

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En esta edición, ofrecemos artículos sobre Derecho Procesal, Derecho Constitucional-Ambiental, Jurisdicción Constitucional, Control Político, Derecho Tributario, Derecho Penal, Arbitraje, “Género” y Derecho de Familia.

El **Dr. Edgar Fernández Fernández**, Doctor en Derecho de la Universidad de Nantes, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica e Investigador asociado al *Institut Ouest: Droit et Europe* (IODE), Universidad de Rennes, Francia, nos brinda el trabajo titulado UNA AMPLÍSIMA LEGITIMACIÓN PARA EL ACCESO AL JUEZ CONSTITUCIONAL: DE LA DEFENSA DEL DERECHO AL AMBIENTE (COSTA RICA) A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA (ECUADOR), el cual se origina en la ponencia “La nature à travers les constitutions: du droit à l’environnement (Costa Rica) aux droits de la nature (Equateur)” que el autor presentó en el Congreso Internacional “*La représentation de l’environnement devant le juge. Approches comparative et prospective*”. Este congreso, organizado por el laboratorio SAGE de la Universidad de Estrasburgo y por la Société Française pour le Droit de l’Environnement (SFDE), fue celebrado en Estrasburgo, Francia, los días 22 y 23 de mayo de 2014. Para el autor, una de las garantías básicas con la que muchos de estos sistemas cuentan – y a la cual muchos

otros deberían aspirar – con el fin de hacer respetar el derecho fundamental al ambiente, es el acceso sencillo, informal, gratuito y universal, a un procedimiento y a un juez que sean idóneos para su tutela judicial efectiva. A su juicio, este objetivo puede ser alcanzado a través del reconocimiento de una legitimación lo más amplia posible, a toda persona, individual o colectivamente, para acceder al juez en defensa del derecho al ambiente

Nuestro experto en Derecho Procesal y Arbitraje, el **Dr. Sergio Artavia Barrantes**, autor de muchas obras de consulta obligatoria, esta vez participa con ARBITRAJE TÉCNICO, EXPERTO O PERICIAL, donde indica que los artículos 530 al 533 del C.P.C. regulan la figura del “juicio pericial” y que dichas normas no fueron derogados por la Ley R.A.C. Se trata de la Sección Quinta denominada “Juicio Arbitral” que estaba dentro del Capítulo III “Proceso Arbitral” dentro del Título IV de “Procesos especiales”. Explica que el arbitraje pericial o experto –no el juicio pericial-, es aquel proceso, que siguiendo todas las reglas de cualquier proceso arbitral, bajo las reglas de la Ley de Arbitraje, conocen y resuelven, con carácter de cosa juzgada material, controversias técnicas, profesionales o científicas, en las cuales los árbitros designados son expertos, ya no juristas. Se refiere a la una sentencia de la Sala Primera

de la Corte Suprema de Justicia en la que, a su juicio, se incurre en algunos errores, precisamente por la confusión de tres figuras: el arbitraje de equidad, el arbitraje técnico y la pericial arbitral. Considera que la diferencia entre un arbitraje técnico o experto y un juicio pericial o pericial arbitral, es que aquél –el técnico o experto- es un verdadero arbitraje, de hecho es un proceso, con todos los elementos que lo conforman: partes, demanda con pretensiones, pruebas, incluyendo la pericial, laudo y recurso de nulidad, en estos los árbitros deben razonar, con base en una ciencia o técnica, su decisión o laudo. En cambio, el juicio pericial o arbitral es un método heterocompositivo –pues es un tercero que resuelve e impone con carácter de cosa juzgada material- por medio del cual “las partes podrán someter sus diferencias derivadas de la relación jurídica que las vincula, sobre la estimación de alguna cosa, la ejecución de cualquier obra, o sobre puntos técnicos, a la decisión de peritos, quienes podrán ser prácticos o profesionales” –art. 530 CPC-.

El **Dr. César Hines Céspedes**, reconocido constitucionalista nacional, colabora con REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA A LA LEY DE REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, estudio que se refiere al proyecto de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) tramitada bajo el expediente 17743, que cuenta con dictamen afirmativo de minoría del 30 de abril de 2013. En su opinión, los cambios propuestos carecen de sustancia jurídica y doctrinal; creen que nada permite vislumbrar avances de fondo en la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, en tanto la reforma está dirigida a aspectos formales que, por el contrario, rebajan los niveles de resguardo necesarios para

asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, que van mucho más allá de la simple actividad prestacional.

Del **Dr. Víctor Orozco Solano**, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Letrado Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, publicamos LA COMPOSICIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA: LOS CASOS DE ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y COSTA RICA. Según lo manifiesta el autor, el propósito de estas notas es analizar los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo, desde una perspectiva comparada (es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español), así como la composición y las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en lo que respecta a los procedimientos para la defensa del principio de supremacía de la Constitución, así como la tutela de los derechos fundamentales. Este trabajo repasa, por ejemplo, que el control concreto de constitucionalidad en el sistema alemán corresponde a la consulta judicial de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense o a la cuestión de constitucionalidad en el sistema español. Explica, además, la necesidad de examinar con algún detalle las distintas modalidades de control de constitucionalidad en esos ordenamientos, la composición de esos tribunales, los procesos de defensa de los derechos fundamentales, la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales, así como otro tipo de procedimientos.

El **M.Sc. Mauricio París Cruz**, quien obtuvo una Maestría en Asesoría Jurídica de Empresa en la Universidad Carlos III de Madrid y cursó el Programa de Arbitraje Comercial Internacional del Instituto de Empresa, socio del bufete Expertis GHP Abogados, nos entrega LA CONDENA EN ABSTRACTO EN EL ARBITRAJE. El autor; propone en este artículo una revisión a la práctica no poco frecuente, y en su criterio inaplicable al arbitraje de solicitar por parte de los abogados litigantes y de ordenar por parte de los árbitros, condenas en abstracto de daños y perjuicios en materia arbitral, a fin de que éstos sean liquidados en vía judicial mediante el procedimiento de ejecución del laudo. Considera que esta práctica presenta varios inconvenientes que acá se esbozan. En sus conclusiones sostiene que es deseable que, como parte del proceso de depuración y sofisticación que debe sufrir el arbitraje en Costa Rica, se erradique la costumbre de otorgar condenas en abstracto en los laudos arbitrales. En esta labor, es necesario que los abogados litigantes eviten incluir pretensiones de ese tipo y propongan la producción de prueba que liquide los daños y perjuicios; asimismo, es necesario que los árbitros rechacen estas pretensiones en caso de que se les soliciten, y cumplan su deber de liquidar todos los extremos cuando cuenten con información en el expediente, o propongan a las partes considerar bifurcar el procedimiento.

El **M.Sc. Yuri López Casal** (graduado de la Universidad de Heidelberg) comenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, relativa a la relación que puede existir entre un proceso de remate y su suspensión en razón de posibles cláusulas abusivas en el contrato. El

análisis se titula: LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO HIPOTECARIO CAUSADA POR EL DEBATE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. El autor nos da cuenta de que el 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un importante veredicto relacionado con la influencia que tiene la discusión de presuntas cláusulas abusivas plasmadas en los contratos de préstamo hipotecario en los procesos ejecutivos hipotecarios planteados por bancos y otras entidades financieras españoles contra los deudores de tales préstamos. De acuerdo con esa sentencia, la normativa española vigente (la cual impide que el Juez que conoce de un proceso declarativo, ante el cual el consumidor hubiese presentado una demanda, en la cual hubiese alegado el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a suspender el proceso hipotecario, cuando la adopción de esas medidas fuese necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final) es contraria al Derecho de la Unión Europea, pues lesiona la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Afirma que podría abrir la discusión, en Costa Rica, sobre la posibilidad de que la jurisprudencia reiterada de los Tribunales Superiores Civiles, que preconiza que no es posible acoger, dentro de procesos ordinarios, medidas cautelares atípicas tendentes a suspender la ejecución hipotecaria, bajo el argumento de que son procesos autónomos e independientes y que no hay prejudicialidad, podría ser, eventualmente, inconstitucional, por cuanto podría estar en contradicción con el numeral

46 párrafo final de la Constitución Política, el cual dispone que los consumidores tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos.

El Lic. Adolfo Felipe Constenla Arguedas, Asesor Parlamentario y Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho, colabora con EL EJERCICIO DEL CONTROL POLÍTICO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE AMÉRICA LATINA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO. En esta investigación, se describe, inicialmente, en qué consiste el “Control Político”, como mecanismo de vigilancia que el Poder Legislativo aplica a las actuaciones del Poder Ejecutivo; se determina cómo fue que surgió ese concepto jurídico y se analizan diversas legislaciones americanas, en particular, en las Constituciones políticas argentina, boliviana, brasileña, colombiana, chilena, dominicana, ecuatoriana, guatemalteca, hondureña, mexicana, nicaragüense, paraguaya, peruana, salvadoreña y uruguaya.

El Lic. Alex Rojas Ortega, Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Candidato a Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, Asesor legal de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica y Juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo, nos manifiesta su opinión denominada INCONVENCIONALIDAD DE LA REGLA TRIBUTARIA “SOLVE ET REPETE”. Nos recuerda que este principio de pago previo, en materia tributaria, consiste en la exigencia del pago de la obligación tributaria como condición para el cuestionamiento en sede administrativa o judicial de la determinación tributaria,

es decir, de la conducta administrativa que imponga la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de deuda tributaria. El autor es del criterio de que, con independencia de los fines recaudatorios de la medida impositiva a la que se refiere, con ella también se provoca una lesión al bloque o parámetro de convencionalidad, en tanto se condiciona el derecho de toda persona a la igualdad y a ser oída, con las garantías del debido proceso, por los órganos competentes establecidos por el ordenamiento jurídico, tal como lo proclaman los ordinales 24 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Lic. Javier Madrigal Navarro nos presenta un estudio muy bien estructurado; el tema: DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO. FUNDAMENTO, CRÍTICA Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA. El autor afirma que el estudio de los delitos de peligro abstracto es de actualidad, pues su comprensión permite un mejor entendimiento de otros temas afines del derecho penal como lo son el disvalor de la acción, el disvalor del resultado, el principio de proporcionalidad, los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, así como también todo lo relacionado con el tema del bien jurídico tutelado y el principio de lesividad, la antijuridicidad material sin olvidar por supuesto, otros temas como los de los delitos de bagatela, la mínima culpabilidad y la exigua participación a la que hace referencia nuestro Código Procesal Penal en su artículo 22 inciso a). Concluye diciendo que el uso indiscriminado de delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto, efectivamente puede llegar a conformar tipos penales que afecten las garantías y derechos fundamentales apuntados, de todo lo cual debe el juzgador estar informado y

que corresponde al legislador -como órgano electivo y representativo- adoptar la ideología adecuada para regular y normativizar las conductas que considere causen un daño social. Sin embargo, es necesario que los estudiosos del derecho manifiesten de forma vehemente sus inquietudes y oposiciones con respecto a la violación de garantías fundamentales, cuando en la tarea del Poder Legislativo se llegue a límites inaceptables, ya sea producto de una inadecuada política criminal, del populismo penal o de reacciones o tendencias que no tengan claro el vasto y amplísimo desarrollo de la protección de esas garantías.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COSTARRICENSE ¿ANDROCENTRISMO, GINOCENTRISMO?; ¿MACHISMO, FEMINISMO?; ¿EXISTE ALGÚN PUNTO DE ENCUENTRO? se titula el comentario del Profesor **Alonso Salazar**, de la Universidad de Costa Rica. El autor toma como referencia un texto titulado Género y Derecho Penal: tensiones al interior de sus discursos, escrito por Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derechopenalonline, ISSN1853-1105, de la República Argentina, para comentar las ideas expuestas respecto a la perspectiva de género en el Derecho, centrándose en la necesidad de su consideración en la construcción del discurso jurídico en general, y más específicamente del discurso jurídico-penal. Para ello, percibe de las falacias del todo a las que comúnmente se recurre al hablar de temas de género; éstas, en su mayoría, sostienen que existe un orden social masculino que no requiere de legitimación, lo cual no es cierto, pues en el mundo existen actualmente miles de movimientos que buscan la reivindicación de la mujer, así como textos como el presente que revelan

la necesidad de una correcta armonización entre ambos elementos. Además, a lo largo del texto critica la percepción del tema de género desde un reduccionismo sexista, que pretende explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista que encasilla al ser humano en una estructura binaria, pues concluye que bajo esta tesis no se logrará elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que se concentre, no solo en las diferencias entre ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro.

El Lic. **Arcelio Hernández Mussio**, Abogado y Notario Público expresa su criterio sobre FAMILIA, NATALIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS. Opina que se trata, sobre todo, de evitar que las políticas públicas reflejen planteamientos radicales, porque los extremos tienden a unirse y al final terminan debilitando a la familia. Tanto el machismo como el feminismo de género (radical) tienden a coincidir en una discriminación en perjuicio de la mujer, en especial cuando se trata de su posibilidad de desarrollarse tanto como madre, como profesional. Esto es así porque ambas posiciones radicales promueven la perpetuación de estereotipos respecto a la superioridad o inferioridad de alguno de los sexos respecto del otro. Precisamente el artículo 5 de la CEDAW ordena la eliminación de tales estereotipos, basados en el sexo de las personas. Asevera que lo que se debe favorecer, es la equidad, tomando en cuenta que es la mujer quien tiene el privilegio de la maternidad, que justifica un trato diferenciado para motivarla y cuidarla, por ser del más alto interés social y cultural. El artículo 4 inciso 2 de la Directiva referida, sostiene que “el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.” Opina que una posición equilibrada resultará de vital

importancia, para abordar la problemática familiar, y la tendencia hacia la baja en la tasa de natalidad. Dice que, si queremos brindar soluciones como la mediación y la conciliación, que hacen que las separaciones y divorcios sean eventos menos traumáticos para todas las partes involucradas, en especial los niños, y así evitar que las personas se sientan desmotivadas a tener hijos, debemos procurar que las políticas públicas no contradigan ese deseo. Considera que se debe procurar que las mujeres tengan

acceso a redes de cuidado para sus hijos, y que su trabajo en el hogar sea valorizado y tomado en cuenta en la vida laboral fuera de la casa. Todo esto sin dejar de lado que hoy día muchos padres quieren tener un papel más activo en la guarda, crianza y educación de los hijos, y que al tenor del artículo 6 de la Ley de Paternidad Responsable, el Estado debe promover políticas públicas que promuevan la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la crianza y educación de los hijos.