiles relacionadas con el número de los árbitros; y su elección, de acuerdo con las estipulaciones del artículo 2.

La Secretaría notifica a la parte demandada una copia de la demanda y de los documentos anexos para que conteste a la misma.

Artículo 4.
Contestación a la demanda.

En el plazo máximo de treinta días a partir de la recepción de la notificación, la parte demandada debe pronunciarse sobre las propuestas que le hayan sido formuladas en relación con el número de árbitros y su elección, haciendo, en su caso, la designación de árbitro. Debe, asimismo, exponer sus alegaciones de defensa y presentar sus documentos.

La parte demandada podrá solicitar excepcionalmente a la Secretaría un nuevo plazo para exponer sus alegaciones de defensa y presentar sus documentos. Sin embargo, la solicitud de aplazamiento deberá contener la contestación de la parte demandada a las propuestas que hayan sido formuladas en relación con el número de árbitros y su elección, así como, en su caso, una designación de árbitro. A falta de ello, la Secretaría someterá el asunto a la Corte que procederá a poner en marcha el arbitraje de acuerdo con el Reglamento.

Copia de la contestación y de los documentos anexos, si los hubiere, será enviada a la parte demandante para su información.

Artículo 5.
Demanda reconvencional.

La parte demandada que desee formular una demanda reconvencional debe presentarla en la Secretaría al mismo tiempo que presenta sus alegaciones de defensa de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.

La parte demandante puede, en el plazo de treinta días a partir de la comunicación de esta demanda reconvencional, presentar una nota de réplica.

Artículo 6.
Memorias y notas escritas, notificaciones o comunicaciones.

Las memorias y notas escritas presentadas por las partes, así como los documentos anexos, deben ser presentados en tantos ejemplares cuantas otras partes haya, más uno para cada árbitro y otro para la Secretaría.

Las notificaciones o comunicaciones de la Secretaría y del árbitro se consideran válidamente hechas si son entregadas contra recibo o si se remiten por carta certificada a la dirección o a la última dirección conocida de la parte destinataria que haya sido comunicada por ésta o por la otra parte, según los casos.

La notificación o la comunicación se considera hecha a partir del momento en que ha sido recibida por la parte o por su representante, o del momento en el que hubiera debido serlo, caso de haber sido efectuada válidamente.

Artículo 7.
Ausencia de convenio de arbitraje.

Cuando es evidente que no existe entre las partes ningún convenio de arbitraje o cuando existe un convenio que no se refiere a la Cámara de Comercio Internacional, si la parte demandada no contesta en el plazo de treinta días previsto en el artículo 4, párrafo 1, o si declina el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, se informará a la parte demandante que el arbitraje no puede tener lugar.

Artículo 8.
Efecto del convenio de arbitraje.

Cuando las partes pactan recurrir al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, se someten por ese solo hecho a las disposiciones del presente Reglamento.

Si alguna de ellas rehusa o se abstiene de participar en el arbitraje, éste tendrá lugar a pesar de la negativa o de la abstención.

Cuando una parte alega una o varias excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio de arbitraje, la Corte, previa constatación de la existencia material de este convenio, puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad ni el fundamento de estas excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponde al árbitro proveer sobre su propia competencia.

Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del convenio de arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones.

Las partes pueden antes de la entrega del expediente al árbitro y excepcionalmente después, solicitar a cualquier autoridad judicial medidas provisionales o conservatorias, sin contravenir por ello al convenio de arbitraje que las vincula y sin perjuicio del poder reservado al árbitro. Tal solicitud, así como las medidas adoptadas por la autoridad judicial, deben ser puestas sin dilación en conocimiento de la Secretaría de la Corte de Arbitraje. Esta última informará al árbitro.

Artículo 9.
Provisión para gastos de arbitraje.

La Corte fija el importe de la provisión de fondos para hacer frente a los gastos de arbitraje derivados de las demandas que se le someten. Si, independientemente de la demanda principal, se formulan una o varias demandas reconvencionales, la Corte puede fijar provisiones distintas para la demanda principal y para las demandas reconvencionales.

Estas provisiones son normalmente abonadas por partes iguales por el o los demandantes y el o los demandados. Sin embargo, el pago puede ser efectuado en totalidad por cada una de las partes para la demanda principal o para la demanda reconvencional, en el caso de que la otra parte no hiciera frente al mismo.

La Secretaría puede subordinar la entrega del expediente al árbitro al pago a la Cámara de Comercio Internacional por las partes o por una de ellas de todo o parte de la provisión de fondos.

Cuando el acta de misión se transmite a la Corte, de acuerdo con las disposiciones del artículo 13, deberá ésta constatar si se ha satisfecho o no a las solicitudes de provisión de fondos.

El acta de misión no surtirá efecto y los árbitros no conocerán nada más que de las demandas para las cuales la provisión haya sido abonada a la Cámara de Comercio Internacional.

Artículo 10.
Entrega del expediente al árbitro.

Bajo reserva de las disposiciones del artículo 9, la Secretaría entrega el expediente al árbitro en cuanto se recibe la contestación a la demanda y, cuando muy tarde, a la expiración de los plazos fijados en los artículos 4 y 5 para la presentación de estos documentos.

Artículo 11.
Reglas aplicables al procedimiento.

Las reglas aplicables al procedimiento ante el árbitro son las que resultan del presente reglamento y, en caso de silencio de éste, las que las partes o en su defecto el árbitro determinan, refiriéndose o no a una ley procesal interna aplicable al arbitraje.

Artículo 12.
Sede del arbitraje.

La Corte fija la sede del arbitraje a menos que las partes hayan previsto algo a este respecto.

Artículo 13.
Misión del árbitro.

Antes de comenzar la instrucción de la causa, el árbitro prepara, en base a documentos o en presencia de las partes, un acta que precise su misión partiendo de las últimas alegaciones de las partes. Contendrá, de manera especial las menciones siguientes:

a) nombre, apellidos y condición de las partes;
b) direcciones de las partes a las que se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje;
c) exposición sumaria de las pretensiones de las partes;
d) determinación de los puntos litigiosos que hay que resolver;
e) nombre, apellidos, condición y dirección del árbitro;
f) sede del arbitraje;
g) precisiones relativas a las reglas aplicables al procedimiento y, en su caso, mención de los poderes de amigable componedor del árbitro;
h) cualesquiera otras menciones que fueran necesarias para que el laudo sea susceptible de sanción legal o que sean juzgadas útiles por la Corte de Arbitraje o por el árbitro.

El acta indicada en el párrafo 1 debe ser firmada por las partes y por el árbitro. En los dos meses siguientes a la entrega del expediente, el árbitro remite a la Corte de Arbitraje el acta firmada por las partes y por él. Este plazo podrá, a petición del árbitro, ser prorrogado excepcionalmente por decisiones de la Corte de Arbitraje.

Si una de las partes rehusa participar a la redacción de dicha acta o a su firma, la Corte, si constata que se trata de uno de los casos previstos en el artículo 8, párrafos 2 y 3, se pronun-

ciará sobre el acta de misión para aprobarla. Impartirá después a esa parte un plazo para firmar el acta, finalizado el cual continuará el procedimiento arbitral y se dictará el laudo.

Las partes pueden determinar libremente el derecho que el árbitro deberá aplicar al fondo del litigio. A falta de indicación por las partes del derecho aplicable, el árbitro aplicará la ley designada por la norma de conflicto que juzgue apropiada al caso.

El árbitro recibe los poderes de amigable componedor si las partes están de acuerdo en darle estos poderes.

En cualquier caso, el árbitro tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio.

Artículo 14.
Instrucción de la causa.

El árbitro instruye la causa en los más breves plazos por cualesquiera medios apropiados. Después de examinar los escritos de las partes y los documentos presentados por ellas a los debates, el árbitro oye contradictoriamente a las partes si una de ellas lo solicita; a falta de solicitud, puede decidir su audición de oficio. El árbitro puede, además, decidir la audición de cualquiera otra persona, en presencia de las partes o después de haberlas convocado debidamente.

Puede nombrar uno o varios peritos, definir su misión, recibir sus informes e interrogarlos.

El árbitro puede fallar en base a documentos, si las partes lo solicitan o lo aceptan.

Artículo 15.

A petición de una de las partes, o de oficio, el árbitro, observando un plazo conveniente, cita a las partes para que comparezcan ante él el día y hora que señala, informando de ello a la Secretaría de la Corte.

Si una de las partes no se presenta a pesar de haber sido debidamente convocada, el árbitro, después de cerciorarse de que la convocatoria le ha llegado, tiene la facultad, si no hubiera excusa válida, de proceder al cumplimiento de su misión, y los debates se reputan contradictorios.

El árbitro fija la o las lenguas del arbitraje, teniendo en cuenta las circunstancias y, de manera especial, el idioma del contrato.

El árbitro regula el desarrollo de las audiencias. (Estas son contradictorias). Salvo consentimiento del árbitro y de las partes, las audiencias no están abiertas a personas extranjeras al procedimiento.

Las partes comparecen en persona o por representantes debidamente acreditados. Pueden estar también asistidas por sus asesores.

Artículo 16.

Las partes pueden formular ante el árbitro nuevas demandas, reconvencionales o no, con tal de que permanezcan dentro de los límites fijados por el acta de misión prevista en el artículo 13 o que se incluyan en un addendum a este documento firmado por las partes y comunicado a la Corte.

Artículo 17.
Laudos dictados de acuerdo con las partes.

Si las partes llegan a un acuerdo cuando el árbitro conoce del expediente según los términos del artículo 10, este hecho se constata por un laudo arbitral dictado de acuerdo con las partes.

Artículo 18.
Plazo en el que debe ser dictado el laudo arbitral.

El plazo en el que el árbitro debe dictar el laudo será de seis meses. Este plazo comienza a correr el día de la firma, por el árbitro, del acta prevista en el artículo 13.

La Corte puede, excepcionalmente y a petición motivada del árbitro, y si fuera necesario de oficio, prolongar este plazo, si lo considera necesario.

Si no se prolongara, la Corte decidirá en qué condiciones se solucionará el litigio, si fuera necesario después de aplicar las disposiciones del artículo 2, párrafo 8.

Artículo 19.
Decisión por tres árbitros.

Cuando se han designado tres árbitros, el laudo se dicta por mayoría. A falta de mayoría, el Presidente del tribunal arbitral estatuye solo.

Artículo 20.
Decisión sobre las costas del arbitraje.

El laudo definitivo del árbitro, además de la decisión sobre el fondo, liquida las costas del arbitraje y decide cuál de las partes debe efectuar el pago o en qué proporción se reparten entre ellas.

Las costas del arbitraje comprenden los honorarios del árbitro y los gastos administrativos fijados por la Corte de Arbitraje, de acuerdo con el arancel anexo al presente Reglamento, los gastos eventuales del árbitro, los honorarios y gastos de los peritos si los hubiere y los gastos normales realizados por las partes para su defensa.

Si las circunstancias del caso lo hicieran excepcionalmente necesario, la Corte puede fijar los honorarios del árbitro a un importe superior o inferior al que resultaría de la aplicación del arancel.

Artículo 21.
Examen previo del laudo por la Corte de arbitraje.

Antes de firmar un laudo parcial o definitivo, el árbitro debe someter el proyecto a la Corte de Arbitraje.

Esta puede ordenar modificaciones de forma

Puede, respetando la libertad de decisión del árbitro, llamar su atención sobre puntos que interesen al fondo del litigio. No puede dictarse ningún laudo sin haber sido aprobado en su forma por la Corte.

Artículo 22.
Pronunciamiento del laudo.

El laudo arbitral se considera pronunciado en el lugar del arbitraje y en la fecha de su firma por el árbitro.

Artículo 23.
Notificación del laudo a las partes.

Dictado el laudo, la Secretaría de la Corte notifica a las partes el texto firmado por el árbitro siempre que los gastos de arbitraje hayan sido íntegramente pagados a la Cámara de Comercio Internacional por las partes o por una de ellas.

En cualquier momento, se pueden expedir copias suplementarias debidamente certificadas por el Secretario General de la Corte, pero exclusivamente a las partes que lo soliciten.

Por la notificación hecha de acuerdo con el párrafo 1, las partes renuncian a cualquier otra notificación o depósito que deba hacer el árbitro.

Artículo 24.
Carácter definitivo ejecutorio del laudo.

El laudo arbitral es definitivo.

Por la sumisión de su diferencia al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, las partes se comprometen a ejecutar sin demora el laudo que intervenga y renuncian a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar.

Artículo 25.
Depósito del laudo.

El original de los laudos dictados de conformidad con el presente Reglamento queda depositado en la Secretaría de la Corte.

El árbitro y la Secretaría de la Corte prestan su ayuda a las partes para el cumplimiento de cualesquiera formalidades que puedan ser necesarias.

Artículo 26.
Regla general.

En todos los casos, no previstos expresamente en este Reglamento, la Corte de arbitraje y el árbitro proceden inspirándose en el mismo y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de sanción legal.

ii) Reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de arbitraje comercial.

Para su papel esencial en el arbitraje administrado, transcribimos también el reglamento de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial:

Disposiciones Generales

Ambito de aplicación.
Artículo 1.

1. Cuando las partes en un contrato hayan convenido por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CIAC, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito.

2. Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas está en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje, que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición.

Notificación, cómputo de los plazos.
Artículo 2.

1. Para los fines del presente Reglamento, se considerará que toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta, se ha recibido si se entrega personalmente al destinatario o si se entrega en su residencia habitual, establecimiento de sus negocios o dirección postal, o, si no fuere posible averiguar ninguno de ellos después de una indagación razonable, en su última residencia habitual o en el último establecimiento conocido de sus negocios, ya sea particular o comercial. La notificación se considerará recibida el día en que haya sido entregada así.

2. Para los fines del cómputo de un plazo establecido en el presente Reglamento, tal plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es feriado oficial o no laborable en la residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás días feriados oficiales o días no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo.

Notificación del arbitraje.
Artículo 3.

1. La parte que inicialmente recurra al arbitraje (en adelante denominada "demandante") deberá notificarlo a la otra parte (en adelante denominada "demandado").

2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado.

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente:

a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;
b) El nombre y la dirección de las partes;
c) Una referencia a la cláusula compromisoria o al acuerdo de arbitraje separado que se invoca;
d) Una referencia al contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado;
e) La naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado;
f) La materia u objeto de la demanda;
g) Una propuesta sobre el número de árbitros (es decir, uno o tres), cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

4. La notificación del arbitraje podrá contener, asimismo:

a) Las propuestas relativas al nombramiento del árbitro único y de la autoridad nominadora mencionada en el párrafo 1, del artículo 6;
b) La notificación relativa al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 7;
c) El escrito de demanda mencionado en el artículo 18.

Representación y asesoramiento.
Artículo 4.

Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección.

Deberán comunicarse por escrito a la otra parte los nombres y las direcciones de estas personas, esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento.

SECCION II
Composición del Tribunal Arbitral

Número de árbitros.
Artículo 5.

Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros (es decir, uno o tres), y si dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción por el demandado de la notificación del arbitraje, las partes no han convenido en que habrá un árbitro único, se nombrarán tres árbitros.

Nombramiento de árbitros (Artículos 6 a 8).
Artículo 6.

1. Si se ha de nombrar un árbitro único, cada una de las partes podrá proponer a la otra el nombre de una o más personas, que podrían ejercer las funciones de árbitro único.

2. Si dentro de los treinta días siguientes a la recepción por una de las partes de una propuesta formulada de conformidad con el párrafo 1, las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la elección del árbitro único, éste será nombrado por la CIAC.

3. La CIAC a solicitud de una de las partes, nombrará al árbitro único, tan pronto como sea posible. Al hacer el nombramiento la CIAC procederá al nombramiento del árbitro único con el sistema siguiente a menos que ambas partes convengan en que no se utilizará el sistema de lista o de que la CIAC determine a su discreción que el uso del sistema de la aplicación de la lista no es apropiado para el caso:

a) A petición de una de las partes, la CIAC enviará a ambas partes una lista idéntica de tres nombres por lo menos;
b) Dentro de los quince días siguientes; a la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la CIAC, tras haber suprimido el nombre o los nombres que le merecen objeción, enumerando los nombres restantes de la lista en el orden de su preferencia.
c) Transcurrido el plazo mencionado, la CIAC nombrará al árbitro único, de entre las personas aprobadas en las listas devueltas y de conformidad con el orden de preferencia indicado por las partes.
d) Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento, la CIAC ejercerá su discreción para nombrar al árbitro único.

4. Al hacer el nombramiento, la CIAC tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial, y tendrá en cuenta, asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta de la nacionalidad de las partes.

Artículo 7.

1. Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros así nombrados escogerán al tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal.

2. Si dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la notificación de una parte en que se nombra un árbitro, la otra parte no hubiera notificado a la primera parte el árbitro por ella nombrado, la primera parte puede solicitar a la CIAC que nombre el segundo árbitro.

3. Si dentro de los treinta días siguientes al nombramiento del segundo árbitro, los dos árbitros no hubieran llegado a acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, éste será nombrado por la CIAC de la misma manera en que, con arreglo al artículo 6, se nombraría a un árbitro único.

Artículo 8.

1. Cuando se solicite a la CIAC que nombre a un árbitro con arreglo al artículo 6 o al artículo 7, la parte que formule la solicitud deberá enviar a la CIAC una copia de la notificación de arbitraje, una copia del contrato del que resulte

el litigio o con el cual el litigio esté relacionado y una copia del acuerdo de arbitraje si no figura en el contrato. La CIAC podrá requerir de cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.

2. Cuando los nombres de una o más personas sean propuestos como árbitros, deberá indicarse su nombre y dirección completos y sus nacionalidades, acompañados de una descripción de las calidades que poseen para ser nombrados árbitros.

Recusación de Arbitros (Artículos 9 a 12).
Artículo 9.

La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Artículo 10.

1. Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

2. Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación.

Artículo 11.

1. La parte que desee recusar a un árbitro deberá comunicarlo dentro de los quince días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante o dentro de los quince días siguientes al conocimiento por esa parte de las circunstancias mencionadas en los artículos 9 y 10.

2. La recusación se notificará a la otra parte, el árbitro recusado y a los demás miembros del tribunal arbitral. La notificación se hará por escrito y deberá ser motivada.

3. Cuando un árbitro ha sido recusado por una parte, la otra parte podrá aceptar la recusación. El árbitro también podrá, después de la recusación, renunciar al cargo. En ninguno de ambos casos se entenderá que esto implica aceptación de la validez de las razones en que se funda la recusación. En ambos casos se aplicará íntegramente el procedimiento previsto en los artículos 6 ó 7 para el nombramiento del árbitro sustituto, una de las partes no ha ejercido su derecho al nombramiento o a participar en el nombramiento.

Artículo 12.

1. Si la otra parte no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la decisión respecto de la recusación será tomada por la CIAC.

2. Si la CIAC acepta la recusación se nombrará o escogerá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o elección de un árbitro previsto en los artículos 6 al 9.

Sustitución de un árbitro.
Artículo 13.

1. En caso de muerte o renuncia de un árbitro durante el procedimiento arbitral, se nombrará o elegirá un árbitro sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o a la elección del árbitro sustituto y previsto en los artículos 6 al 9.

2. En caso de que un árbitro no cumpla con sus funciones o en caso de que una imposibilidad de derecho o de hecho le impidiera ejercerlas, se aplicará el procedimiento relativo a la recusación y sustitución de un árbitro, previsto en los artículos precedentes.

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro.
Artículo 14.

En caso de sustitución del árbitro único o del árbitro presidente con arreglo a los artículos 11 a 13, se repetirán las audiencias celebradas con anterioridad; si se sustituye a cualquier otro árbitro, quedará a la apreciación del tribunal si habrán de repetirse tales audiencias.

SECCION III
Procedimiento Arbitral

Disposiciones generales.
Artículo 15.

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de pruebas por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

3. Todos los documentos o informaciones que una parte suministre al tribunal arbitral los deberá comunicar simultáneamente a la otra parte.

Lugar del arbitraje.
Artículo 16.

1. A falta de acuerdo entre las partes sobre el lugar en que haya de celebrarse el arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal ar-

bitral habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.

2. El Tribunal arbitral podrá determinar el sitio del arbitraje dentro del país convenido por las partes. Podrá oír testigos y celebrar reuniones de consulta.

3. El tribunal arbitral podrá reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos. Se notificará a las partes con suficiente antelación para permitirles asistir a esas inspecciones.

4. El laudo se dictará en el lugar de arbitraje.

Idioma.
Artículo 17.

1. Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa determinación se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y, si se celebran audiencias, al idioma o idiomas que hayan de emplearse en tales audiencias.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenido por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Escrito de demanda.
Artículo 18.

1. A menos que el escrito de demanda se haya incluido con la notificación del arbitraje, dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral el demandante comunicará su escrito de demanda al demandado y a cada uno de los árbitros. El escrito deberá ir acompañado de una copia del contrato y otra del acuerdo de arbitraje, si éste no está contenido en el contrato.

2. El escrito de demanda debe contener los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de las partes;
b) Una relación de los hechos en que se base la demanda;
c) Los puntos en litigio;
d) La materia u objeto que se demanda.

El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

CONTESTACION.
Artículo 19.

1. Dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral el demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros.

2. La contestación se referirá a los extremos b), c) y d) del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 18). El demandado podrá acompañar su escrito con los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvención fundada en el mismo contrato, a los efectos de una compensación.

4. Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18 se aplicarán a la reconvención y a la demanda hecha valer a los efectos de una compensación.

Modificaciones de la demanda o de la contestación.
Artículo 20.

En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

Declinatorio de la competencia del tribunal arbitral.
Artículo 21.

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece la competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará, *ipso jure,* la invalidez de la cláusula compromisoria.

3. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvención, en la réplica a esa reconvención.

4. En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones

y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.

Otros escritos.
Artículo 22.

El tribunal arbitral decidirá si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, o si pueden presentarlos, y fijará los plazos para la comunicación de tales escritos.

Plazos.
Artículo 23.

Los plazos fijados por el tribunal arbitral para la comunicación de los escritos (incluidos los escritos de demanda y de contestación) no deberán exceder de cuarenta y cinco días. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorrogar los plazos si estima que se justifica la prórroga.

Pruebas y audiencias.
(Artículos 24 y 25).
Artículo 24.

1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte dentro del plazo que el tribunal arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación.

3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.

Artículo 25.

1. En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar.

2. Si han de deponer testigos, cada parte comunicará al tribunal arbitral y a la otra parte, por lo menos quince días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán.

3. El tribunal arbitral hará arreglos respecto de la traducción de las declaraciones orales hechas en audiencia o de la misma si, dadas las circunstancias del caso, lo estima conveniente o si las partes así lo han acordado y lo han comunicado al tribunal por lo menos quince días antes de la audiencia.

4. Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo o testigos durante la declaración de otros testigos. El tribunal arbitral es libre de decidir la forma en que ha de interrogarse a los testigos.

5. Los testigos podrán también presentar sus deposiciones por escrito y firmadas.

6. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas.

Medidas provisionales de protección.
Artículo 26.

1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.

Peritos.
Artículo 27.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos, para que le informen por escrito, sobre materias concretas que determinará el tribunal. Se comunicará a las partes una copia de las atribuciones del perito, fijadas por el tribunal.

2. Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todas las cosas pertinentes que aquel pueda pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del tribunal arbitral.

3. Una vez recibido el dictamen del perito, el tribunal comunicará una copia del mismo a las partes, a quienes se ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

4. Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogar al perito. En esta audiencia, cualquiera de las partes podrá presentar testigos peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos. Serán aplicables a dicho procedimiento las disposiciones del artículo 25.

Rebeldía.
Artículo 28.

1. Si, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, el demandante no ha presentado su

demanda sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral ordenará la conclusión del procedimiento. Si, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, el demandado no ha presentado su contestación sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral ordenará que continúe el procedimiento.

2. Si una de las partes, debidamente requerida para presentar documentos, no lo hace en los plazos fijados sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral podrá dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Cierre de las audiencias.
Artículo 29.

1. El tribunal arbitral podrá preguntar a las partes si tienen más pruebas que ofrecer o testigos que presentar o exposiciones que hacer, y si no los hay, podrá declarar cerradas las audiencias.

2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo.

Renuncia del reglamento.
Artículo 30.

Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje, sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente reglamento, sin expresar prontamente su objeción a tal incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar.

SECCION IV
Laudo

Decisiones.
Artículo 31.

1. Cuando haya tres árbitros, todo laudo u otra decisión del tribunal arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros.

2. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al árbitro presidente a hacerlo, éste podrá decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal.

Forma y efectos del laudo.
Artículo 32.

1. Además del laudo definitivo, el tribunal arbitral podrá dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales.

2. El laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora.

3. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón.

4. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó. Cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.

5. Podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes.

6. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias del laudo firmadas por los árbitros.

7. Si el derecho de arbitraje del país en que se dicta el laudo requiere el registro o el depósito del laudo por el tribunal arbitral, éste cumplirá este requisito dentro del plazo señalado por la ley.

Ley aplicable, amigable componedor.
Artículo 33.

1. El tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Transacción u otros motivos de conclusión del procedimiento.
Artículo 34.

1. Si antes de que se dicte el laudo las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma del laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado.

2. Si antes de que se dicte el laudo se hace innecesaria o imposible la continuación del procedimiento arbitral por cualquier razón no mencionada en el párrafo 1, el tribunal arbitral comunicará a las partes su propósito de dictar una orden de conclusión del procedimiento. El tribunal arbitral estará facultado para dictar dicha orden, a menos que una parte haga valer razones fundadas para oponerse a esa orden.

3. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias de la orden de conclusión del procedimiento, o del laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, debidamente firmadas por los árbitros. Cuando se pronuncie un laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 a 7 del artículo 32.

Interpretación del laudo.
Artículo 35.

1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte, una interpretación del laudo.

2. La interpretación se dará por escrito dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la recepción del requerimiento. La interpretación formará parte del laudo y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.

Rectificación del laudo.
Artículo 36.

1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte que se rectifique en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del laudo, el tribunal arbitral podrá efectuar dichas correcciones por su propia iniciativa.

2. Esas correcciones se harán por escrito y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.

Laudo adicional.
Artículo 37.

1. Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral, notificando a la otra parte que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo.

2. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento de un laudo adicional y considera que la omisión puede rectificarse sin necesidad de ulteriores audiencias o pruebas, completará su laudo dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud.

3. Cuando se dicte un laudo adicional, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 7 del artículo 32.

Costas.
(Artículos 38 a 40).
Artículo 38.

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término "costas" comprende únicamente lo siguiente:

a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39.
b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros.
c) El costo de asesoramiento parcial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
d) Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral.
e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de este costo es razonable.
f) Cualesquiera honorarios y gastos por concepto de servicios prestados por la CIAC.

Artículo 39.

1. Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

2. Cualquiera de las partes podrá, en cualquier momento, solicitar a la CIAC la determinación de las bases sobre las cuales se establecieron las cuotas de los árbitros, lo cual es una práctica acostumbrada en los casos internacionales en los que la CIAC designa árbitros. Al fijar sus honorarios el tribunal arbitral tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso.

3. La CIAC determinará tarifas, indicando las cuotas administrativas, cargos por concepto de otros servicios y reembolsos. Las tarifas vigentes a la fecha en que se inicia el arbitraje serán las aplicables.

4. Las cuotas administrativas serán pagadas por anticipado por el demandante o demandantes.

Artículo 40.

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso *e)* del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo, o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.

3. Cuando el tribunal arbitral dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, fijará las costas del arbitraje a que se refieren el artículo 38 y el párrafo 1 del artículo 39 en el texto de esa orden o de ese laudo.

4. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o completación de su laudo con arreglo a los artículos 35 a 37.

Depósito de las costas.
Artículo 41.

1. Una vez constituido el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que deposite una suma igual, en concepto de anticipo de las costas previstas en los incisos *a), b) y c)* del artículo 38.

2. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir depósitos adicionales de las partes.

3. Si una de las partes así lo solicita, el tribunal arbitral fijará el importe de cualquier depósito o depósitos adicionales, sólo tras consultar con la CIAC, que pondrá al tribunal arbitral todas las observaciones que estime apropiadas relativas al monto de tales depósitos y depósitos suplementarios.

4. Si transcurridos treinta días desde la comunicación del requerimiento del tribunal arbitral los depósitos requeridos no se han abonado en su totalidad, el tribunal arbitral informará de este hecho a las partes a fin de que cada una de ellas pueda hacer el pago requerido. Si este pago no se efectúa, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje.

5. Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará a las partes un estado de cuenta de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado.

c) Arbitraje entre miembros de determinadas asociaciones.

Se afirma la existencia de otra modalidad de arbitraje en los casos en que una determinada asociación establece su propia maquinaria de arbitraje para el arreglo de las disputas entre sus miembros.

4. El compromiso.

a) En el arbitraje "ad hoc":

En el caso del arbitraje "ad hoc" es menester poner particular atención al compromiso, ya que de la redacción de este documento va a depender casi por completo el buen resultado del arbitraje.

A manera de sugerencia, nos permitimos indicar la importancia de incluir los siguientes aspectos con claridad:

1. Nombres y calidades de las partes.
2. Hechos que originan la discusión. Es conveniente enumerarlos separadamente en forma precisa. Conviene igualmente enumerar en lista separada los hechos sobre los que es coincidente la valoración de las partes y los hechos sobre los que hay desacuerdo.
3. Pretensiones de las partes y puntos de discrepancia, enumerados.
4. Indicación precisa de las cuestiones sometidas a arbitraje y aspectos particulares que se deberán tener en cuenta.
5. Indicación del árbitro o árbitros y extensión de sus poderes y deberes.
6. Reglas procesales del arbitraje.
7. Otros aspectos como cuantía, honorarios, fianza de costas, lugar e idioma del arbitraje.

De lo expuesto, puede concluirse con Alsina, que el compromiso es "el acto por el cual, en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de una disposición de ley (o simplemente, porque así lo dispongan en cualquier momento, podríamos agregar) las partes someten a la decisión arbitral las cuestiones concretas que en él se determinan, se nombran los árbitros y se fijan las condiciones para el laudo. (17).

b) En el arbitraje administrado:

En el caso del arbitraje administrado no es necesario tener todos los cuidados que exige el arbitraje "ad hoc", ya que los mismos organismos que cumplen esta función tienen su propio reglamento de procedimientos que regula los diversos aspectos (tales como notificaciones, nombramiento de árbitros, lugar, idioma, fases procesales, reglas para dictar las resoluciones y costas). En lugar de referirnos a estas reglas en particular nos hemos permitido incluir en este trabajo los reglamentos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

En lo que se refiere a estos dos organismos se recomienda la redacción de la cláusula arbitral, en los siguientes términos:

i) Cámara de Comercio Internacional:

"Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento".

---

(17) ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, Tomo III, pág. 806.

ii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial:

"Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente en la fecha de este convenio. El tribunal de arbitraje decidirá como amigable componedor o 'ex aequo et bono' ". Las partes pueden agregar aspectos como número de árbitros, lugar e idioma del arbitraje.

5. La ejecución extraterritorial de los laudos.

Sometida una cuestión a arbitraje y fallado el asunto surge un ulterior problema: el de su ejecución.

Si nos encontramos ante un conflicto interno (y no en un caso de contratación internacional) no hay mayor problema, pues el artículo 423 del Código de Procedimientos Civiles claramente dispone que "La sentencia arbitral se ejecutará por la autoridad ordinaria".

En cambio, si se trata de un caso de compraventa internacional es posible que el arbitraje se lleve a cabo fuera del país y será entonces necesario, antes de pretender su ejecución en el territorio nacional, proceder a efectuar su "exequatur".

El "exequatur" es un procedimiento mediante el que un Estado reconoce la validez y la eficacia jurídica de resoluciones dictadas fuera de su territorio y las dota de efectividad (18). Se trata de una superación de fronteras para la ejecución de las resoluciones judiciales y arbitrales, de una forma de colaboración entre los Estados y de una superación de la noción absoluta de soberanía (19), siempre con respeto del orden público interno (20).

En nuestro Ordenamiento jurídico la competencia para conocer el "exequatur" está atribuida a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (21). El procedimiento está regulado en el Código Bustamante (artículo 423) (22) y en el Código de Procedimientos Civiles (artículo 1020 y ss.).

Para el laudo arbitral resultan aplicables todas las reglas contenidas en los textos citados. Se discute (23) en doctrina si el laudo debe reunir los requisitos del país donde se dicta o los del país donde se ejecuta. En nuestro sistema se sigue el segundo criterio; el Código de Bustamante, en su artículo 432 hace referencia a "la legislación del país en que la ejecución se solicite". Desde el punto de vista práctico esto implica la necesidad de conocer estas exigencias en los diversos países contratantes. Por ejemplo, en el caso de una compraventa internacional en la que se prevé una cláusula arbitral "ad hoc" conviene regular la producción del laudo respetando las reglas jurídicas del país de la otra parte del contrato, para que en caso de incumplimiento y consiguiente condena arbitral, sea posible hacer efectivo el derecho establecido por el laudo.

La autorización positiva expresa para el "exequatur" de los laudos se encuentra establecida por el artículo 433 del Código Bustamante, ya citado, que textualmente dice:

> *"El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite".*

6. La jurisprudencia arbitral sobre compraventa internacional.

En esta materia nos limitamos a exponer resumidamente las opiniones del Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (24):

---

(18) Sobre el tema v. PEREZ, Víctor. El exequátur en Costa Rica. *Boletín Informativo* No. 221. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, 1974-1975.

(19) De BODINO, v. PEREZ, op. cit., supra 18, p. 11.

(20) GEI, Orlando, De la ejecución de sentencias extranjeras. Tesis. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1943, p. 5.

(21) Reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 61, inciso 4. La Gaceta, 1 de julio de 1980.

(22) La Habana, 1928, La Gaceta No. 30 de 6 de febrero de 1930. San José, Costa Rica.

(23) SENTIS MELENDO, La sentencia extranjera. E.J.E.A., Buenos Aires, 1958, p. 43. SATTA, Salvatore, Manual de Derecho Procesal Civil, Vol. II, E.J.E.A. Buenos Aires, 1971, p. 281.

(24) DERAINS, Yves, La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale: experiences et perspectives. Convegno sulla compravendita internazionale.

La primera duda que surge al hablar de jurisprudencia arbitral es la de si ésta realmente puede existir, entendiéndose como jurisprudencia la creación de normas no escritas a través de la reiteración de fallos en un sentido determinado (25). La duda surge si se observa que los árbitros aplican derechos diferentes, que no existen publicaciones sobre resoluciones arbitrales y que no existen órganos unificadores de criterio.

A pesar de ello los árbitros juegan un papel frente a los usos mercantiles: los sacan a la luz, los revelan en sus decisiones y, además, el conocimiento de las decisiones es creador de usos.

Los datos revelan que solamente en un cincuenta por ciento de los casos las partes determinan el "derecho aplicable". En el resto de los casos la práctica muestra problemas frente a los que en los últimos diez años se han dado tres tendencias: 1) la clásica, que sostiene que el Derecho aplicable es el de la sede del arbitraje, 2) la confrontación de los sistemas de conflicto de leyes de los países de los contratantes en conflicto y 3) la de que es el árbitro quien fija las normas del conflicto. Dada esta diversidad de tendencias, lo aconsejable resulta anticipar en el compromiso el Derecho aplicable.

A pesar de las dificultades que se presentan cuando se quiere hablar de jurisprudencia arbitral, la práctica revela la reiteración de algunos principios generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional, estos son: 1) respeto a la voluntad de las partes, 2) presunción de competencia profesional de los operadores del comercio internacional, 3) principio de colaboración y 4) deber de diligencia de las partes.

Cuando confrontamos las tendencias generales expuestas con sus manifestaciones concretas observamos que:

a) Para la determinación del Derecho aplicable se suele tomar en cuenta el establecimiento del vendedor (26).

b) con relación al respeto de la voluntad privada los árbitros se han manifestado muy restrictivos en materia de vicios del consentimiento (de error no se ha aceptado ningún caso).

c) En cuanto al principio de colaboración se ha afirmado el deber de informar en materia de medios de pago sobre las condiciones que pueden ser obligatorias en virtud de un Derecho Nacional (por ejemplo en cuanto a licencias de exportación). En estos casos el incumplimiento de los deberes de colaboración ha sido tomado en cuenta para la determinación de daños y perjuicios.

d) También en base al "respeto" a la voluntad privada se ha sostenido que en materia de "imprevisión" (excesiva onerosidad sobreviniente) no es posible suponer la existencia de una cláusula "rebus sic stantibus" y que, por el contrario, deben respetar y obedecer las "cláusulas expresas de revisión de precios". La regla usada es la de que si las partes no han previsto una variación es porque no quieren una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias sobrevinientes (en este campo, sin embargo, se ha aceptado el principio de que el acreedor debe minimizar pérdidas, por lo que el rechazo de una oferta razonable (en caso de imprevisión) determina una disminución proporcional del monto de los perjuicios.

e) En cuanto al deber de diligencia se ha admitido que el atraso injustificado en avisar la no conformidad de las mercaderías es fuente de responsabilidad.

f) También relacionado con el deber de minimizar pérdidas, se ha aceptado que los perjuicios alcanzan el tiempo en que razonablemente el perjudicado hubiera podido reestablecer su situación. En un caso concreto en que se demandaban perjuicios por un año se reprochó al actor no haber concluido dos meses después de la ruptura del contrato, otros contratos que le hubieran permitido reestablecer su situación.

g) En cuanto a las tasas de interés aplicables, si no se han previsto, la tendencia mayoritaria (no unánime) es la de aplicar las del país del acreedor, en base a la idea de las posibilidades de uso que hubiera tenido sobre las sumas insolutas.

---

(25) Sobre el tema v. ORTIZ, Eduardo, Derecho Administrativo. Curso. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

(26) Esto deriva de una aplicación directa que se suele hacer de la Convención de La Haya de 1965. Estrictamente tal aplicación se justifica si se trata de partes contratantes de Estados que hayan ratificado la Convención, o si, según el criterio de la sede el arbitraje se realiza en un país donde está vigente.

BIBLIOGRAFIA

ALSINA Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, Tomo III.

ARELLANO, G. *Los conflictos internacionales de leyes en materia de contratos,* Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 3, Escuela Libre de Derecho, México, 1979.

BARAHONA, Rodrigo, *La compraventa de mercancías en Centroamerica.* Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.

CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico,* Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974.

CASTILLO, Rafael, *Intervención, Simposio sobre Arbitraje, Comercio Internacional y Derecho Marítimo,* Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

DERAINS, Yves. *La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale; experiences et perspectives. Convegno sulla compravendita internazionale.*

FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica, Voci di teoria generale del diritto,* Giuffrè-ed, Milano, 1970.

GEI, Orlando, *De la ejecución de sentencias extranjeras.* Tesis , Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1943.

GILMOUR, William. *Comunicación presentada al IV Congreso Internacional de Arbitraje Comercial de Moscú.* Revista Procesal, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1973, año 2, No. 2.

GUARDIOLA, Enrique, *La compraventa internacional y los INCOTERMS.* Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, Barcelona, 1978.

KAHN, Philippe, *La vente commerciale internationale,* Sirey, París, 1961.

LABANCA, Jorge, *La venta internacional.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

LE PERA, Sergio, *La compraventa a distancia.* Buenos Aires, 1970.

MALPICA DE LAMADRID, *El arbitraje internacional y el Derecho Marítimo. Memoria. Simposio sobre arbitraje, comercio internacional y Derecho marítimo.* Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

METSCHIKOFF, Soia, *Commercial arbitration.* Columbia Law Review, Vol. 61, No. 5, may, 1961.

NORBERG, Ch. *Interamerican Commercial Arbitration revisited.* Lawyer of the Americas, Vol. 7, No. 2.

ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo, Curso,* Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

PEREZ, Víctor, *El exequátur en Costa Rica,* Boletín Informativo, No. 221, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

PEREZ, Víctor, *Los medios de pago en la compraventa internacional,* Revista Judicial No. 21, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, setiembre 1981.

PEREZ Víctor, *Propiedad y riesgo en la compraventa internacional.* Revista Judicial No. 20, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, junio, 1981

RAY, José Domingo, *La responsabilidad del transportista en las Reglas de Hamburgo y la solución arbitral de controversias.* Memoria, VI, Simposio, op. cit.

SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil,* Vol. II, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.

SENTIS MELENDO, *La sentencia extranjera,* E.J.E.A., Buenos Aires, 1958.

SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje como solución de controversias en el comercio internacional.* Memoria VI, simposio, op. cit.

TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato,* Giuffrè-ed. Milano, 1968.

TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato,* Giuffrè-ed. Milano, 1973.

WITKER, Jorge, *El Derecho Internacional y el Arbitraje Internacional,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Año X, Ene-ago, 1977.

Sección II. La Ciencia al servicio de la Justicia.

SINTESIS HISTORICA DE LA MEDICINA LEGAL

Dr. Roberto von Bennewitz Gotschlich.
Director del Departamento (Cátedra) de Medicina Legal. Prof. Titular de Medicina Legal y de Anatomía Patológica General y Especial. Facultad de Medicina, Santiago Norte, Universidad de Chile.

La Medicina Legal es una ciencia relativamente nueva, aunque sus esbozos aparecen ya en la antigüedad. Pero entonces más que una materia independiente, consistía en el estudio aislado de algunas cuestiones. Su individualización y perfeccionamiento han respondido a una transformación simultánea del espíritu de la Medicina, cada día más interesada en los problemas de alcance colectivo. Y si la salud física de la sociedad ha desarrollado la Higiene y la Medicina Social, su salud moral, que tiene en la Justicia una de las bases más sólidas, ha desarrollado la Medicina Legal. Como Borri lo ha hecho notar, "debido a la limitación de la ciencia y la práctica médica a los problemas de la medicina individual, no podían, no debían llegar sino muy tardíamente el contacto y el encuentro de las disciplinas jurídicas y estatales con las dirigidas al estudio del organismo humano en el estado de salud y de enfermedad". Y es evidente que de ese contacto se beneficiaron por igual las ciencias médicas y las jurídicas.

Como resultado de la forma un poco desordenada de su evolución, no es fácil exponer con método una historia de la Medicina Legal. En realidad la Medicina Legal no tiene vida y evolución autónomas y de ese modo, su historia marcha paralela y directamente vinculada con la historia de la Medicina y de la organización legal de la Justicia.

Siguiendo un poco la concepción de Comte sobre los tres estados de la evolución de la ciencia (religioso, metafísico y positivo), puede dividirse la historia de esta materia también en tres períodos:

a) Primer período: abarca las épocas primitivas hasta el imperio romano (ley del talión, libros sagrados).

b) Segundo período: se inicia con la obra de los jurisconsultos romanos, comprende ya una legislación regular. Aparecen después las capitulares de Carlomagno, los juicios de brujería, las leyes carolinas y los progresos científicos y políticos de ese siglo y el siguiente, que impusieron la intervención pericial de los médicos ante la justicia.

c) Tercer período: arranca del siglo XVIII hasta la actualidad. Es el período propiamente científico.

En el primer período o período "ficticio" la Medicina Legal cuenta con los siguientes antecedentes históricos: disposiciones dispersas en las colecciones de índole religiosa (la Biblia, el Código de Hamurabi, el Avesta, el Código de Manú). Especialmente vale citar las reglas dadas por Moisés, en el Levítico sobre la forma de conocer la virginidad de las mujeres, sobre los delitos de sodomía, de violación y de estupro, sobre la descripción de las llamadas "impurezas" (enfermedades venéreas) y sobre las menstruaciones.

Antecedentes históricos de la Medicina Legal del segundo período son:

1) Las reglas de Hipócrates sobre plazos de gestación adoptados por el Código denominado Ley de las XII Tablas (primera legislación escrita de los romanos, publicada en el año 450 a. de J.C., y grabada en doce tablas de bronce. Era obra de los decenviros, nombre dado en Roma a los diez magistrados nombrados poco tiempo después del establecimiento de la república para preparar dicho código legal).

2) Las disposiciones existentes en Roma que obligaban a exhibir públicamente los cadáveres de personas muertas por causas sospechosas, para que

los expertos manifestaran su opinión, como se procedió con Germánico, con Escipión el Africano, con Julio César, etc.

3) La Ley de Numa Pompilio que hacía obligatoria la "histerotomía" de las mujeres embarazadas que fallecían antes del parto, para salvar la vida del hijo; esta operación es llamada vulgarmente, hasta nuestros días, la "operación cesárea", por decir la leyenda que en dichas condiciones llegó al mundo el emperador Julio César.

4) Aparecen después las capitulares de Carlomagno. Capitulares se denomina la colección de las ordenanzas publicadas por los reyes carolingios de Francia. Las más notables son las de Carlomagno (742-814), rey de los francos y emperador de Occidente. Carlomagno o Carlos I, la más importante figura de la Edad Media, como legislador procuró en lo posible imitar el Imperio Romano.

Posteriomente aparecen los ya mencionados juicios de brujería y, en el siglo XVI, las leyes carolinas.

— Durante la Edad Media (siglo V de la era vulgar, hasta la mitad del siglo XV), la Medicina Legal pasa por un período de obscurantismo y dominan los prejuicios religiosos: se prohíben las autopsias, porque se teme que las almas de los cadáveres mutilados puedan verse privadas del ciclo. No obstante, es posible citar los siguientes hechos:

a) El edicto de Godofredo de Bouillon, llamado comúnmente "les Assisses de Jerusalém", dictado durante la Cruzada a Tierra Santa (año 1100), el cual establece el peritaje médico-legal;

b) Las disposiciones del Fuero Juzgo y de las Siete Partidas sobre impotencia, embarazos, partos prematuros, virginidad, locura, etc.;

c) La legislación de la Iglesia Católica Romana sobre la indisolubilidad del matrimonio y las pruebas de su nulidad por impotencia, que dieron lugar a las llamadas "pruebas del congreso", o sea demostraciones públicas de virilidad;

d) La autorización concedida en 1374 a la Facultad de Medicina de Montpelier para abrir los cadáveres;

e) La organización en París de "El Chatelet", por orden de Felipe el Hermoso (1478-1506, archiduque de Austria y rey de Castilla en 1506), que da nacimiento a la Medicina Forense, por tratarse de un asesor de los Tribunales de Justicia.

— En realidad, el momento de iniciación seria de esta disciplina corresponde a la época del Renacimiento, época de renovación literaria, artística y científica que se produjo en Europa en los siglos XV y XVI. Más exactamente, la Medicina Legal, como rama independiente de la Medicina, solamente comienza a diseñarse en el siglo XVI, simultáneamente con el desarrollo general de muchas otras ciencias, bajo el impulso intelectual de aquel siglo, favorecido también por el perfeccionamiento y la difusión de la imprenta. Lo, que había antes carece de valor científico-médico, aunque pueda tener gran valor jurídico, como el derecho romano.

En cambio, en la segunda mitad del siglo XVI se producen dos acontecimientos importantes. Uno es legal: la legislación carolina, en el reinado de Carlos V (1532), que establece la intervención médica obligatoria en ciertos asuntos. (Carlos V, que vivió de 1500-1558, era hijo de Felipe el Hermoso y de Juana la Loca, fue rey de España en 1516 y emperador de Alemania en 1519). El otro acontecimiento importante es bibliográfico: la obra de Ambrosio Paré (1575), donde se abordan diversas cuestiones médico-legales (asfixias, heridas, embalsamientos, virginidad, etc.), entre muchas cuestiones de cirugía. Poco después, Juan Felipe Ingrassia escribió en Italia (1578), dejándolo inédito, un trabajo de conjunto; en el mismo país Fortunato Fedele (1598), también siciliano, publicó una obra sobre temas de esta materia. Pero es durante el siglo XVII con Pablo Zacchia, también italiano, cuando la Medicina Legal adquiere un cuerpo serio de doctrina, expuesto en su obra fundamental "Cuestiones médico legales" publicada en 1621, en tres volúmenes. Entre ellos se trata de los partos, demencia, muerte, venenos, impotencia, milagros, etc. De estos antecedentes resulta que Paré, por la prioridad, y Zacchia, por la importancia de su obra son los verdaderos creadores de la Medicina Legal, que tiene así su origen en Francia e Italia, dos países donde hasta la actualidad ella ha tenido siempre cultores de valor.

A partir de entonces y sobre todo después por las transformaciones que la Revolución Francesa produce en la administración de la Justicia y en la codificación, la Medicina Legal se perfecciona, se organiza como estudio serio en las universidades y como aplicación práctica indispensable en los juicios. Esa ha sido la obra de los siglos XIX y del actual. En esta evolución la Medicina Legal ha ido haciéndose más concreta en sus métodos, mas en sus fines, tiende a abandonar la declamación y el subjetivismo pericial y aprovecha todo lo que puede las conquistas de las ciencias afines. Con ella, la Medicina ha adquirido una perspectiva intelectual

más amplia y las ciencias jurídicas, especialmente el Derecho Penal, una mayor consistencia. En esta vasta obra, conviene recordar los nombres de Orfila Devergie, Tardieu, Legrand du Saulle, Foderé, Brovardel, Thoinot, Lacassagne, Balthazard, en Francia; Puccionotti, Lombroso, Ziino, Filippi, Tamassia, Severi, Garrara, Oftolenghi, en Italia; Casper, Liman, Strassman, en Alemania; Hofmann, Haberda, en Austria; Taylor, en Inglaterra; Minovici, en Rumania; hecha – Marzo, Maestre, en España; Bokarius en Rusia; Oscar Freire, Nina Rodríguez, en el Brasil; Nevio Rojas, en Argentina; Alfredo Vargas B., en Chile.

En Chile, la Medicina Legal ha marchado también siguiendo dos vías de evolución: la universitaria y la judicial; la primera ha tenido siempre por centro la Cátedra de Medicina Legal y la segunda lo ha tenido en los Tribunales de Justicia.

Disciplinas fundamentales en medicina legal.

El juez necesita asesorarse de personas que le ayuden a resolver los muchos problemas que se le presentan a diario en el desarrollo de los procesos judiciales; para ellos busca a aquéllos que dominan algún arte u oficio y, haciendo uso de las prerrogativas que le otorga la ley, los designa como peritos. Para ayudarse en los problemas judiciales de índole médica recurre al médico perito.

El médico legista es un perito. Perito es "el que poseyendo especiales conocimientos teóricos y prácticos, informa, bajo juramento al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia". La tarea fundamental del perito médico-legal es establecer las relaciones de la Medicina con la Justicia, los peritajes médico-legales ("un medio de prueba para la Justicia, elaborado por personas versadas en materias especializadas", en este caso por médico y destinado a esclarecer problemas judiciales de índole médica). Tarea esencial del Servicio Médico-Legal de Chile es asesorar a los Tribunales de Justicia con sus peritos, en los múltiples problemas de orden técnico que se le presentan especialmente para calificar ciertos delitos o para apreciar el grado de capacidad o responsabilidad que deba atribuirse a una persona determinada. Esta asesoría se realiza a través de los informes y dictámenes que emite el Servicio, siendo los más importantes los de psiquiatría, lesiones, autopsia y otros diversos.

Dentro de los tres grandes grupos de materias que trata la Medicina Legal (Judicial, Social y Profesional), con respecto a lo recién expresado, destaca la **Judicial o Clásica,** es decir aquélla que estudia las materias que se relacionan directamente con los problemas judiciales de índole médica, o sea aquellos que se plantean a los Tribunales de Justicia, ramas importantes de ella, por su gran demanda, son la Medicina Legal **Psiquiátrica** que estudia la **alienación** mental y delito, responsabilidad penal y capacidad civil; la Medicina Legal **Tanatológica,** que investiga la muerte desde el punto de vista médico-legal; autopsias, pericias en restos cadavéricos; la Medicina Legal **Sexológica,** que gira en torno de los problemas de matrimonio, embarazo, aborto, infanticidio, aberraciones sexuales, etc., presenta dos a la Justicia; la Medicina Legal **Traumatológica,** que se refiere a todo lo relacionado con heridas, fracturas, contusiones y, la Medicina Legal **Toxicológica,** que abarca lo relacionado con envenenamientos de diversa índole (suicida, homicida, accidental). La Química Legal recibe el apoyo de Microbiólogos químico-clínicos y otros profesionales.

¿Qué formación necesita el perito médico?, además de lo básico de doctrina jurídica, precisa desde luego saber medicina; debe ser un buen médico y sólo lo es, aquel que domina la Patología integral (Morfológica, Fisiológica y Clínica). Debe recordarse aquí que la Patología no es una rama de la Medicina sino su raíz principal ya que sustenta el conocimiento exacto de todas las enfermedades, transtornos del desarrollo, síndromes, signos y síntomas.

El perito médico debe conocer bien los hechos fundamentales de su ciencia y seguir la evolución de los conocimientos en continua renovación, pero sin llegar a ser un profundo especialista en cada materia. Ciertas materias tienen naturalmente más importancia que otras, aunque todas han de ser conocidas. Son fundamentales por la mayor frecuencia de los casos: **Psiquiatría, anatomía patológica, patología quirúrgica, traumatología** y, **obstetricia-ginecología,** especialidades a las cuales el perito debe dar mayor preferencia. Pero no hay que olvidar que no basta ser un buen médico para ser un buen perito. El perito debe tener un criterio médico-legal, que sólo podrá adquirir conociendo la doctrina jurídica esencial y la legislación aplicable al caso sometido a su examen. Sólo así él podrá ser útil, pues sabrá cuáles son los puntos que debe aclarar y con qué norma ha de hacerlo. Sabido es que esta es la causa habitual de las deficiencias de los informes y dictámenes médico-legales.

1) **Psiquiatría.** No hay que creer que baste ser un buen psiquiatra clínico, para ser un buen médico-legista; el psiquiatra solamente clínico es tan médico-legista como el partero o el cirujano. Los problemas de la psiquiatría forense son los problemas "legales" al igual que los problemas "médicos", y los médicos que están acostumbrados a pensar en términos médicos, tienen dificultad para pensar en términos legales. El conocimiento específico de los conceptos legales, del marco legal y de los usos en los cuales estos conceptos son aplicados es indispensable para un psiquiatra que desea funcionar adecuadamente en una situación psiquiátrica forense.

La tarea más delicada de la psiquiatría forense, la peritación, presupone que sea realizada por especialistas calificados, verdaderos expertos en Medicina mental y con conocimientos vastos de doctrina jurídica. Langelüddeke considera que para realizar una peritación satisfactoria son esenciales cuatro requisitos: 1. Dominio del saber psiquiátrico; 2. Comprensión plena del sentido jurídico de la tarea; 3. Completa imparcialidad, tratando que no influyan ni la simpatía ni la antipatía; 4. Gusto para ejecutar el trabajo, entregándose por entero a la labor de investigar, siempre interesante y fecunda, y a la vez que concuerde con el espíritu científico de nuestra profesión. Pero tan delicada tarea requiere además aguzar la perspicacia adquirida acerca de la naturaleza humana y de las sutilezas de quien se siente en situación peligrosa; requiere, por último, consideración objetiva y cotejo crítico de los datos de las diversas fuentes con los hechos observados y sus relaciones, tratando de llegar a la ordenación sólida propia del conocimiento psiquiátrico sustancial. Una vez agotado el conocimiento posible del caso concreto con el mayor acopio de documentos del sujeto y sobre el sujeto, el perito procede a redactar el informe, exponiendo el fruto en forma clara, con juicios precisos, objetivos y prudentes. Se comprende que en los casos difíciles quedan dudas acerca de los puntos oscuros: el perito no tendrá reparo en expresar el motivo de sus incertidumbres. El lenguaje será llano, sin términos técnicos, o explicando el sentido de los imprescindibles; sin citas prolijas, pues en esta clase de documentos no es pertinente la erudición; y sin apelar a teorías, ya que estas nada demuestran y sí pueden conducir a confusión.

Las situaciones legales que implican un testimonio psiquiátrico ya sean civiles o criminales implican al menos dos consideraciones principales en relación con el individuo cuya posición psiquiátrica se encuentra en duda:

1. ¿Es (o fue) capaz y competente para llevar a cabo determinadas acciones? Si no, se le puede evitar que haga algo que querría hacer o, algo que ha hecho puede ser nulificado en cuanto a acto (testificar o declarar en el juzgado, contrato matrimonial o testamento, compra de bienes raíces, etc.).

2. ¿Es (o fue) responsable por la acción que se le imputa? De ser así, puede ser obligado a hacer algo que no quiera hacer (pagar dinero, ir a la cárcel, etc.).

Una persona incompetente no es responsable de sus actos en el área de su incapacidad y una persona que es absuelta de responsabilidad en alguna área particular es incompetente para actuar legalmente en esta área.

Las definiciones y pruebas de competencia y de responsabilidad varían con los típicos legales específicos. Por ejemplo, la responsabilidad por un crimen no es la misma que la responsabilidad por un agravio (daño civil hecho a tercero). Cuando un individuo es calumniado puede corregir su difamación por medio de la incoacción de demanda civil. El agraviante, el que comete el agravio, no va a la cárcel sino que por lo general paga daños monetarios. Algunos agravios constituyen crímenes también (graves contra la sociedad) y el individuo puede tener que enfrentarse a un doble juicio civil y penal como resultado de la misma acción.

Datos de orden psiquiátrico son también muy importantes en el diagnóstico diferencial de muerte por accidente, homicidio o suicidio. Por ejemplo. El conocimiento de las condiciones psíquicas del suicida permite reunir la causa determinante (constitución o herencia psicopática o neuropática, alcoholismo crónico) a la causa ocasional (angustia, crisis de depresión psíquica, miseria, ruina, etc.), que hacen comprender el mecanismo psicológico del acto y su móvil intelectual.

En otro aspecto la psiquiatría médico-legal estudia las reacciones antisociales, delictuosas, causadas por una causa psíquica patológica.

En síntesis la psiquiatría o psicopatología médico-legal o forense **comprende todas las cuestiones legales planteadas** por los **diversos estados de anormalidad psíquica.**

2) **"Anatomía Patológica".** (Patología Morfológica).

a) **Introducción:** Antes de definir la Anatomía Patológica y de establecer su importancia en

Medicina Legal es preciso, recordar qué debe entenderse por Patología y, tener muy en claro el significado del término "Patología Integral". La Anatomía Patológica, Patología Estructural o Morfológica es una rama especializada de la Patología Integral.

Patología. Es la ciencia natural que se ocupa de todo lo anormal y patológico. Tiene por misión o finalidad la investigación de los transtornos de la salud o enfermedad, también los transtornos del desarrollo normal y, procurar al médico los conocimientos necesarios para que pueda reconocer la esencia de esos transtornos, sus causas, su curso y sus consecuencias (todo esto como condición previa necesaria para su evitación y tratamiento en el ejercicio de la profesión médica). La Patología se divide en dos ramas: Patología General y Patología Especial. La primera estudia las manifestaciones estructurales o morfológicas y las funcionales que se repiten en todo proceso patológico, sea cual fuere el punto en que éste se localice. La Patología General estudia las leyes de la génesis de las enfermedades provocadas por causas internas y externas, analiza las formas generales del proceso patológico en el cuerpo y pone en relación las alteraciones morfológicas debidas a los transtornos de la salud y del desarrollo, con los correspondientes transtornos funcionales. Encierra en sí toda la medicina teórica. La Patología General incluye a la Patología Morfológica General y a la Fisiopatología General: la primera estudia en propiedad las manifestaciones morfológicas que se repiten en todo proceso anormal, la segunda lo hace con las manifestaciones funcionales generales, con las comunes a todo proceso patológico. La Patología Especial estudia, en cambio, las manifestaciones estructurales y funcionales del proceso patológico de **cada** órgano en particular. Es el análisis de las enfermedades localizadas en órganos, estudia las modificaciones especiales que originan en cada órgano aquellos procesos generales. Se compone de Patología Morfológica Especial (Estudio de las enfermedades del Sistema Nervioso Central, del riñón, etc.) y de Fisiopatología Especial. Junto a estas dos ramas, Patología Especial y General existe la **Patología clínica,** que usa de una metodología particular llamada Semiología, a fin de diagnosticar la enfermedad.

Estas disciplinas constituyen la Patología Integral (funcional, morfología, clínica) cuya misión, como se ha dicho, es investigar las leyes de la génesis de las enfermedades, estudiar las formas del proceso patológico en el cuerpo y poner en relación las alteraciones morfológicas debidas a los transtornos del desarrollo y de la salud, con los correspondientes transtornos funcionales. El conocimiento y dominio de los hechos **fisiopatológicos, anátomo-patológicos** y **clínico-quirúrgicos** han sido considerados, con razón, como ideal del **patólogo.** Sólo la gran cantidad de conocimientos que se han ido acumulando y la comprensión de que los progresos de la ciencia sólo se obtienen por medio de la especialización han determinado forzosamente que se haga por separado el estudio del material que a cada uno corresponde. En estos últimos años la Bioquímica y la Biofísica han hecho avanzar notablemente la Patología Integral. Al exponer los problemas de la Patología hoy es irremisible considerar simultáneamente los transtornos de estructura, función, metabolismo y concentrar los métodos de morfología, fisiología, bioquímica y biofísica.

b) **Patología Morfológica.** Lo que se conoce por Patología Morfológica constituye una parte del extenso campo de la Patología; se la puede considerar como el estudio de los procesos y las causas de la enfermedad y de su naturaleza. Las enfermedades se ponen de manifiesto ordinariamente por un transtorno de la forma y de la función orgánica y, la Patología Morfológica procura responder al cómo y al por qué de la enfermedad basándose en el estudio de la forma alterada o desviada. Aborda el problema del diagnóstico del proceso vital anormal o desviado, que llamamos enfermedad desde el estudio de las alteraciones estructurales que localiza o descubre en los órganos y tejidos enfermos (examen macroscópico, examen microscópico o histopatológico y, otros) que se desarrollan como consecuencia de factores patógenos o generadores de enfermedad. Se basa pues en la Morfología Normal pero no se limita a describir como tal la alteración estructural, que constituye la desviación de la normalidad y que le permite precisamente conocer la actuación de la noxa, sino que:

1. Investiga los procesos y las causas que llevan al daño morfológico, que sirven de fundamento a tales desviaciones; se preocupa del cómo y del por qué del daño; analiza en cada caso el modo de producirse el cambio de la forma y estudia la evolución de las formas patológicas; en síntesis investiga la génesis y el curso de dichas formas.
2. Procura, simultáneamente, estimar la significación de la perturbación morfológica, o sea, los efectos de tales cambios sobre la función, celular y tisularmente (capacidad funcional de los tejidos modificados) y, en segunda instancia sobre el paciente o víctima.

La Patología Morfológica de la conformación perturbada procura deducir los transtornos funcionales. Estudia el fundamento, el substrato de los transtornos funcionales. Estrechamente relacionada con la Fisiopatología, la Clínica, la Bioquímica, Biofísica y otras, trabaja de tal manera que los conocimientos anatómicos y morfológicos sirvan de base para deducciones fisiológicas y etiológicas. Es el método que relaciona por primera vez forma y función. Sus medios de estudio son la autopsia y la biopsia fundamentalmente.

Como método de investigación y de dominio técnico de lo patológico se vale al igual que todos los métodos de la observación y del razonamiento. Observa las alteraciones a ojo desnudo primero y posteriormente con la ayuda del microscopio y otros (Por autopsia o necropsia se entiende el estudio especializado efectuado a ojo desnudo de los órganos y tejidos de un sujeto eviscerado; tal es la etimología exacta de la palabra autopsia, pero en realidad no se concibe la autopsia sin el correspondiente examen histopatológico o microscópico; es imperativo tanto para el material de autopsias como de biopsias. Los hechos puestos de manifiesto son objeto de una descripción científica).

c) **Importancia de la Patología Morfológica en Medicina Legal.** La Anatomía Patológica es una forma básica de abordar la enfermedad para comprender y tener una buena base para una buena Medicina. El conocimiento clínico debe fundarse en la comprensión de lo que está ocurriendo debajo de la piel de cada paciente o víctima. La Patología Morfológica constituye una sólida disciplina de apoyo a la Medicina Clínica; a la inversa esta última contribuye en alto grado a la Patología Morfológica. En verdad ella estudia el cómo y el por qué de lo anormal y reconstruye el proceso. Cuando finaliza la autopsia (o la biopsia) y se elaboran los diagnósticos definitivos, no se resucita al muerto, sino la enfermedad: renace la enfermedad, el daño, se entiende su génesis, su curso, su naturaleza y su destino. La Patología Morfológica no es diagnóstico de estado de muerte, debe explicar cómo y por qué falleció o bien cómo fue capaz de sobrevivir. No etiqueta lesiones, sino que reconstruye el curso de los fenómenos, desde el comienzo de la enfermedad hasta la muerte o la curación. Mediante ella se aprende Medicina, con ella es posible obtener la indispensable concentración de los aportes de la Fisiopatología, la Bioquímica, etc. Su importancia es particularmente evidente y esencialmente práctica en Tanatología. Discutible en cierta medida es la existencia de autopsias médico-legales "puras"; es bastante frecuente el descubrimiento de una determinada enfermedad que aparece como hallazgo de jerarquía secundaria; otras veces se constituye en una eventual concausa; en todo caso aproximadamente el 35 por ciento o más de las autopsias que se realizan a petición judicial dan como única causa de muerte una determinada enfermedad; desde otro punto de vista muchas de las aparentemente autopsias "puras" médico-legales llevan en sí una patología médica que precipita la muerte "forense". En los países desarrollados no se concibe un tanatólogo sin una sólida formación en Anatomía Patológica y sin un completo Laboratorio de Histopatología aplicado a lo forense. En dichos países el tanatólogo es ordinariamente un médico anátomo-patólogo con sólido criterio médico-legal.

3) **Traumatología.**

En Clínica Médico-Legal, en la que se necesitan conocimientos especializados de Odontología, Oftalmología, Urología, Otorrinolaringología y otros, destaca notoriamente la Traumatología, especialidad de suma importancia. Los peritajes médico-legales más frecuentes en el Servicio Médico-legal son los que se realizan en los vivos y en ellos destacan por su enorme demanda los que se relacionan con lesiones tales como heridas, diversas fracturas, quemaduras, etc., por violencias debidas fundamentalmente a la acción de terceros.

La Traumatología médico-legal se preocupa de los estados patológicos inmediatos o mediatos causados por violencias ejercidas sobre el cuerpo; es la rama de la Medicina Legal que estudia las lesiones. Desde el punto de vista de nuestra legislación se relaciona especialmente con el Código Penal y con las leyes de Accidentes del Trabajo. Don Raimundo del Río define las lesiones como "todo daño causado a la integridad corporal o a la salud de las personas por medios mecánicos, químicos, virulentos o de cualquier otro material". El delito de lesiones requiere de un sujeto activo, de un sujeto pasivo y contempla la "intención" (Delito es un hecho a sabiendas). El delito de lesiones lleva a un proceso judicial y este requiere de medios de prueba, entre éstos destaca el peritaje médico-legal de lesiones. Como sabemos la búsqueda de datos es de la competencia del Juez, él recibe los testimonios, establece los móviles del hecho judicial y, también debe demostrar la intención sin la cual no habría culpabilidad. La labor del traumatólogo forense consiste en, apoyado en sus conocimientos y lo esencial de la doctrina jurídica, ayudar al juzgador con un dictamen objetivo, científico y honesto. El

informe está totalmente reglamentado en todas sus fases por el Artículo 141 del Código de Procedimiento Penal. El traumatólogo forense debe informar acerca de la Etiología de la lesión, de su pronóstico médico-legal, debe fijar tiempo de curación, tiempo de incapacidad, con ello el magistrado se apoyará para dictar sentencia.

4) **Obstetricia - Ginecología.**

Relacionados con el sexo, en su desarrollo, morfología e instinto, hay una serie de problemas importantes para la Medicina Legal. En sus aspectos embriológicos y sociales, el sexo es, además motivo de serios estudios, a tal punto, que desde hace algunos años se habla de una ciencia independiente: la **Sexología** (ciencia del sexo).

En los asuntos médico-legales tiene interés, por sus relaciones con la vida civil o con la delincuencia, los siguientes problemas sexuales: la diferenciación del sexo (hermafroditismo, inscripción de nacimiento); el instinto sexual (perversiones sexuales, impotencia); los delitos sexuales (violación, ultraje al pudor, etc.). Vinculada directamente con ellos, por los problemas de la fecundación, está la denominada:

"Obstetricia - Ginecología médico-legal", donde se estudian el embarazo, el aborto y el infanticidio.

En este trabajo asistencial la mayor demanda judicial de peritaje se refiere a la denuncia de probables abusos deshonestos, violaciones, sodomía, abortos criminales; también determinación o diagnóstico de embarazo; además el Obstetra ginecólogo Médico legal presta eventualmente su apoyo en ciertos aspectos de rectificación o comprobación de edad fisiológica y en el peritaje médico legal de filiación (filiación es relación de sangre y de derecho que tiene una persona con sus padres).

El Obstetra-ginecólogo Médico legal, requiere de una vasta experiencia médica y de una sólida base del elemento jurídico; el peritaje debe contar con todo lo que ofrecen las técnicas modernas de diagnóstico de laboratorio.

* * *

Sección III: Reseña legislativa extranjera.

ANOTACIONES AL NUEVO ESTATUTO DEL TRABAJADOR RURAL EN URUGUAY

(Parte I)

Dr. Adolfo Gelsi Bidart.
Catedrático de Derecho Agrario de Uruguay.

SUMARIO:

I. Antecedentes 80
II. Orientaciones de la Ley 80
III. Ambito de aplicación 81
IV. Salario mínimo: noción; garantías 83
V. Salario mínimo: prestaciones en especie. 85
VI. Sueldo anual complementario 88
VII. Descanso 89
VIII. Seguridad en el trabajo 91
IX. Familia y Trabajo Rural 91
X. Despido. 93
XI. Difusión, contralor y sanciones 94
XII. Conclusión. 95

I) ANTECEDENTES.

1. Continuación.

En sucesivos trabajos, publicados en la "Revista de Derecho Laboral" nos hemos ocupado del problema del Estatuto del Trabajador Rural (en adelante: ETR), para referirnos a su necesidad, su inserción en el conjunto de la legislación del trabajo y algunas peculiaridades que debe presentar en atención al medio en que se aplica y las industrias naturales que abarca (1) (2).

Como es natural, el aludido problema ha preocupado igualmente a los cultores del Derecho del Trabajo, que poniendo el acento en esta realidad humana-social (el trabajo dependiente) han realizado estudios de gran importancia para señalar las peculiaridades del régimen legal de nuestro país en la materia (3).

2. Orientaciones persistentes.

En las presentes páginas pretendemos hacer un breve comentario de la nueva Ley y de su reglamentación para señalar en qué medida hay continuidad con el Estatuto del Trabajador Rural (en adelante: ETR) precedente y en qué medida existen modificaciones de alguna importancia.

En términos generales, lo anticipamos, puede decirse que el nuevo ETR sigue las orientaciones fundamentales ya consagradas legislativamente, en especial, en cuanto a continuar la inserción en todo lo posible, de la legislación en materia de trabajo rural, en la legislación general del trabajo, limitando a lo que se considera imprescindible, el establecimiento de disposiciones peculiares.

Las particularidades de las industrias agrarias y del medio en que generalmente se desarrollan (el campo, el agro), continúan siendo los factores determinantes —como era de suponer— de tales peculiaridades.

II) LAS ORIENTACIONES DE LA LEY.

3. Problemas orgánicos o formales.

Se mantienen aquí dos orientaciones básicas de la Ley anterior:

a) La Ley es necesaria para la protección del trabajo rural (i.e. del trabajador rural): principio de legalidad.

b) El órgano principal al que corresponde hacer efectiva, en la realidad, tal protección, es el Poder Ejecutivo en quien se delega toda autoridad al respecto.

c) Teniendo en cuenta las peculiaridades del medio y, además, siguiendo la orientación de que la burocracia sirva efectivamente la protección sin complicar innecesariamente las relaciones industriales, se establece un único documento para hacer posible la fiscalización.

4. Problemas sustantivos o de fondo.

También aquí se mantienen las orientaciones anteriores, con las modificaciones que se expresarán:

a) Se mantiene el **salario mínimo** integrado **parte** en dinero y parte en especie, ambas partes con igual significación.

b) Se mantienen **prestaciones sociales complementarias,** algunas directamente relacionadas con el trabajo y otras con el medio rural.

c) Se procura, en todo lo posible, **asimilar** el trabajo rural al que se presta en el medio urbano o en las industrias generalmente desarrolladas en éste.

5. En su Mensaje, el Poder Ejecutivo señaló la existencia de "un estado general de incumplimiento de las normas contenidas en el ETR" (4).

Subraya que varias de las disposiciones existentes son "de difícil o imposible cumplimiento en

---

(1) v. GELSI: 1) *"Las condiciones de empleo de los trabajadores rurales en la 4a. Conferencia Regional Americana del Trabajo"* (III, 117). 2) *"Competencia del Ministerio de Industrias y Trabajo en la reglamentación del estatuto del Trabajador Rural"* (I, 263). 3) *"Anotaciones al Estatuto del Trabajador Rural"* (III, 117). 4) *"Prestación alimentaria en especie en el ETR y el Convenio 99 de la OIT"* (XII, 258).

(2) Sobre la nueva ley, v. los interesantes y ajustados estudios de PITTAMIGLIO, Carlos, *"El régimen laboral del trabajador rural"* y de MANGARELLI DE LUZ, Cristina, *"El nuevo régimen legal de protección al trabajador rural"* (Rev. Derecho Laboral, tomo 21, No. 110, abril-junio 1978, p. 178 y 276).

(3) Véase en tal sentido: 1) DE FERRARI, Francisco: *"Salario mínimo del trabajador rural"*. (Rev. D. Laboral, II, 126), 2) TERRA, Alfredo: *"La protección del trabajador Rural"*, (id. XI, 7). 3) BARBAGELATA, H.H., *"Del trabajo rural"* (cap. I, de la 6a. Parte del Manual de Derecho del Trabajo", ed. F. de Cultura Universitaria, 1972).

(4) v. los Antecedentes de la Ley (Mensaje del P.E., Informe de la Comisión y Discusión en el Consejo de Estado) en *"Diario de Sesiones del Consejo de Estado"* (D. de S. del C.E.), 42a. Legislatura, 87a. sesión ordinaria, No. 287, tomo 21, 9. V. 1978.

el medio respectivo"; v.gr. el exigir que "la constancia escrita de (su) actividad" sea llevada permanentemente por el trabajador.

Indica, pues, como finalidades del Proyecto:

a) Es "un medio realista e inmediato", para impulsar el progreso en una materia en desarrollo.

b) Deben adecuarse las normas a las modalidades del medio rural.

c) Aunque manteniendo soluciones iguales a las de los restantes trabajadores en algunos aspectos, también se consagran normas específicas para problemas tales como el de licencia anual; fiscalización del cumplimiento; obligación del trabajador de mantener los medios que se le otorgan, etc. (5).

6. La Comisión de Trabajo y Seguridad Social del C.E., introdujo, dentro del mismo enfoque, algunas modificaciones al Proyecto. La Comisión en su Informe, señala igualmente, su orientación, coincidente con la del Poder Ejecutivo.

a) Crear normas de fácil aplicación y contralor en el medio rural.

b) Establecer normas sencillas y claras.

c) Dejar a la Reglamentación el ámbito propio del detallismo que le corresponde.

d) Indica como más importantes, las siguientes innovaciones:

(1) plazos perentorios para abonar los salarios;

(2) asimilación al régimen común en materia de aguinaldo, licencia y despido;

(3) obligación de facilitar los medios para que el trabajador pueda obtener la asistencia médica (6).

7. En la Discusión en el Consejo de Estado, se insistió sobre tales directivas.

Así el Consejero (en adelante: C.) **Viana Reyes** indicó cómo se había llegado a "un conjunto de disposiciones muy sencillas, claras y precisas", con posibilidad de realizar "divulgación precisa, continuada y efectiva" para que se conozca en el medio rural (7).

Por su parte el C. **Bugallo,** también señaló que una de las directivas del "Proyecto, es la de equiparar el régimen del trabajador rural con el que rige para el privado corriente" (8).

También el C. **Brum Cardoso** subrayó la sencillez y simplicidad del proyecto, pero aclarando la necesidad de que tuviera una suficiente divulgación (9).

III) AMBITO DE APLICACION.

8. Para el anterior Estatuto del Trabajador Rural (en adelante ETR), como para el que lo había precedido, llegábamos, con vacilaciones, a la conclusión de que el legislador había señalado como ámbito de aplicación de la ley, dos criterios conjugados: a) naturaleza de las faenas realizadas (agrarias) y b) ámbito de su realización (el campo, las zonas rurales).

No sólo porque diferentes leyes anteriores y posteriores así lo establecían, incluso el Código Rural y la Ley 7550 de 15-2-1923; esta ley hablaba de establecimientos situados en zonas rurales y de trabajadores "empleados en faenas de agricultura y ganadería" (art. 1).

La Ley 10809 era clara en cuanto al segundo elemento ("empleados en faenas de agricultura o ganadería", art. 2). El 1o. (espacial o de medio agrario), aparecía menos precisamente, pero de manera no menos clara, al hablar de "campesinos", art. 25 inc. 2 y al calificar de rural no sólo a los trabajadores en múltiples cuestiones, sino también al salario mínimo (a. 6), la vivienda (a. 8) y los establecimientos en que se verifica el trabajo (a. 10). El Decreto Reglamentario lo especifica en su art. 1, mencionando los "bienes rurales" y la realización de faenas "fuera de los perímetros urbanos" (10).

9. Puede decirse que el actual ETR es menos preciso en cuanto a su delimitación, a pesar de lo cual puede llegarse a la misma conclusión que para las leyes anteriores, teniendo en cuenta los prece-

---

(5) Mensaje del P.E. D. de S. del C.E., citado nota (4) p. 316-317.

(6) Informe de la Comisión de Trabajo y S. Social D. de S. del C.E. citado, p. 318.

(7) D. de S. del C.E., cit., p. 320.

(8) Ibid. p. 321.

(9) Ibid. p. 327.

(10) v. GELSI, *"Anotaciones al ETR"*, citado, cap. III). En todo lo que no se sustituye por el presente trabajo, nos remitimos al precedente citado.

dentes y la tradición legislativo-administrativa, que se ha ido formando al respecto, y a lo que se dirá de inmediato.

En cuanto al texto legal, pueden aducirse algunas normas. Así el art. 1 que como se verá es transcripción literal de la ley anterior y, por ende, si hubiera pensado cambiar el alcance (a qué trabajador rural se refiere), seguramente lo hubiera aclarado; el a. 30 se refiere "a la utilización de tierras para el trabajador"; el a. 5 al trabajador que vive con su familia en el establecimiento rural; el a. 8 alude a la "vivienda rural", que no puede sino aludir a la que se encuentra en el medio campesino; al deber de cooperación con el fomento de la instrucción y "la obligación de proporcionar los medios para obtener asistencia médica", (se refiere al a. 9); el facilitar el traslado o la permanencia en caso de enfermedad grave en el establecimiento, que se dispone en el a. 11; cfr. el a. 12 (animales, implementos de trabajo, mejoras, sembrados).

10. El **Decreto Reglamentario 647/978** de **21-XI-1978** cap. I "Disposiciones Generales", en su art. 1 da la definición de patrono y de trabajador rural, de manera similar (pero más obvia) a la que disponía el Reglamento de la Ley 10809 (los subrayados en todos los arts. son del autor).

> *Art. 1-D.* inc. 1. (Noción). "A los efectos de la presente reglamentación, se entiende por *patrono rural* toda persona física o jurídica que utilice por su cuenta los servicios de trabajadores subordinados, cualquiera sea el título por el cual los ocupa, y por *trabajador rural* a todo el que bajo la subordinación de otra persona empleadora, ejecuta habitualmente trabajos rurales fuera de las zonas urbanas y mediante el pago de un salario y demás prestaciones.
>
> Inc. 2. (Trabajador independiente bajo contrato escrito). "*No* estarán comprendidos en la ley que se reglamenta, los tractoristas, alambradores, albañiles, troperos, domadores, esquiladores, poceros y quienes desempeñen actividades similares, los que se considerarán patronos y desempeñarán las tareas en régimen de contrato, el que en todos los casos, deberá redactarse por escrito".
>
> Inc. 3. (Peones especializados). "En caso de que (los indicados en el inc. anterior) cumplan dichas tareas en forma *permanente* y subordinada estarán amparados por la presente reglamentación y comprendidos en la categoría de peones especializados".

11. Como puede advertirse el Decreto pone el acento en el trabajo subordinado (o dependiente) carácter que con todos los matices del caso, siempre se señala como típico del trabajo referido por el Derecho Laboral. Para subrayarlo, se descarta tanto la condición jurídica del empleado (única persona humana o persona jurídica propiamente dicha) como, así mismo el título a raíz del cual se realiza la prestación.

Los elementos genéricos (más precisados al hablar del empleado que del empleador) son: a) trabajo; b) habitualidad; c) onerosidad; d) subordinación o dependencia.

Los elementos específicos (del trabajo rural) son: e) calidad de 'rural' o 'agrario' del mismo, lo cual significa una remisión al trabajo que requiere las que denominamos industrias agrarias o naturales (11); f) realización del mismo "fuera de las zonas urbanas".

Este último punto, parece aludir, más que a una clasificación municipal, generalmente tripartita (urbano-suburbano y rural) a una delimitación socio-ambiental. Vale decir, que lo que importa es que la actividad se realice "fuera de los perímetros urbanos", como decía el Reglamento de la Ley 10.809. En la zona suburbana, si y en lo que se confunde efectivamente con lo rural (no hay aglomeración de viviendas de personas sólo reunidas por lo espacial o local) se aplicará igualmente, el ETR, si se dan las demás circunstancias mencionadas.

12. El Decreto, como la Ley de Jubilaciones Rurales No. 13.705 de 22-XI-1968 (art. 4), descarta la corriente situación de trabajadores que realizan tareas habitualmente en establecimientos rurales, como las que enumera, pero que lo hacen en calidad de empresarios, vale decir, en forma independiente, sin subordinación en cuanto a la dirección de las tareas y a la fijación de honorarios y medios de realización.

Se aclara que si tales tareas se realizan en forma permanente y subordinada, el trabajador se considera rural y se le incluye en la categoría de peón especializado.

La calificación de permanencia en tales tareas,

---

(11) v. GELSI, "*Estudio del D. Agrario*", I, p. 66 y 76-84.

al igual que la habitualidad del inc. 1, como la profesionalidad que a veces se invoca, están referidas al trabajador rural como tal, a una calidad que va más allá de la faena concreta que se realiza, que cuando es meramente ocasional, escapa a la previsión de la ley.

Claro que, si ocasionalmente alguien consiente en realizar en zona rural, tareas agrarias, con vinculación de dependencia, se le aplicarán estas disposiciones, sea porque se presume la condición de trabajador rural, sea por analogía.

13. Por último, no creemos que sea de competencia del Reglamento, exigir la redacción escrita del contrato. En definitiva una limitación a la libertad del trabajo independiente, que estimamos que sólo la ley puede establecer.

Por ende, el problema de si estamos ante trabajo dependiente o independiente, quedará librado a la prueba que se produzca en cada caso, conforme a los principios de los Códigos Civil y de Procedimiento.

IV) SALARIO MINIMO: NOCION-GARANTIAS.

14. El **art. 1** de la Ley procura dar una noción de lo que considera salario mínimo rural, en base a una norma declarativa de derechos y, por ende, programática, que mantiene literalmente la establecida en el art. 1 de la Ley 10.809.

> *Art. 1-L* (Derecho al salario mínimo). "Todo trabajador rural tiene derecho a percibir una retribución mínima de su trabajo que le asegure la satisfacción normal de sus necesidades físicas, intelectuales y morales" (lo reitera el Decreto en su art. 2o.).

15. El derecho del trabajador rural:

- definido básicamente por su aplicación a las faenas agrarias, sin perjuicio del problema del medio, al què nos referimos supra ap. III);
- se asienta, tiene su fundamento, en el trabajo (dependiente) que realiza;
- su objeto, sobre el cual recae, el objetivo al que tiende es una retribución mínima (la que reconoce y garantiza la ley);
- el alcance de ese calificativo (mínima) es, sin embargo, bastante amplio, por cuanto se trata de asegurar al trabajador, la satisfacción **normal** de sus necesidades físicas (i.e. orgánicas o biológicas), intelectuales (i.e. psicológicas) y morales.

16. Esto último resulta más difícil de precisar y, al propio tiempo impulsa la amplitud que debe reconocérsele a la retribución. Se puede pensar en moral, en cuanto derivado de 'mores', costumbres y aludiendo, por tanto, a las necesidades que se acostumbran en el medio en que vive el trabajador. También a lo que pertenece el fuero íntimo, más allá de lo jurídico y que abarca sus relaciones personales básicas (familia, amistad, vecindad, etc.).

Por ende, queda aclarado, como **criterio** para quien debe fijarlo, porque tal es el sentido de las normas programáticas, que así revelan su verdadera eficacia (12), que el salario mínimo rural **no** es un salario de mera subsistencia, sino un salario más amplio, un salario que podemos llamar más 'personalizado', que retribuye a la persona, de acuerdo a las necesidades generales que le correspondan como tal y que abarcan diferentes planos de su vida.

La satisfacción de tales necesidades debe verificarse de manera "normal". El criterio de la normalidad, es decir, de lo que es habitual, general y sano, adecuado a la condición humana, de acuerdo con las posibilidades del país, el lugar y la época y del propio beneficiario.

En cierto modo, se trata de una variante de la aplicación del principio del realismo jurídico agrario (13) que significa aquí: (a) un reclamo, una remisión a la realidad (cómo se satisfará); (b) una selección de la misma, una indicación de cuál es la realidad que se pretende salvaguardar y disciplinar, una opción del legislador, en cuanto a las conductas que se verifican al respecto y que aquél valora de manera diferente, acordando su protección exclusivamente a las que coloca en plano preferencial.

17. Aunque entendemos que para el nuevo como para el anterior ETR el salario obligatorio del trabajador rural se integra, necesariamente, con una

---

(12) v. GELSI, *"Estudio del Derecho Agrario"*, I, cap. 9-10; en especial, p. 207-09.

(13) GELSI, ibídem, No. 21. Sobre valoración de conductas, Nos. 14, 15 y 20.

prestación en dinero que fija el P.E. y prestaciones en especie que determina la ley (y eventualmente puede precisar el P.E.), parece claro que el ETR actual insiste en su letra, con relación al salario mínimo, como si éste, 'stricto sensu', sólo consistiera en la paga que se realiza en dinero.

En tal sentido la Ley 10.809 era más precisa, por cuanto, v.gr. en su art. 4 hablaba de "La parte del salario mínimo pagadera en dinero" y en el a. 5: "La paga a que se refieren los arts. precedentes se efectuará en dinero, sin perjuicio del suministro por el patrono, de vivienda, alimentación y demás prestaciones legales al trabajador y a su familia, cuando ésta se domicilie en el establecimiento"; en igual sentido, el art. 7.

La nueva ley hace referencia a ambas prestaciones que, según el contexto, se advierte que integran el salario mínimo rural (ambas quedan incluidas en la noción del art. 1), pero aludiendo, deliberadamente, a la paga en dinero, cuando establece cómo se abonará el salario mínimo, sin perjuicio de aclarar en el art. 5 que, además de dicha paga "el patrono suministrará. . . habitación y alimentación. . ." etc.

18. La paga en dinero.

Art. 3-L (Paga en dinero). "Los salarios mínimos se pagarán en dinero, *no* admitiéndose deducción alguna por suministro de alimentación o vivienda, ni por la utilización de tierras en beneficio propio del trabajador" (cfr. *D*, art. 3 inc. 2).

Art. 12-L - inc. 2 (No deducción por pastoreo o cuidado de animales). "El patrono no podrá efectuar deducción en el salario por concepto de pastoreo, o cuidado de los animales de propiedad del trabajador rural".

Como puede advertirse, se reitera la existencia de una parte que necesariamente ha de ser y ha de abonarse, no admitiéndose otra forma de paga (v.gr. por entrega de bienes —C. Civil arts. 1490-1493—), por considerarse que en ello hay una garantía fundamental de la remuneración e incluso (al menos en otros tiempos y otras latitudes) de la libertad, del trabajador.

El nuevo ETR procura subrayar y aclarar la norma, señalando que no corresponde deducción alguna al pago en dinero por otros conceptos. Dos de ellos se vinculan, justamente con la parte del salario pagadero en especie (alimentación y vivienda), por lo que podría estimarse redundante, aunque no lo es en cuanto abarca también los casos en que una y otra prestación se consagre incluso más allá de los mínimos exigidos por la Ley. La solución concuerda con la extendida opinión de que no procede la compensación de deudas salariales con las que, por otro concepto, sea sujeto pasivo el trabajador.

19. Los otros dos conceptos se refieren (de nuevo el principio del realismo jurídico-agrario, nota 13) a situaciones frecuentes en el medio rural: **a)** que se conceda al trabajador rural tierras en el propio campo donde trabaja para explotarlas en beneficio propio; **b)** que se le permita tener animales a pastoreo en el campo, sea que él los cuide o que estén al cuidado de otros trabajadores.

Ambas situaciones se regirán por las reglas generales; normalmente se tratará de un beneficio adicional, que se otorga por la empresa al trabajador, de acuerdo con tradiciones arraigadas en el medio rural y, por ende, serán de carácter gratuito, en beneficio del trabajador.

De no ser gratuitos, cabrán otras soluciones jurídicas, que incluso podrán ampliar las situaciones que se planteen cuando el trabajador cese en su condición de tal en el establecimiento (v. infra).

20. El órgano que fija el salario mínimo, es el Poder Ejecutivo.

La Ley 10.809 lo fijaba en sus propias normas (art. 2 y 7), pero era una etapa de bonanza y estabilidad monetaria; seguía, en esto, lo que ya estableciera la Ley No. 7550 de 15-3-1923.

La 13.720 de 16-XII-1968 (COPRIN) delegó la fijación en el Poder Ejecutivo, previa Resolución de la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos. Esta solución se reitera en el ETR.

Art. 2-L (El Poder Ejecutivo fija el monto según actividades y cargos).

"El salario mínimo para los trabajadores rurales, será establecido en actividades y cargos por el Poder Ejecutivo" (cfr. *D* art. 3 inc. 1).

El anterior ETR **no** establecía categorías, sino exclusivamente un salario mínimo global. Luego, paulatinamente, las leyes y después las Resoluciones de COPRIN, realizaron divisiones según las tareas desempeñadas habitualmente.

La Ley habla de distinción según actividades y cargos, con lo cual el P.E. podría establecer mínimos por actividades (v.gr. faenas de agricultura) y separadamente por cargos (mayordomo, capataz, peón común, etc.) o bien unificar ambos criterios tomándolos a ambos en cuenta en la determina-

ción de los salarios mínimos. Esta es la solución adoptada por el Reglamento.

> *Art. 4-D* (Criterio; tareas desempeñadas).
> "Para el establecimiento de las distintas categorías de trabajadores se tomarán en cuenta las tareas que efectivamente desempeñan, de acuerdo a la división que en la especie se expresa en el art. 5."
> *Art. 5-D* (Categorías).
> "Las categorías de los trabajadores serán las siguientes:
> a) Administradores;
> b) Capataces o Encargados;
> c) Escribientes;
> d) Peones especializados;
> e) Peones comunes y caseros;
> f) Cocineros;
> g) Servicio doméstico;
> h) Menores de 18 años.

En rigor las categorías todas se refieren a tareas o actividades (como dice la Ley) desempeñadas, salvo la última que toma como criterio el de la edad (menor de 18 años), como ya lo hacía la Ley 10.809 en sus arts. 3 y 4.

21. Una disposición de garantía para el trabajador, consiste en la fijación de plazos perentorios para la realización de la paga, al término del período recurrente establecido (cuando la relación es permanente) o al término del trabajo (si es transitorio).

> *Art. 4-L* (Oportunidad del pago: 5 días siguientes al mes o quincena o día de finalización del trabajo).
> "Las remuneraciones convenidas por mes o por quincena, se pagarán dentro de los 5 días hábiles siguientes al vencimiento del mes o la quincena. Si el trabajador hubiese sido contratado por semana, para tarea determinada o en forma transitoria, tendrá derecho a exigir el pago, el mismo día que termine el trabajo contratado o su prestación de servicio".

El **Decreto** en su **art. 6,** reitera textualmente el art. 4 de la Ley, pero añadiendo 'in fine', para unificar el régimen y evitar que el trabajador quede sin percibir su salario durante un período prolongado:

> ". . .siempre que el referido trabajo no exceda de 30 días continuos. En caso de exceder este plazo, los pagos se efectuarán dentro de los 5 días hábiles siguientes al vencimiento del mes o de la quincena".

No se dice, en este último caso, quién elige el lapso (mes o quincena) para el pago, aunque parecería que fuera el patrono, atento a que el Decreto Reglamentario aunque con solución de garantía no-objetable, se aparta de la letra de la ley (pago al finalizar el trabajo) por lo cual parece lógico que se realice en acuerdo de partes y, de no lograrse, sea el deudor (el patrono) el que pueda elegir la fecha.

La Ley 10.809 en su art. 6 y para el caso de establecimientos sancionados por infracción a la Ley de Salario mínimo, establecía que el P.E. podrá disponer "que el pago se realice mediante comparecencia en el Juzgado de Paz respectivo", en una nueva aplicación de la tradición (y legislación) que delega en el Juzgado de Paz Rural una serie de actuaciones, de diferente naturaleza, no jurisdiccionales, como 'autoridad del medio rural'.

V) SALARIO MINIMO: PRESTACIONES EN ESPECIE.

22. Siguiendo la orientación de la Ley 10.809, el ETR establece un conjunto de prestaciones en especie que debe satisfacer el empresario rural, en su mayoría incluidas en el salario mínimo rural (parte que se paga en especie) y otras que, más que a su participación en la relación de trabajo, se refieren a la posición socio-económica que el empresario ostenta en el medio rural.

Hacemos una previa enunciación, para luego indicar brevemente, su alcance:

a) Habitación higiénica y
b) elementos para iluminación y aseo (arts. 5 y 8).
c) Alimentación suficiente y
d) elementos para la preparación de comidas (art. 5).
e) botiquín (art. 9 inc. 2).
f) medios para obtener asistencia médica;
g) cooperación con las autoridades sanitarias;
h) fomento de la instrucción (a. 9 inc. 1).

23. Las dos prestaciones que integran, sin duda, el salario mínimo rural, son la habitación y la alimentación.

Aquí el **salario** tiene el carácter de **familiar,** pues una y otra prestación deben otorgarse tanto al trabajador como a su familia (esposa, hijos y padres) cuando habiten con él.

> *Art. 5-L* - inc. 1. (Prestaciones relativas a habitación y alimentación, No. 20, a), d).
> "Además de la paga a que se refieren los

arts. anteriores, el patrono suministrará al personal que trabaje en su establecimiento, como también a su familia (esposa, hijos y padres) cuando vivan en él, condiciones higiénicas de *habitación* y *alimentación* suficientes, así como los *elementos* necesarios para la iluminación y aseo de los locales ocupados y la preparación de sus comidas".

Inc. 2. (Pago en dinero equivalente).

"Si el patrono optare por la solución de que el trabajador rural *sin* familia, se alimentare por su cuenta, deberá entregarle, además del sueldo, las sumas adicionales que fije el Poder Ejecutivo".

Ambas disposiciones tienen su antecedente en la Ley 10.809, arts. 5 y 7. Las reitera el **Decreto** en sus arts. 7 y 8.

En relación a la vivienda se agrega en el art. 8, concordante en su 1er. inc. con los incs. 1 y 3 del art. 8, Ley 10.809:

Art. 8-L - inc. 1. (Vivienda: condiciones mínimas: no puede utilizarse como depósito).

"El Poder Ejecutivo, con los asesoramientos que juzgue convenientes, determinará las condiciones mínimas de la vivienda rural, la que no podrá ser utilizada como depósito de ninguna especie".

Inc. 2. (Obligación legal del trabajador rural; mantener la higiene de los locales).

"Todo trabajador rural así como los familiares que con él convivan, tendrán la obligación personal, *no* computable como trabajo, de mantener en condiciones adecuadas de higiene, las viviendas, baños, comedores, cocinas y fogones que utilice". (cfr. *D art. 7* in fine:). "El personal tiene la obligación de mantener y conservar los medios puestos a su disposición para atender tales necesidades". (i.e. alimentación y vivienda).

Se mantiene la solución de la Ley 10.809: si el empleado tiene familia consigo, las prestaciones son ineludibles; pero si el trabajador vive solo, el patrono puede optar por el pago en dinero, de las sumas necesarias para la alimentación. Obviamente, la vivienda es irredimible en dinero, atento a la situación del medio rural.

La Ley se limita a establecer, en cuanto a la alimentación: a) que sea suficiente; b) que se le entregarán al trabajador los elementos necesarios para prepararla.

En cuanto a la vivienda: a) que tenga condiciones higiénicas; b) que no pueda utilizarse como depósito; c) que el P.E. establecerá sus condiciones mínimas.

El **Decreto** en su art. **20** dispone:

(Combustible y elementos de preparación de comidas).

"El patrono deberá suministrar el combustible necesario para la iluminación de los locales ocupados por los trabajadores, así como para la preparación de sus comidas".

24. En cuanto a la **alimentación**, el **Decreto** dispone varias normas, reglamentación de las mencionadas:

a) Lo que se entiende por alimentación suficiente.

a. 11 - D - inc. 1. (Noción).

"Se entiende a los efectos de esta reglamentación, como alimentación suficiente, el suministro de por lo menos 3 comidas al día, que contengan variedad de alimentos, esto es: leche, carne, fideos, arroz, huevos, pan o galleta. Se proporcionará además hortalizas, legumbres y frutas, si se producen en el establecimiento. En sustitución del pan o galleta pueden suministrarse boniatos.

Inc. 2. (Horas y cantidades).

"Las comidas serán servidas a la hora de costumbres y prácticas rurales, en proporciones abundantes, con la variedad enunciada y conforme a las posibilidades del medio".

Las normas se inspiran en los criterios enunciados: se toma en cuenta las posibilidades del medio, al par que sus costumbres; se indica la variedad y la cantidad, teniendo en cuenta iguales factores.

b) Modo de obtención de frutas y verduras: se encarece la existencia de huerta del establecimiento y, en su defecto, la obtención de aquellos elementos por directa adquisición. También aquí se respetan las costumbres.

Art. 12-D - inc. 1. (Huerta, frutales y criadero de aves).

"Todo empresario rural que emplee trabajadores, tendrá la obligación de destinar a huerta, un lugar adecuado a tal fin en las proximidades de las instalaciones donde se preparan las comidas. Deberá así mismo, plantar árboles frutales y destinar un lugar adecuado para la cría y mantenimiento de las aves. El empresario rural dispondrá de 12 meses, a partir de la fecha del presente Decreto para cumplir con estas obligaciones.

Inc. 2. (Sustitución).

"Las obligaciones precedentes podrán suplirse con el mantenimiento de una despensa permanente, donde existan las variedades establecidas, en virtud de la proximidad de centros poblados, de distribución o producción de tales alimentos".

c) Agua potable.

a. 19-D - (agua potable).

"En todo establecimiento rural, deberá

existir agua potable en cantidad suficiente, en las inmediaciones de las habitaciones de los trabajadores, debiendo observarse las normas de higiene convenientes en la producción, conservación y distribución del agua, a cuyos efectos el patrono suministrará los elementos adecuados".

25. Por lo que se refiere a la **vivienda** el Decreto especifica las orientaciones de la ley, según sus criterios, como sigue:

a) Mantenimiento de la higiene.

En primer lugar, por el sitio donde se ubica la vivienda:

a. 16-D - (Lugar de habitación).
"El alojamiento del trabajador no podrá encontrarse próximo a lugares infectos, admitiéndose que éste se cumpla en viviendas rodantes o portátiles, cuando se trate de trabajos zafrales".

En segundo lugar se consideran las instalaciones para la higiene de los trabajadores, con que debe contar la vivienda.

a. 13-D - (Higiene en la habitación).
"En el alojamiento o próximo al mismo, deberá establecerse lo necesario para la higiene de los trabajadores. Deberá contar como número mínimo con una letrina techada por cada 6 personas, provista de un adecuado sistema de evacuación. Para lavado y baños en caso de no existir agua corriente y artefactos sanitarios fijos, se deben proporcionar los elementos necesarios al efecto, palanganas y tanques para duchas. Su entrada principal *no* podrá estar orientada hacia el sur, salvo que tenga una barrera artificial o natural que la proteja de los vientos".

b) Adecuadas separaciones según familia y sexo.

a. 14-D - (Separaciones en la habitación).
"En las viviendas, deberá haber separaciones por vínculos familiares, edad y sexo de los ocupantes, no pudiendo ser, en ningún caso el cubaje de las habitaciones, inferior a 17.000 por persona, ni la ventana menor de 1 m. de lado, cuya área no podrá ser inferior al 1/10 del área que ventila o ilumina".

c) Elementos para la comodidad de habitación.

a. 15-D - (Muebles).
"En su alojamiento, el trabajador dispondrá de un lecho (cama, colchón, almohada y frazada) y el espacio suficiente para instalar un baúl o mueble de uso personal, prohibiéndose el depósito —aunque sea temporal— de cueros crudos, crines, lanas, carnes o cualquier otro producto, así como útiles de trabajo, salvo cuando éstos sean propiedad del trabajador y ello sea compatible con el aseo del lugar". (Dicho aseo es obligación del trabajador, mantenerlo. a. *40*, letra B).

a. 17-D - (Comedor).
"En las proximidades del alojamiento del trabajador, deberá haber un lugar adecuado para comedor, con los utensilios necesarios".

d) Se otorga a los patronos un plazo de 18 meses para efectuar las construcciones y mejoras necesarias, tal como lo dispone el Reglamento (a. **18).**

26. Además de las prestaciones reseñadas, la Ley y el Reglamento imponen otras derivadas o impuestas en virtud de la relación de trabajo, aunque no puede decirse que se implanten como medio de integrar la remuneración debida al trabajador.

Se trata de elementos de protección al trabajador, que le debe el titular del establecimiento en que trabaja.

a) La primera es común a todos los establecimientos donde se realizan trabajos: tener a disposición un **botiquín** al día para primeros auxilios sanitarios.

Art. 9-L - inc. 2. (Botiquín).
"Los establecimientos dispondrán de un botiquín al servicio del personal, ajustado a las exigencias indicadas por el Ministerio de Salud Pública".

"Art. 22-D - (Reglamentación sobre botiquín).
"La Inspección Gral. del Trabajo y de la Seguridad Social, por sí o por intermedio de las Comisiones Seccionales o Departamentos Policiales, proporcionará la lista de los medicamentos mínimos que deberá contener el botiquín, ajustados a las exigencias indicadas por M.S.P., fecha de su renovación y un folleto informativo sobre el uso de los mismos. En las escuelas se explicará a los alumnos y de ser posible a los padres, la forma de utilización de los componentes del botiquín".

b) Además, el patrono queda obligado a proporcionar al personal y a su familia los **medios para** que puedan obtener la asistencia médica necesaria.

a. 9-L - (Asistencia médica).
(Disposición idéntica a la del a. 16 Ley 10.809).
"El patrono está obligado a proporcionar al personal de su establecimiento y a su familia, los medios para que puedan obtener la asistencia médica necesaria,. . .".
(Cfr. a. *19-D*).

En la D.C.E., se realizaron varias puntualiza-

ciones, para tratar de precisar el verdadero alcance de esta norma. El C. **Bugallo** indicó que "no implica que el patrono. . . deba solventar la asistencia"; su actuación es en el sentido de que "el personal y su familia puedan ser asistidos médicamente en el establecimiento".

El C. **Reyes** señaló que "lo que se busca es que el patrono no obstaculice esta asistencia", expresión un tanto limitativa, dado que la ley impone una actuación positiva y no una mera abstención.

El C. **Laborde Bercianos** señaló que "cuando se habla de medios, se trata de trasladar al enfermo o de llamar al médico por teléfono".

En igual sentido, el C. **Ravera Giuria** propuso que en vez de "medios" se hablara de "las facilidades", lo cual no fue aceptado (14).

Abundaron las aclaraciones en igual sentido (este fue el punto más extensamente debativo de todo el Proyecto). El C. **Reyes** indicó que podría requerirse en algún caso el traslado al lugar donde se halle el médico; el C. **Brum Cardoso,** dijo que el patrono tendrá que facilitar los medios, conforme a sus posibilidades; el patrono debería facilitar "el acceso a los medios para obtener la asistencia médica necesaria" (C. **Espínola**).

A su vez, el C. **Viana Reyes** dijo que lo que se quería "es el acceso a la asistencia médica, no a los medios de la asistencia médica", es decir que los honorarios **no** serían de cargo del patrono; en igual sentido se pronunció el C. **Martínez** (15).

"El patrono tiene la obligación de asistir al prójimo y eso implica facilitar la asistencia".

Por último el C. **Bugallo** recordó que esta norma está vigente desde 1946 (Ley 10.809) y nunca ocasionó problemas, por lo cual podía dejarse su redacción como está y así se hizo (16).

Quedó claro pues, en la discusión, que el patrono tiene una obligación de contenido positivo, en el sentido de facilitar la asistencia médica, pero no de tomarla a su cargo económicamente. El patrono, concluyó el C. **García Capurro** "es el responsable de la asistencia médica. Es decir, de facilitar el acceso a la asistencia médica" (17).

27. Se añaden todavía otras obligaciones (en realidad deberes) que corresponden al empresario, como dijimos antes, más por su función social en el medio, que por ser uno de los sujetos de la relación de trabajo: colaborar con las autoridades sanitarias y con las de instrucción.

> *Art. 9-L* - (Cooperación sanitaria y fomento de la instrucción).
>
> "El patrono está obligado. . . debiendo cooperar así mismo, con los Poderes Públicos en el cumplimiento de los *deberes* impuestos por las autoridades *sanitarias* y en el *fomento de la instrucción* con carácter general y particularmente, en relación a los menores en edad escolar, facilitando su concurrencia a las escuelas".
>
> (Cfr., en tal sentido, el Código *Rural* que en su art. 30 establece la obligación de abrir portones especialmente destinados al tránsito de los escolares).
>
> El *D* - art. 21, subraya lo mismo y, en cuanto al "fomento de la instrucción", lo precisa como sigue: "con carácter general y particularmente con relación a la capacitación del trabajador rural y a la de los menores de edad escolar, facilitando su concurrencia a las escuelas o cursos especiales".

VI) SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO.

28. En relación al "sueldo anual complementario", o "aguinaldo" como lo llaman la práctica y el Reglamento (cap. V), la ley extiende al trabajador rural las normas generales del Derecho del trabajo.

> *Art. 6 -L* - (Aguinaldo).
>
> "El sueldo anual complementario se regirá por las normas de carácter general. . ." (i. e.: *más* generales, o que rigen para todos los trabajadores, o el régimen general; no hay legislación especial para los rurales).

El Decreto Reglamentario añade una previsión, que reitera el régimen general y un agregado, que toma de la Ley 13.619 y que se presta a dudas:

> *Art. 23 - D* - (Aguinaldo).
>
> (1) "Todo trabajador rural tiene derecho a percibir el sueldo anual complementario antes del 24 de diciembre de cada año. (2) *Las prestaciones por alimentos y vivienda* que se abonen

---

(14) D. de S. C.E., citado, pág. 323.

(15) D. de S. C.E., citado, pág. 324.

(16) D. de S. C.E., citado, p. 325.

(17) Ibid. p. 326.

al trabajador rural, integrarán el cálculo del sueldo anual complementario, sea que se paguen en dinero o en especie; en este último caso y a los efectos de su estimación y pago, las prestaciones se harán de acuerdo con el ficto legal correspondiente. (3) Su percepción se regirá por las normas de carácter general aplicable".

29. El segundo (2) párrafo es transcripción de la Ley 13.619 de 10-X-1967, art. 1.

¿Dicha Ley se encuentra vigente, atento a que la Ley 14.785 se remite a "las normas de carácter general"?

La Ley aludida es la No. 12.840 de 22-XII -1960, que en su art. 2, párr. 2, dice: "A los fines de la presente ley, se considerará sueldo o salario, la totalidad de las **prestaciones en dinero** originadas en la relación de trabajo, que tengan carácter remunerativo", lo cual excluye las prestaciones en especie.

Este es uno de los casos en que la asimilación al régimen general trae consigo una solución menos favorable para el trabajador rural. Como para los demás trabajadores la solución más constante es la remuneración sólo en dinero, se explica la disposición aludida; pero en el trabajo rural concurren ambas; de ahí la Ley 13.619 que, a pesar de lo dispuesto por el Reglamento, entendemos derogada (18).

VII. Descanso.

30. La Ley 14.785 sólo se refiere a la **licencia anual**, cuya vigencia ratifica, manteniendo el régimen común, al que ya estaba asimilado el trabajador rural, pero con dos modificaciones sobre su fraccionamiento: a) pueden ser más de 2 períodos; b) cada período no puede ser menor de 5 días.

Art. 6 - L - (. . .licencia anual).

". . .se regirá por las normas de carácter general . . .la licencia anual, salvo . . .que podrá ser fraccionada, por acuerdo de partes, en períodos no menores de 5 días, excluidos los domingos".

El Reglamento reitera las soluciones parciales y las especiales de la Ley y añade algún elemento complementario.

Art. 26. - D - inc. 1. (Período general).

"Los trabajadores rurales tienen derecho a una licencia anual remunerada de 20 días como mínimo, excluidos domingos y feriados".

Inc. 2. - (Complemento).

"También tienen derecho a percibir el complemento por antigüedad de 1 día más de licencia por cada 4 años de trabajo, después de estar 5 años en el establecimiento, el que se adicionará a los días de licencia anual".

Inc. 3 - (Suma obligatoria para el mejor goce de licencia).

"También deberán percibir el 45 por ciento del sueldo de licencia, por concepto de suma para su mejor goce, al momento de iniciar la misma".

Inc. 4 - (Fraccionamiento de la licencia y sumas a pagar).

"En caso de fraccionamiento de la licencia, estas sumas deberán dividirse proporcionalmente a la licencia a gozar". (cfr. a. 27 -DM).

Inc. 5. (Prestaciones en especie).

"Lo dispuesto en el inc. 2 del a. 23, se aplicará al cálculo de pago durante el período de la licencia anual, computándose las prestaciones por alimentación y vivienda correspondientes a los días de duración de dicha licencia".

Concuerda con la Ley 13.619, de 10-X-1967, art. 20.

El último inciso replantea el problema que consideramos para el sueldo anual complementario. La opinión más definida y autorizada parece rechazar en el régimen general, el tomar en cuenta tales prestaciones (19).

En apoyo de este punto de vista puede sostenerse: 1) en el régimen general lo habitual es el pago en dinero y no en especie; 2) la Ley 13.619 lo reconoció así, al disponer una solución diversa para el ETR, de manera expresa; 3) la letra de la Ley 14.785 se refiere al pago en dinero cuando habla de salario mínimo, aunque en rigor tanto la prestación dineraria como la de en especie, forman el todo del salario mínimo rural.

Esta última acotación y el hecho de que en materia de licencia no se realice la puntualización de lo que se entiende por sueldo (se habla de "licencia anual remunerada" —Ley 12.590 de 23-XII -1958— art. 1. inc. 1 y de "jornal de vacaciones", y de "remuneración" en el a. 10), —hace más difícil la solución—. Nos inclinamos, pues, con vacilacio-

---

(18) Sostienen también esta opinión, PITAMIGLIO (o. cit., p. 192) y MANGARELLI DE LUZ (o. cit., p. 284).

(19) BARBAGELATA, H.H. *"Manual de Derecho del Trabajo"*, I, p. 161; MANGARELLI DE LUZ, o. cit., p. 283.

nes, por incluir en el jornal de licencia las prestaciones en especie, como lo hace el Reglamento, atento a que la Ley no ha derogado en forma expresa a la No. 13.619.

31. El Reglamento, en aplicación del régimen general ratifica la obligación del pago doble en el caso de ciertos **feriados nacionales**, según lo dispuesto en el art. 18, Ley 12.590 de licencia.

> *A. 29. - D - (Feriados pagos).*
> "Los trabajadores rurales en los feriados correspondientes al 1 enero, 1 mayo, 18 de julio, 25 agosto y 25 diciembre, percibirán su jornal como si trabajaran y, en caso de trabajar percibirán doble jornal".

En el caso de los trabajadores de tambos, la Ley 13.389 de 18-XI-1965, art. 5., incluye en el salario vacacional la prestación de alimentación.

32. En cuanto al **descanso semanal**, la Ley 10.809 establecía soluciones expresas (art. 17). que **no** reitera la Ley 14.785, pero que el Reglamento determina conforme al régimen general.

En la D.C.E., el C. **Viana Reyes** se refirió al 2do. párrafo del a. 17 de la Ley 10.809. Este disponía: "Los trabajadores rurales dispondrían de su entera libertad el día domingo de cada semana. No obstante, cuando lo requieran las necesidades de servicio, podrán trabajar los domingos, pero los días de descanso no cumplidos, les serán acumulados en el mes".

Señaló el aludido Consejero que "ese régimen de acumulación de los días de descanso a fin de mes, es un mecanismo que ha funcionado en el interior" y que es "beneficioso y . . .no perjudica el carácter tuitivo de estas disposiciones". Preguntó, entonces, si el mismo quedaría derogado al no reiterarse en forma expresa, la referida norma (20).

El C. **Bugallo**, que con los Consejeros **Laberde Bercianos** y **Brum Cardoso**, integró la Subcomisión redactora del Proyecto aprobado, aclaró entonces que el espíritu de la Subcomisión había sido en el sentido de equiparar —en lo posible— al trabajador rural con los restantes. En cuanto al problema planteado por el C. **Viana Reyes**, "La legislación no impide que se labore en un día dedicado normalmente al descanso, cuando así lo indican razones de urgencia. Por ello, pues, cuando sea de absoluta necesidad, podrá trabajarse en ese día y luego compensar con un descanso efectuado en fecha diferente, con la condición de que esto último se lleva a cabo en el correr del mes".

Esta aclaración suscitó el siguiente comentario del C. **Viana Reyes:** el mantenimiento del a. 17 lograba la finalidad que él había expresado, "Pero si la Comisión entiende que este texto no obra como impedimento de ese tipo de mecanismo, me daría por satisfecho con las explicaciones efectuadas en Sala" (21).

33. El Reglamento establece varias precisiones, en relación al descanso semanal, que recogen las aludidas deliberaciones y la experiencia del campo.

a) Descanso dominical.

> *Art. 24 - D* - (Domingo).
> "Los trabajadores rurales dispondrán de su entera libertad, los días domingo de cada semana" (1er. párr.)

b) Descanso en el establecimiento o fuera del mismo.

> *Art. 24 - D* - (2 párr.)
> El descanso podrá gozarse dentro del establecimiento".

c) Interrupción del descanso por razones de servicio.

> *Art. 25 - inc. 1 - D* - (Interrupción).
> "Como excepción, cuando las exigencias de la faena, *como ser* enfermedad del ganado, plagas en la cosecha, conducción de tropas, *urgencia* en la realización de determinadas labores y otras que requieran la no-interrupción del trabajo, podrá utilizarse en el día domingo, los trabajadores *indispensables* a dichos efectos. Así mismo en cada establecimiento, podrá utilizarse en el día domingo, trabajadores en las necesidades corrientes del servicio".

d) Compensación por el descanso dominical no-gozado.

> *Art. 25, inc. 2.* (Compensación).
> "En los casos a que se refiere este artículo,

---

(20) D. de S. C.E., c. VIANA REYES, p. 320.
(21) D. de S. C.E., cit., p. 321.

los trabajadores podrán compensar su descanso en otro día de la semana. Cuando sean varios los trabajadores, se establecerán turnos, salvo que, por razones de especial competencia, se impusiera la utilización de sus servicios".

34. Descanso **diario:** jornada laboral.

Se mantiene la exclusión del trabajador rural de la limitación de la jornada de 8 horas, según lo que establece el régimen general, no-modificado por el ETR, manteniéndose, como dice **Barbagelata,** la confusión entre jornada limitada y jornada rígida (22).

De todas maneras, conservan la limitación horaria, los trabajadores de granja, quinta y jardín (Ley 13.426 de 2-XII-1965, art. 56), arroceros (Ley 9991 de 20-XII-1940, art. 8; 8 horas, divididas en 2 de 4 hs. con 1 hora mínima de separación); bosques, montes y turberas (Ley 10.471 de 3-III-1944, art. 1).

VIII) SEGURIDAD EN EL TRABAJO.

35. En este punto, igualmente, el 'espíritu de la Ley' (a. 16. Tít. Prel. C. Civil) remite al régimen general, que se hace explícito en el Reglamento.

a) Prevención: principio.

Art. 30. - D - (Medidas genéricas de prevención).

"En las actividades de los establecimientos agropecuarios en que haya peligro para los trabajadores, quedan obligados los patronos a tomar las medidas de resguardo y seguridad para su personal, a efectos de evitar los accidentes originados en la utilización de máquinas, engranajes, etc., así como por deficiencias en las instalaciones en general".

b) Prevención: aplicación del régimen legal.

Art. 35. - D - (Leyes aplicables).

Son aplicables en lo pertinente al trabajo rural, las normas sobre medidas de prevención para evitar accidentes de trabajo contenidas en las leyes 5.032 de 21-VII-1914; 10.004 de 28-II-1941, 12.949 de 23-XI-1961 y 13.705 de 22-XI-1968.

c) Prevención: medidas concretas aplicables.

Art. 30 - D - (Salvavidas).

"Así mismo deberán (los patronos), proporcionar en forma gratuita, cinturón salvavidas al personal que, efectuando sus trabajos, tenga necesidad de realizar tareas que le obliguen a internarse en arroyos, ríos o cualquier otro sitio donde tenga peligro de perecer ahogado, al solo efecto del cumplimiento de dichas tareas".

Art. 31 - D - (Espacios con motores).

"Los espacios donde se utilicen motores a vapor, ruedas, turbinas y otros mecanismos productores de energía, deberán estar aislados de los lugares donde se realicen las otras actividades. El acceso a dichos espacios sólo será permitido a las personas que tienen a su cargo la vigilancia en el manejo de los útiles".

Art. 33. - D - (Revestimientos defensivos).

"Todos los engranajes mecánicos, correas, etc., que actúen con movimientos peligrosos estarán circundados por barandas, rejillas o revestimientos defensivos. Las piezas salientes de las máquinas, los instrumentos cortantes y otros análogos estarán rigurosamente protegidos". (v. art. 32 infra IX).

d) Responsabilidad por accidentes de trabajo.

Art. 34 - D - (Responsabilidad objetiva).

"Todo patrón rural es responsable civilmente de los accidentes que ocurran a sus empleados a causa del trabajo o en ocasión del mismo, en la forma que determina la ley 10.004, de 28-II-1941, sobre indemnización de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales".

IX) FAMILIA Y TRABAJO RURAL.

36. El anterior ETR contenía disposiciones muy importantes que, más allá del problema del trabajo rural, tendían a solucionar uno de los tradicionales problemas de nuestro campo, procurando la radicación de la familia rural (23), solución que no llegó a generalizarse en la realidad, probablemente porque no funcionaron los organismos y los actos de difusión y promoción del campesino (Ley 10.809, arts. 25 y sigs.).

---

(22) BARBAGELATA, H.H., *"Del trabajo rural"*, p. 30.

(23) v. GELSI, *"Anotaciones al ETR"*, citado, cap. VI).

El nuevo ETR elimina estas normas, sin establecer su fundamento, aunque tal vez estuviera incluido implícitamente en aquel "estado general de incumplimiento" del Mensaje del P.E., que quería solamente un enfoque "realista e inmediato" de la cuestión (24).

Quedan, sin embargo, algunas disposiciones (en parte ya consideradas) que hacen referencia a la familia rural y, en especial, a la mujer y al niño del campo.

37. Como se vio, la vivienda y la alimentación, deben ser proporcionadas, según la Ley 10.809, a la "familia, cuando ésta se domicilie en el establecimiento" (a. 5). El a. 7 lo reitera, aclarando que por familia entiende "esposa, hijos y padres".

Esta es la solución del a. 5 del nuevo ETR. A su vez el Reglamento establece:

> *Art. 9. - D* - inc. 1. (Radicación familiar y convenio previo).
>
> "La radicación de la familia del trabajador rural en el establecimiento, será convenida *previamente* con el patrono, así como las personas que la integran. . .".
>
> *Inc. 2.* - (Familia legítima o ilegítima).
>
> "La familia ilegítima tendrá igual tratamiento que la legítima".
>
> *Inc. 3.* (Cese del derecho de alimentación).
>
> "El derecho de alimentación y vivienda cesa para los descendientes varones, al cumplir estos los 18 años y para las mujeres, al cumplir los 21".

Solución restrictiva esta última, que **no** existe ni en la Ley 10.809, ni en el nuevo ETR y que es comprensible, aunque no la estimamos legal.

38. En materia de seguridad en el trabajo (v. cap. VIII) el Reglamento contiene una prevención especial con respecto a mujeres y niños.

> *Art. 32. - D* - (Prevención especial).
>
> "Las mujeres y los niños no podrán ser empleados en la limpieza o reparación de motores en marcha, máquinas u otros agentes de transmisión peligrosa".

39. Sobre el trabajo de **menores**, como se vio, la Ley 10.809 contenía previsión especial para los incluidos entre 16 y 18 años (a. 3). Estas previsiones pasan ahora a las normas que dicte el P.E.

Las disposiciones del Reglamento siguen, obviamente, las normas del Código del Niño (cap. XVII, arts. 223-252).

a) Eliminación del trabajo durante el período escolar, para los menores de 14 años.

> *Art. 36 - D* - (Período escolar).
>
> "En los trabajos rurales de ganadería o agricultura, los menores de 14 años, *no* podrán ser ocupados durante el período escolar.
>
> C. del N. art. 223 mencionaba el límite de 12 años.

b) Trabajos prohibidos a los menores de 18 años.

> *Art. 37. - D* - (Prohibición).
>
> "Se prohíbe a los menores de 18 años, todo trabajo que perjudique su salud, su vida o su moralidad, que sea excesivamente fatigante, insalubre o peligroso para la preservación física o moral del niño.
>
> Concuerda, en general, con el a. 226 C. del N.

c) Certificado de capacidad física habilitante.

> *Art. 38. - D* - (Certificado médico).
>
> "Ningún menor de edad inferior a los 18 años, podrá ser admitido al trabajo, sin que esté munido de un certificado que acredite su capacidad física, extendido gratuitamente por un médico dependiente del Ministerio de Salud Pública".
>
> Cfr. C. del N. a. 226. Se sustituye MSP al C. del N., atento a las dificultades de obtener médico dependiente de éste.

d) Trabajos nocturnos; prohibición, salvo trabajo doméstico.

> *Art. 39. - D* - (Trabajo nocturno).
>
> "Los menores de 18 años no podrán ser empleados en trabajos nocturnos, excepto los empleados del servicio doméstico.
>
> Se considerará noche el período comprendido entre las 21 y las 6 hs.".
>
> Concuerda con el a. 231, C. del N.

40. Como contrapartida de la vivienda higiénica que se le asegura, los familiares del trabajador comparten con él, en cuanto son "familiares que con él conviven", la obligación de mantener aquélla en "condiciones adecuadas de higiene" (a. 8 inc. 2; cfr. art. 40 inc. B del Reglamento).

---

(24) MENSAJE DEL P.E., D. de S. del C.E., citado, p. 316 y 317.

X) DESPIDO.

41. El régimen de despido de la Ley 10.809 restrictivo en cuanto no incluía a los trabajadores con antigüedad menor a 1 año (1) que fueran destajistas (2) y que en los 3 primeros años se indemnizarían con medio mes de sueldo, tenía ilimitación en cuanto al número de meses a abonar, según el número de años trabajados en el establecimiento (3) (arts. 22 y 23).

Ya la Ley 13.705 de 23-XI-1968 había derogado el régimen especial, incluyendo a los trabajadores rurales en el régimen general, que es el que mantiene el nuevo ETR.

> *Art. 10. - L* - (Despido).
> "El despido de los trabajadores rurales se regirá por las normas generales para los trabajadores de la actividad privada".

El Reglamento explicita tales soluciones como sigue:

> *Art. 41. - D* - (Indemnización y excepciones).
> "El trabajador rural despedido, *salvo* notoria mala conducta, tendrá derecho a recibir una indemnización. Si es trabajador mensual, la indemnización consistirá en el sueldo de 1 mes por cada año o fracción de año trabajado, con límite máximo de 6 mensualidades. Si se trata de un jornalero, percibirá una indemnización de 2 jornales por cada 25 trabajados, después de haber cumplido 100 jornadas de trabajo, con un límite máximo de 150 jornales".

42. Al ser despedido el trabajador, debe abandonar el establecimiento y entregar los sembrados y los animales o implementos de trabajo que se le hubieran entregado.

> *Art. 12. - inc. 1 L* - (Entrega de animales, etc.).
> "Salvo convención escrita en contrario, las mejoras o sembrados existentes en el predio, así como los animales o implementos de trabajo que se le hubieren facilitado, deberán ser dejados o entregados por el trabajador rural despedido". Cfr. a. 42 del Decreto Reglamentario

43. Obligaciones del empleador.

> *Art. 11. - L* - (Obligaciones del patrono con respecto al despido).
> "El patrono está obligado con respecto al trabajador rural despedido:
> A) (Facilitar su traslado). A facilitarle *en caso de que* lo necesite por carecer de recursos para ello, su traslado y el de su familia, así como de sus muebles y demás efectos hasta el lugar en que haya medios regulares de transporte.
> B) (Permanencia en caso de enfermedad grave). A permitir la permanencia en el establecimiento por el término que se considere necesario, en caso de enfermedad grave del trabajador o de algún miembro de su familia que viva con él, cuando ello sea imprescindible, por representar el traslado un riesgo para su salud. En caso de duda, se estará al dictamen de un facultativo".
> Concuerda con el a. 43 del Decreto Reglamentario, que en el inc. B) precisa que el traslado comprenderá, también "el de sus muebles y demás efectos".

44. Ejecución del retiro del trabajador rural.

a) La **Ley 10.809** establecía en su art. 19, modificando la Ley 8153 de 16-XII-1927 (desalojo) que el trabajador rural **sin** familia no estaba legitimado pasivamente para el desalojo y sí en cambio, los que vivían con su familia en el establecimiento.

Agregaba además, (a. 20) que "en los juicios de desalojo del trabajador rural, éste no podrá excepcionarse si no presentó principio de prueba por escrito".

b) En cuanto a la **Ley 13.705)** de 22-XI-1968 establecía en su art. 49 (como sustitutivo del a. 34 de la Ley 10.809) que la notificación del despido del trabajador rural con buena conducta deberá realizarse con 30 días de anticipación (preaviso), debiendo documentarse ante 2 testigos.

Agregaba que las obligaciones de facilitar el traslado y la permanencia por enfermedad regirían en el plazo de 30 días siguientes al despido "siempre que se comunique al Juez de Paz Seccional" (a. 48, que modificaba el a. 21, Ley 10.809). "Vencido el plazo de 30 días que señala el inc. A) el patrono a su costo, pondrá a disposición del Juez de Paz competente, los muebles y demás efectos de pertenencia del despedido". Vale decir, que el traslado se realizará por el patrono y a su costo pero naturalmente, el Juzgado de Paz dispondrá su realización y el depósito de los mismos.

c) El nuevo ETR deroga el a. 21 modificado por la Ley 13.705 y ratifica en su art. 11, con leves variantes, la redacción de la Ley 10.809.

Pero, a su vez, deroga las disposiciones de la Ley 10.809 sobre desalojo (a. 19 y 20) que, por lo demás, **no** reiteró la Ley 14.384 de 16-VI-1975 sobre desalojos rurales.

d) Aunque se podría pensar en el desalojo del ocupante precario (mera tolerancia del titular del establecimiento), el Reglamento ha optado por la solución de la ejecución administrativa (la fuerza pública), volviendo al plazo de 30 días, cuando el trabajador tiene familia que convive en el establecimiento, con él.

> *Art. 44. - D* - (Trabajador *sin* familia).
> "Cuando el trabajador rural despedido *no* tuviera familia a su cargo en el establecimiento y no se retirara cuando así lo indicara el empleador, éste podrá requerir el concurso de la fuerza pública".
>
> *Art. 45. - D* - (Trabajador *con* familia).
> "Si el trabajador rural viviera con su familia en el establecimiento, para ser despedido, deberá ser *notificado* por su empleador del cese de la relación laboral, con una antelación de 30 días a la fecha del despido. Esta notificación deberá siempre documentarse en presencia de la fuerza pública, la que vencido el plazo procederá a hacer efectivo el despido" (i.e. el retiro del establecimiento).

XI) DIFUSION, CONTRALOR Y SANCIONES.

45. Para asegurar la efectividad del nuevo ETR, la Ley recurre a estos factores:

a) Difusión. El C. **Brum Cardoso** dejó constancia en acta de su "deseo y esperanza de que este Proyecto tenga la suficiente divulgación entre la gente de campo" (25).

La Ley 10.809 la encomendaba a la Comisión Honoraria (Departamental) de protección al trabajador rural (a. 25) y, en general, "a todas las reparticiones de la Administración Pública Nal., y Departamental, hospitales, comisarías, juzgados, escuelas, etc., como así mismo (a) los patronos dentro de sus establecimientos... (debiendo) el P.E. (procurar) que esa propaganda se extienda a todos los comercios en general" (a. 29).

El nuevo ETR nada dice al respecto, pero el Reglamento lo dispone de manera precisa:

> *Art. 50. - D* - (Difusión).
> "Las autoridades públicas en particular los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, de Educación y Cultura y el de Agricultura y Pesca y las Asociaciones de Productores Rurales deberán *concertar* y *dirigir* la realización de un amplio plan de propaganda sobre todas las disposiciones legales y reglamentarias de interés social para el sector rural".

46. b) Exigencia de documento escrito en ciertas ocasiones.

Es el caso de trabajadores que suelen realizar sus tareas en forma independiente (tractoristas, alambradores, esquiladores, etc.), para los que el Reglamento exige el contrato escrito (a. 1). Solución que ya examinamos, y que tal vez responde a un criterio de facilitar la prueba y, en cierto modo, de invertirla.

Igualmente lo exige para el fraccionamiento de la licencia por período no menor de 5 días. La Ley (a. 6) sólo dice que "podrá ser fraccionada, *por acuerdo de partes*"; el Reglamento añade:

> *Art. 27. - D* - (Fraccionamiento de licencia).
> "La licencia anual podrá ser fraccionada en períodos no menores de cinco días, excluidos los domingos, exigiéndose para tales casos, el acuerdo de partes debidamente firmado".

Como para el caso anterior, entendemos que se trata de una exigencia de contralor administrativo (que podría establecerse en el Documento único), pero no de una modificación del régimen de prueba, desde el punto de vista judicial.

También se vio la documentación de la notificación del despido al trabajador con familia que, además, debe hacerse en presencia de la fuerza pública.

47. c) Comunicaciones y eventual presencia de la autoridad.

Ya se vio la comunicación a la autoridad pública y su presencia en la notificación al trabajador con familia, de su despido y la intervención de aquélla para obligar al retiro del establecimiento.

Con respecto a la licencia, el Reglamento dispone:

> *Art. 38. - D* - (Comunicación de licencia).
> "Las licencias deben ser comunicadas, a más tardar, el día en que se inicie su goce, a la Comisaría Seccional más próxima o a la Agencia Local de Trabajo, respectiva.
> Las Comisarías Seccionales recepcionarán el comunicado de licencia y cursarán las comunicaciones recibidas a la Oficina Departamental de Trabajo a través de la Jefatura respectiva".

---

(25) D. de S. C.E., cit., p. 327.

48. d) Documento único laboral.

Art. 7. - L - (Documento de contralor laboral).

"Todo empresario rural deberá llevar un único documento que dispondrá el Poder Ejecutivo, en el que se anotarán las especificaciones que estime pertinentes al solo efecto del debido contralor del cumplimiento de la legislación laboral".

"Concuerda con el a. 46 del Decreto Reglamentario.

Art. 51. - D - (Transitorio)

"Mientras el P.E. no reglamente el Documento Unico Laboral, los empresarios rurales deberán llevar la planilla de declaración personal del Banco de Previsión Social, debiendo existir una *copia* de dicha planilla en el establecimiento".

En la Discusión en el C.E. fue muy claro que los Consejeros desearon dejar elasticidad o amplitud al P.E. para determinar la documentación (26). Pero aclarándose perfectamente que debía evitarse la proliferación de este tipo de documentaciones, simplificando los trámites del productor rural en un "único documento" (26).

En dicho Documento Unico Laboral se deja constancia, bajo la firma de patrono y empleado, del acuerdo sobre radicación familiar y de las personas incluidas en la familia (a. 9, inc. 1).

Igualmente de la actividad que desarrollará el trabajador en el establecimiento (el a. 40-A) establece que es su obligación desempeñarla "con la mayor dedicación y responsabilidad", la remuneración que percibirá y la forma de hacerse efectiva, al acordarse la prestación de servicio. Todo con la firma de ambos (a. 10).

El trabajador debe firmar la constancia del Documento, pudiendo hacer en él las aclaraciones correspondientes.

49. El Reglamento en su art. 40 señala las *obligaciones del trabajador* que emanan de la relación de trabajo y lo dispuesto por la Ley y que allí se insertan en parte para colaborar en su defensa:

A) Desempeñar con dedicación y responsabilidad, las tareas que le corresponden.

B) Mantener, él y sus familiares en condiciones higiénicas las viviendas, baño, comedores, cocina y fogón que utilicen; obligación personal y no computable como trabajo remunerado, debiendo utilizar los útiles y elementos necesarios que debe prestarle el patrono a tal efecto (Ley - art. 8 inc.2).

C) "Colaborar en el cultivo y cuidado de la huerta, árboles frutales y aves que se críen en el establecimiento, no computable como trabajo remunerado y siempre que sean destinados al consumo del establecimiento".

D) Firmar las constancias del Documento Unico Laboral.

E) Observar buena conducta, según "las exigencias morales, buenas costumbres y respeto mutuo".

F) "Cuidar como buen padre de familia los elementos de trabajo, ropa y útiles que se le proporcionen, debiendo devolverlos al cesar la relación laboral sin otro deterioro que el debido al uso normal de los mismos".

Concuerda, parcialmente, con el a. 12 inc. 1 de la Ley.

50. En cuanto a la **Inspección Gral. del Trabajo y Seguridad Social,** que será la Oficina encargada del contralor se dispone:

a) Facilitar las comunicaciones con el patrono y el empleado, posibilitándolas en forma directa o por intermedio de la Autoridad Policial más próxima (a. 47, Reglamento).

b) Realización de las Inspecciones y contralor del Documento Unico Laboral.

Art. 48. - D - inc. 1. (Documentación).

"Toda documentación de la relación laboral podrá ser exigida por los Inspectores de la Inspección Gral. del Trabajo y de la Seguridad Social, a quienes se les deberá facilitar su labor por parte de los encargados o los responsables, si no hubiera encargado del Establecimiento".

Inc. 2. (Encargados e Inspectores).

"Cuando se realicen inspecciones en el establecimiento, el inspector deberá dirigirse en todos los casos a la persona encargada del mismo a los efectos de cumplir sus tareas inspectivas. En caso de ausencia del encargado, la inspección se realizará con la persona de mayor responsabilidad dentro del establecimiento". Concuerda con el Código Rural, art. 285.

51. Con respecto a las sanciones, se unifican soluciones según el régimen general:

---

(26) BUGALLO, C. p. 321, D. de S. C.E., cit.

a) Inspección Gral. del Trabajo y Seguridad Social como órgano primario.

b) Graduación según la gravedad de la infracción y duplicación en caso de reincidencia.

c) Monto máximo: hasta el importe de 50 jornales o días de sueldo del trabajador respectivo. Un sistema que da garantías de legalidad y encuentra límites razonables de aplicación.

> *Art. 13. - L* - (Sanciones).
>
> "Las infracciones a la presente Ley serán sancionadas *por* la Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, con multas que graduará según la gravedad de la infracción en una cantidad fijada hasta el importe de 50 jornales o días de sueldo de cada trabajador comprendido en la misma o que pueda ser afectado por ella. En caso de reincidencia, serán duplicadas".
>
> Concuerda con el a. 49 del Decreto Reglamentario.

XII) CONCLUSION.

52. Puede decirse que el nuevo ETR responde a las finalidades propugnadas: dar mayor simplicidad y facilidad de cumplimiento a las normas del trabajo rural, asimilándolo al régimen general del trabajo, sin perjuicio de mantener algunas soluciones propias de la naturaleza del trabajo y del medio agrario.

Salvo en cuanto a pocas modificaciones (v. gr. horarios, ut. supra) puede decirse que es el régimen general del trabajo rural; los regímenes especiales (Arroceros: Ley 9991 de 20-XII-1940; Bosques, montes y turberas: Ley 10.471 de 3-III-1944; Esquiladores: Ley 11.718 de 27-IX-1951; Tambos: Ley 13.130 de 13-VI-1963, y Ley 13.389 de 18, XI-1965; Granja, quinta y jardines, Ley 13.426 de 2-XII-1965, art. 56), en términos generales, reiteran soluciones similares y no se apartan en lo básico, de estas orientaciones que, en sus líneas fundamentales, responden a un enfoque permanente, a través de Leyes y Resoluciones administrativas diversas.

* * *

Sección IV

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique.
La prueba documental en el proceso civil. (Costa Rica). Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1981.

La Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica ha tenido el acierto de reimprimir el valioso trabajo del Dr. Jorge E. Romero Pérez sobre "La prueba documental en el proceso civil" (con particular referencia al caso de Costa Rica), en momentos en que en el país existe preocupación por la reforma de la legislación en materia Procesal Civil. La obra del Dr. Romero contiene una serie de interesantes sugerencias dignas de ser tomadas en consideración en la labor de reforma del Proceso Civil.

En este trabajo el autor resume los principales resultados de su monografía doctoral en la Universidad Complutense de Madrid; destaca su observación sobre la falta de coherencia histórica entre las normas procesales vigentes y los avances tecnológicos.

El autor inicia su estudio haciendo referencia al papel del documento en la materia probatoria; para ello expone magistralmente las diversas posiciones que existen sobre este medio de prueba. Nos muestra cómo el concepto clásico se circunscribe al documento como "escrito"; cita, por ejemplo, la opinión de Prieto-Castro, para quien es posible extender la materia probatoria a todo medio en el que se represente un pensamiento, aunque no sea escrito, pero se tratará entonces de un tema relativo a la prueba de peritos o al "reconocimiento judicial", pero no a la materia documental. Nos relata también el estrecho ligamen entre documento y función notarial.

Al referirnos las diversas corrientes sobre el documento nos muestra básicamente tres posiciones: la que lo identifica con "escrito"; la que acepta que no sea escrito, pero exige que sea perceptible visualmente; y, finalmente, la tesis amplia (que incluye las manifestaciones fonéticas).

Muestra el profesor Romero Pérez que sobre los documentos existen diversos enfoques: la perspectiva estructural (que enfatiza más la materialidad y objetividad) y la perspectiva funcional (que pone más importancia a la representatividad del documento). Pasa luego a establecer los diversos criterios de clasificación de estos medios de prueba y da su concepto.

Al analizar el documento como prueba inicia su examen con los llamados "documentos públicos" (sus modalidades y el procedimiento probatorio), pasa luego a los privados y concluye con el estudio de los llamados "semipúblicos".

En sus conclusiones, el Dr. Romero sostiene que en Costa Rica se sigue todavía la tesis clásica que identifica documento con "escrito", que las normas vigentes dejan de lado como documentos los medios mecánicos de prueba, que es necesario hacer una reforma en la que se acoja una concepción más amplia, que hay que determinar regulaciones procesales más eficaces (relacionadas con la admisión de los medios mecánicos) y que debe tomarse conciencia del papel del Juez dentro del proceso.

Globalmente considerado el trabajo del Dr. Jorge E. Romero merece una muy positiva valoración y constituye un verdadero aporte al proceso de reforma que hoy se gesta en nuestro país.

Dr. Víctor Pérez Vargas.