CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL N° 91

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



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 33743

SUMARIO

Presentación ***5***
Dr. Víctor Pérez Vargas

Derecho fundamental a la salud, reconocimiento positivo, características y principios jurídicos que lo informan ***9***
Lic. Román A. Navarro Fallas

El contrato bancario de cajas de seguridad ***73***
Lic. Luis Albán Arias Sosa

Derechos de propiedad intelectual y diversidad biológica: Consideraciones para América Latina ***115***
Lic. Jorge Cabrera Medaglia

Las acciones protectoras de la propiedad y otros derechos reales en materia agraria ***157***
Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón

Derecho Ambiental y Principios Rectores ***185***
Lic. Ronaldo Hernández H.

Contrato de Fletamento ***219***
Licda. Paula Cavaría Bolaños

Obligaciones del cargador, etiquetamiento y embalaje en el transporte marítimo ***235***
Licda. Paula Arroyo Rojas

El contenedor ***247***
Licda. Iliana Araya García

Contratos de adhesión y cláusulas abusivas ***267***
Licda. Marianela Álvarez Blanco

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

En su número 91, la Revista Judicial ofrece colaboraciones sobre Derecho Constitucional, Derecho Bancario, Propiedad Intelectual, Derecho Ambiental, Derecho del Transporte y Teoría del Contrato.

El ilustre constitucionalista, **Lic. Román A. Navarro Fallas**, quien recientemente publicó, junto con Rodolfo Piza Escalante (†) y Rodolfo Piza Rocafort, el excelente libro "Principios Constitucionales", participa, en esta ocasión, con "**Derecho fundamental a la salud, reconocimiento positivo, características y principios jurídicos que lo informan**". En este aporte, el autor centra el análisis en la salud como valor real (bien jurídico) desde una perspectiva holística y dinámica y con base en su reconocimiento positivo en principios convencionales internacionales y constitucionales. Nos habla de que el derecho a la salud tiene dos dimensiones, "una para exigir abstenciones e imponer límites a la injerencia de los demás y en especial de los poderes públicos y la otra, diametralmente opuesta, para exigir acciones positivas del Estado". Nos recuerda la posición de la Sala Constitucional según la cual "cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles". En esta colaboración, el Lic. Navarro Fallas comenta con maestría los principios (algunos sustanciales y otros instrumentales) que tienden a proteger diversos aspectos del derecho a la salud y que forman parte esencial del régimen de Derecho.

El Lic. Luis Albán Arias Sosa**, Profesor de Derecho en la Universidad de Costa Rica, participa con "**El contrato bancario de cajas de seguridad**". Se refiere, primeramente, a la contratación bancaria en general y comenta los tipos de contratos bancarios. Del contrato analizado explica sus elementos personales, reales y formales. En este trabajo, el autor explica el desenvolvimiento de la contratación en banca; señala las categorías y corolarios en esta modalidad de convenios; delinea conceptualmente al acuerdo de compartimientos; expone la composición elemental del pacto mencionado; considera diversas naturalezas asignables al contrato; destaca sus respectivas disposiciones y tradicionales derivaciones y examina los modos extintivos del convenio. Se refiere, además, a las consecuencias en materia de responsabilidad.**

"**Derechos de propiedad intelectual y diversidad biológica: Consideraciones para América Latina**" se titula la novedosa colaboración del **Lic. Jorge Cabrera Medaglia**, especialista en Derecho Comercial y en Derecho Ambiental. El autor enfatiza la necesidad de tomar en cuenta la materia ambiental en los tratados comerciales. Destaca la relación entre los derechos de propiedad intelectual y la biodiversidad y los instrumentos internacionales que la regulan, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado Sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y las normas relevantes del ADPIC y las discusiones de la Organización Mundial del

Comercio. En sus conclusiones sostiene que “es necesario que las modificaciones en los sistemas de derechos de propiedad intelectual, incluyendo aquellos contempladas en Acuerdos de Libre Comercio, consideren apropiadamente las implicaciones que tendrán sobre estos temas”.

El **Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón**, Miembro del Tribunal Agrario y Magistrado Suplente de Casación y Profesor de la Universidad de Costa Rica, colabora con “**Las acciones protectoras de la propiedad y otros derechos reales en materia agraria**” . En este estudio el Dr. Ulate analiza la r*egulación constitucional* de los derechos reales agrarios y el cumplimiento de la función económica, social y ambiental de los bienes y las diversas modalidades de tutela de la propiedad agraria, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, incluyendo la protección interdictal, constitucional y ordinaria. En este último aspecto, trata las acciones de usucapión y de reivindicación.

El **Lic. Ronaldo Hernández H**, Magíster en Derecho Público, Especialista en Derecho Comercial y Egresado del Doctorado en Derecho Administrativo, además de Juez Civil de Hacienda, participa con “**Derecho Ambiental y Principios Rectores**”. El autor nos recuerda que, con anterioridad a la reforma constitucional, ya la Sala respectiva había declarado el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación. Posteriormente, aparecen diversas leyes, entre ellas, la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Biodiversidad. El Lic. Hernández estudia el concepto de ambiente a partir de las enseñanzas del Dr. Rafael González Ballar, con una visión tridimensional. Seguidamente, analiza la naturaleza del Derecho Ambiental y sus principios en forma muy completa. El autor afirma que “como habitantes de la Tierra, los seres humanos tenemos derechos y obligaciones que configuran el marco de nuestras relaciones con nuestro entorno ambiental y social. La justicia ambiental se inspira en el principio que reconoce a todas las personas los mismos derechos a los beneficios de la oferta ambiental y cultural del planeta, e involucra la persistente actuación coordinada de los diversos sectores de la sociedad, y el Estado. Se expresa mediante la protección e implementación política, social y económica de esos derechos, local y globalmente. Todos los habitantes merecen ser protegidos de la contaminación, todos merecen aire limpio, agua pura, tierras sin contaminación y alimentos que sean saludables. Proteger nuestro medio ambiente significa proteger nuestra salud, la salud de nuestras familias, nuestros vecinos, nuestra economía”.

En “**Contrato de fletamento**”, la **Licda. Paula Chavaría Bolaños** estudia este contrato por medio del cual se pone un buque a disposición de un fletador, por un tiempo, o por viajes, según las condiciones de una póliza. Así como en el transporte la idea central es el traslado de mercaderías o personas y la prestación esencial es una obligación de hacer pura y simple, en el fletamento, en cambio, el elemento básico de la convención está en la explotación del buque por su dueño, armador o por quien tenga el derecho de explotarlo. (Chartering). Se trata de un ejemplo de lo que se ha denominado ***Lex Mercatoria***, creada por los usos y costumbres de los propios comerciantes, a la que se refirió, recientemente, el Lic. Daniel Guillén en el número 89 de la Revista Judicial. La autora, con apoyo en la estructura teórica del negocio jurídico, trata acerca de los sujetos, el objeto y elementos del contrato, así como sus diversas modalidades (por viaje, por tiempo y a casco desnudo). Finalmente, se refiere a los efectos jurídicos, poniendo énfasis en las obligaciones de las partes.

La **Licda. Paula Arroyo Rojas** nos brinda su trabajo titulado "**Obligaciones del cargador, etiquetamiento y embalaje en el transporte marítimo**". En el transporte marítimo se denomina cargador a quien entrega una carga a un naviero (o a su agente) para el transporte marítimo. Es una parte originaria del contrato y sus obligaciones no se limitan al pago del flete (o precio del transporte), sino que se acentúan particularmente en lo que se refiere a las declaraciones sobre el tipo de mercancía y al embalaje y etiquetamiento de ésta. En su opinión, "la principal obligación del cargador es la correcta realización del embalaje, y el debido etiquetamiento de la mercancía, ya que, de esto depende el éxito no solo del transporte de su mercadería, sino de toda la mercadería que se dirige en el mismo buque o barco. Si existe deterioro en la mercadería, por algún hecho no mencionado en el embalaje, el cargador es totalmente responsable del hecho, exonerando al porteador o transportista de los daños y perjuicios que se pueden haber ocasionado".

El transporte internacional se ha visto transformado en las última décadas por el uso de los contenedores. En "**El contenedor**", la **Licda. Iliana Araya García** nos muestra que el nacimiento de este medio marca un hito en la historia del transporte de mercaderías, no sólo por vía marítima sino también en el campo del transporte terrestre, ferroviario y aéreo, al facilitar la combinación de dos o más de estos medios de transporte en una sola operación. La autora nos narra los orígenes y evolución de este instrumento de transporte con el cual se realiza la llamada unitarización de la carga, facilitando su manipulación y ofreciendo mayor seguridad. Posteriormente explica los caracteres del contrato de transporte mediante contenedores y los derechos y obligaciones de las partes, lo mismo que el régimen de responsabilidad y los límites de ésta en las diversas convenciones internacionales. Finalmente comenta algunos fallos nacionales sobre el tema.

De la **Licda. Marianela Álvarez Blanco**, publicamos "**Contratos de adhesión y cláusulas abusivas**", trabajo que profundiza en estos contratos, donde la fase preliminar de negociación desaparece y una de las partes (predisponente) simplemente establece un clausulado que la otra (adherente) se limita a aceptar. En esta modalidad formal son frecuentes los abusos, de ahí que muchos ordenamientos se han ocupado de su regulación, frecuentemente estableciendo la interpretación a favor del adherente y la nulidad de las cláusulas abusivas.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, RECONOCIMIENTO POSITIVO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LO INFORMAN

Lic Román Navarro Fallas

SUMARIO:

I. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO. CONCEPTO.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

A) Reconocimiento positivo del derecho a la salud.
- **1) El derecho a la salud es reconocido por los instrumentos normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.**
- **2) Reconocimiento del derecho a la salud en el Derecho Interno y exigibilidad del reconocimiento internacional.**

B) Configuración del derecho a la salud. Características.
- **1) El derecho a la salud tiene dos dimensiones, una para exigir abstenciones e imponer límites a la injerencia de los particulares y de los poderes públicos y la otra, para exigir acciones positivas del Estado.**
- **2) Es un derecho inherente a la dignidad de la persona, por tanto, universal.**
- **3) El bien jurídico inherente al derecho es la salud.**
- **4) El derecho a la salud es un derecho autónomo, pero también un derecho por conexidad con el derecho a la vida. El derecho fundamental al agua potable.**
- **5) Es un derecho fundamental. Satisface una necesidad primaria, esencial para la persona.**
- **6) El derecho a la salud requiere para su efectiva realización la concurrencia de la responsabilidad individual y social de la persona y de la responsabilidad estatal o pública.**
- **7) Es un derecho exigible frente a los demás y especialmente frente al Estado.**
- **8) Por la jerarquía del derecho y la imperiosa necesidad que satisface, surge un derecho a los medios requeridos para su efectivo goce.**
- **9) Es un derecho supremo, prevalece sobre otros en caso de conflicto.**
- **10) Para los efectos del derecho, no hay distinción entre salud individual y salud pública.**

III. PRINCIPIOS QUE OPERAN COMO GARANTÍAS SUSTANTIVAS DEL DERECHO A LA SALUD.

A) Principios que tienden a garantizar el goce del derecho a la salud por todos sus titulares.

1) Principio de universalidad
2) Principio de igualdad y no discriminación.

B) Principios que tienden a la protección del ámbito de autonomía de la persona humana, tanto del derecho a la salud, como frente a las potestades estatales que lo protegen.

1) Intangibilidad del contenido esencial del derecho a la salud.
2) Principio de autonomía. 3) Principio de limitación del poder.

C) Principios que informan la organización y funcionamiento administrativo del sector salud, tienden a garantizar que las instituciones se organicen y funcionen alineadas a las necesidades del titular del derecho.

1) Principio de autonomía administrativa.
2) Principio de separación de funciones: Rectoría-prestación del servicio.
3) Principios de unidad y coordinación.
4) Principio de control.

D) Principios que garantizan que el titular reciba las prestaciones requeridas para el goce pleno de su derecho.

1) Principio de eficacia.
2) Principio de eficiencia.
3) Principio de solidaridad.
4) Principio de obligatoriedad.
5) Principio de continuidad del servicio.
6) Principio de regularidad del servicio.
7) Principio de adaptabilidad o mutabilidad de los servicios públicos de salud.
8) Principio de participación social.
9) Principio de igualdad o generalidad de los servicios públicos en salud.

E) Principios que informan el ejercicio de las potestades de imperio y les fijan límites a favor de los derechos y libertades de los administrados.

1) Principio de reserva de ley.
2) Los principios de proporcionalidad y razonabilidad.
3) Principio de legalidad.

F) Principios derivados de la jurisprudencia constitucional en relación con las prestaciones concretas de los servicios de salud.

1) Principio de prestación integral.
2) Primacía de los derechos a la vida y a la salud sobre lo financiero.
3) Principio de primacía del criterio técnico del médico tratante.
4) Principio del tratamiento más favorable a las necesidades de la persona.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, RECONOCIMIENTO POSITIVO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LO INFORMAN

Lic Román Navarro Fallas[1]

I. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO. CONCEPTO.

Hasta mitad del siglo XX, la salud se definía de manera negativa. Salud era la ausencia de enfermedad. Se poseía salud cuando el médico no encontraba enfermedad alguna o se curaba el enfermo. Coherente con ese paradigma, las instituciones y servicios de salud se dedicaban a curar personas enfermas, sin atender la prevención y promoción de la salud. Fue a partir de la década de los 40 del siglo pasado cuando nuevos pensadores intentaron una definición positiva, luego de percatarse que la enfermedad era un resultado provocado por diversos factores que incidían en la salud humana. En 1945, se ofrece (Stampar) la definición de salud acogida por la OMS en su Carta Constitutiva: *"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."* (Preámbulo del Convenio de Constitución de la OMS, adoptado el 7 de abril de 1948). La crítica favorable ha dicho que el concepto considera a la salud desde una perspectiva holística y positiva, comprendiendo todos los aspectos del ser humano de forma individual y colectiva. La critica negativa, le achaca que equipara bienestar y salud, lo que rara vez se logra convirtiendo el concepto en una utopía, además se ha dicho que es una definición estática y que presenta dificultades para su medición objetiva.

En virtud de lo anterior, los esfuerzos científicos se centraron en la consecución de un concepto de salud que mantuviera la visión holística de la persona, pero que además fuera dinámico e introdujera la posibilidad de su medición objetiva. Siguiendo la exposición de PIEDROLA GIL,[2] en 1973 se dirá que salud es *"la capacidad del organismo de resistir sin reacción morbosa, un estado habitual en el que se aúnan la normalidad y la posibilidad de un rendimiento óptimo"* (Laín Entralgo, 1973)*;* o bien que es *"el continuo y perfecto ajuste del hombre a su medio ambiente, y la enfermedad el continuo y perfecto desajuste del hombre a su medio ambiente."* (Wyllie, 1970). Hoy se sabe que hay distintos grados de salud, como los hay de enfermedad,[3] así la salud tendría dos polos uno subjetivo (la sensación de bienestar) y otro objetivo (la capacidad de funcionamiento) detectable en distintos grados.

---

1 Especialista en Derecho Público.

2 PIEDROLA GIL Gonzalo y otros; Medicina Preventiva y Salud Pública, MASSON, Barcelona, 2001, p. 3-5,

3 La enfermedad se define como: "un estado anormal del cuerpo, del espíritu o de la mente que precisa atención médica o que tiene como consecuencia –al mismo tiempo o de manera exclusiva- una incapacidad para trabajar." PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 29, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

Se corrige la definición de la OMS y se dice que es *"Un estado de bienestar físico, mental y social con capacidad de funcionamiento, y no solo ausencia de enfermedad o achaque"* (Terris, 1970). Según PIEDROLA GIL *"al suprimir el término "completo" elimina la utopía de la definición anterior de Stampar, mantiene el bienestar y añade la capacidad de funcionamiento (capacidad de trabajar, estudiar, gozar de la vida, etc.) introduciendo la posibilidad de medir el grado de salud… establece el concepto continuo salud-enfermedad... La salud y la enfermedad formarían un continuo en que la enfermedad ocuparía el polo negativo, en cuyo extremo estaría la muerte, y la salud ocuparía su polo positivo, en cuyo extremo se situaría el óptimo de salud (según la definición de la OMS). En el centro habría una zona neutra donde sería imposible separar lo normal de lo patológico, pues ambas situaciones coexisten. Tanto en el polo positivo (salud), como en el polo negativo (enfermedad) podrían distinguirse diferentes gradaciones de salud o enfermedad. Al aplicar el esquema del continuo salud-enfermedad a la comunidad…, dado que el óptimo de salud es difícilmente alcanzable y la muerte es inevitable, estos términos se sustituyen por los de "elevado nivel de bienestar y funcionamiento" y "muerte prematura". Tanto la salud como la enfermedad son altamente influenciables por factores sociales, culturales, económicos y ambientales. Todos estos factores actúan sobre la zona neutra del continuo, provocando la evolución hacia la salud o hacia la enfermedad, positiva o negativamente, de acuerdo con su mala o buena calidad"*[4].

En ese continuo salud-enfermedad se valoran tanto los aspectos subjetivos (bienestar-malestar), como los objetivos (capacidad de funcionamiento). Estos aspectos tienden a aumentar o disminuir según se acerquen o alejen de los extremos (salud-enfermedad). Este concepto es más real que el contenido en la Carta Fundamental de la OMS y además es un concepto relativo, dentro de él se encuentra tanto el estado ideal de completo bienestar físico, psíquico y social, como aquel en el que se encuentra una persona en estado de coma o en fase terminal. En este último caso, la salud es una especie de aspiración (cubierta por el concepto y por el derecho subjetivo como luego se verá) por eso se habla de recuperación o restauración de la salud. Por el contrario, cuando nos encontramos con mayores niveles de bienestar, hablamos de defensa, protección, fomento y promoción de la salud y de prevención de la enfermedad. Con un concepto así, la salud es siempre susceptible de perfeccionamiento y mejora por más sano que se encuentre el individuo.

Ahora bien ¿es la salud un bien jurídico?, antes de dar respuesta a esta cuestión, realicemos algunas precisiones terminológicas. Entendemos por *bien* una valoración humana positiva de algo (material o inmaterial) a lo que se le atribuye esa cualidad porque la persona o personas lo encuentran útil para sí o para la vida en comunidad. *Bien jurídico* es pues, la valoración positiva de algo (material o inmaterial) que realiza el Ordenamiento Jurídico, por tanto esa valoración se encuentra contenida de forma expresa o implícita en las normas jurídicas según la escala jerárquica de sus fuentes. Como el Ordenamiento Jurídico tiene una estructura piramidal, la jerarquía del bien jurídico, guarda relación desde una perspectiva formal (desde una material puede variar), con la jerarquía de la fuente que lo reconoce.

---

4 PIEDROLA GIL, op cit. P. 3-4.

Bien jurídico y *objeto* de valoración son dos cosas distintas aunque muchas veces se usan como sinónimos. En efecto, el objeto es aquello sobre lo que recae la valoración positiva del Derecho. La salud humana es ese objeto concreto de la realidad, que es considerado un bien por el Derecho (bien jurídico). Bien es también distinto de *interés*. El interés refleja la situación o posición en la que se encuentra un sujeto (físico o jurídico) en relación con el objeto o bien jurídico. En relación con la salud se tiene el interés de conservarla, promoverla, protegerla, recuperarla o restaurarla; mientras que en relación con la enfermedad el interés es el de evitarla, prevenirla o superarla. Como veremos más adelante, el bien jurídico y el interés, integran el contenido esencial del derecho fundamental a la salud y tanto el bien jurídico como el derecho fundamental son el título jurídico habilitante de las competencias públicas en el campo de la salud.

Teniendo presente las precisiones anteriores, es fácil comprender el lenguaje del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (PCADH), cuando dice: *"Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la* ***salud*** *como un* ***bien jurídico público****…"* (Art. 10 inciso 2, PACADH). Bien jurídico público, no es otra cosa, que una valoración de la salud (objeto), contenida en el Derecho al más alto nivel, como un bien de toda la comunidad y no solo de un individuo considerado aisladamente, en eso radica el carácter público de la salud. Cuando la Ley General de Salud afirma que: *"La salud de la población es* ***un bien de interés público*** *tutelado por el Estado"* (Art. 1 Ley General de Salud, Nº 5395 de 30 de octubre de 1973). Esta queriendo decir que hay un interés coincidente de los administrados – de la población en su conjunto y de cada uno de los individuos- en proteger, recuperar, conservar o restaurar la salud de la población en general y de cada individuo en especial y de prevenir la enfermedad. El Estado y sus instituciones deben actuar y realizar el interés público, como medio para satisfacer el bien jurídico público. En ese sentido, la Sala Constitucional ha dicho que debido a *"La preponderancia de la* ***vida*** *y de la* ***salud****, como* ***valores supremos*** *de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país…"*[5]

Como conclusión de *lege data* (Derecho actual y vigente) tenemos que afirmar que la salud es un bien jurídico reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y por la Constitución y las leyes en nuestro ordenamiento jurídico interno. Por encontrarse reconocido al más alto nivel de la jerarquía normativa, estamos en presencia de un bien jurídico público y supremo que vincula para su efectiva realización la labor normativa (legislativa), administrativa y judicial.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD.

Entendemos por derecho fundamental *"determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su intrínseca dignidad, y*

5 Sala Constitucional Voto Nº 2003-13129.

necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad, y que, por lo tanto, se reclaman como derechos fundamentales, frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al Estado y el poder".[6]

El derecho es una forma (figura) jurídica en virtud de la cual se le reconoce (o dota) a la persona de una serie de poderes (facultades), que es precisamente lo que determina la "situación favorable" de la que habla PIZA ESCALANTE, para la satisfacción del bien jurídico que le es inherente. La eficacia y exigibilidad de ese derecho está condicionada por el reconocimiento que de él haga el Ordenamiento Jurídico de forma expresa o implícita. El derecho a la salud se encuentra reconocido tanto por los instrumentos normativos del DIDH, como en nuestro Derecho Interno (Constitucional y legal).

A) Reconocimiento positivo del derecho a la Salud.

El derecho fundamental o constitucional a la salud ha sido reconocido por los instrumentos internacionales del DIDH e incorporado a nuestro Derecho interno a través de la Constitución y la ley.

1) El derecho a la salud es recogido por instrumentos normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La salud es reconocida como un derecho fundamental por los instrumentos universales de protección de los derechos humanos. En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 217-A-III, de 10 de diciembre de 1948, establece en el artículo 25 lo siguiente: *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia:* ***la salud*** *y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda,* ***la asistencia médica*** *y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."* (La negrita no es del original). El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas en 1966, no solo reconoce a todo ser humano este derecho, sino que con suma precisión, detalla algunas de las obligaciones de los Estados para su efectiva protección: *"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños. b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente. c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."* (Art. 12, PIDESC). También se encuentra recogido por los artículos 3, 6, 23, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En igual sentido,

---

6 PIZA ESCALANTE Rodolfo; Derecho y derechos humanos, conferencia impartida el 6 de septiembre de 1984, en el Segundo Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

la Carta Fundamental (constitutiva) de la OMS, reconoce que: *"El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social."* (Preámbulo del Convenio de Constitución de la OMS, adoptado el 7 de abril de 1948) y establece que la salud es una responsabilidad de los Estados. *"Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas."* (Preámbulo del Convenio Constitutivo OMS).

Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a la salud encuentra reconocimiento tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en el seno de la OEA, Bogotá, 1948), como en el PACADH (ratificado por Costa Rica en 1999). La primera lo recoge de la siguiente manera: *"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."* (Art. 11, DADDH). El segundo, establece que: *"1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien jurídico público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial, puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables."* (Art. 10 PACADH).

De las normas anteriores se extraen al menos las siguientes conclusiones:

a) El derecho a la salud es un derecho reconocido por los instrumentos normativos del DIDH, tanto de carácter universal como regional (sistema interamericano), a todo ser humano, por la sola condición de tal. El alcance del derecho se encuentra definido en el art. 10.1 del Protocolo a la Convención Americana, cuando dice que: *"Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social."*

b) El Derecho Internacional exige que, por tratarse de un derecho inherente a todo ser humano, los Estados deben reconocerlo en condiciones de igualdad y sin ninguna discriminación contraria a la dignidad humana. En consecuencia, el artículo 2.2 PIDESC establece: *"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."* La misma obligación se deriva del art. 26 CADH y 3 del PACADH.

c) La obligación de los Estados, derivada del Derecho Internacional, de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, de cualquier naturaleza para alcanzar el efectivo disfrute de este derecho por cada una de las personas que habitan su territorio (Art. 2 PIDESC, art. 1, 2 y 26 CADH, 1, 2 y 10 PACADH).

d) La progresividad de la protección y efectiva realización del derecho a la salud. Este principio de progresividad se encuentra recogido en 1 PACADH: *"Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias…hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo"* (en igual sentido, art. 2 PIDESC, art. 26 CADH). De la norma se infiere: **i)** un cierto condicionamiento de la vigencia plena del derecho al grado de desarrollo económico del país. **ii)** un principio de maximización de los recursos o de prioridades de gasto a favor de los derechos económicos y sociales en general y de la salud (uno de ellos) en particular. Este principio obliga a los Estados a priorizar, esto es destinar recursos de manera prioritaria a la salud y a utilizarlos de la manera más eficiente posible; con lo que se corrige en parte el condicionamiento al desarrollo económico. **iii)** un principio de progresividad en la realización plena del derecho; lo que supone, una proscripción de la reducción o disminución del beneficio o nivel ya alcanzado.

El reconocimiento del derecho a la salud por el DIDH, pone de manifiesto al menos tres aspectos:

a) El derecho a la salud es un derecho transnacional o supranacional. En efecto, el hecho de que el Derecho Internacional se ocupe de él, revela que se trata de un derecho cuyo reconocimiento no puede estar supeditado o limitado por aspectos como la nacionalidad o la discrecionalidad política y la frontera de los Estados. La transnacionalidad es un corolario de la universalidad de los derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular. Se trata de un derecho que se encuentra por encima del Estado y de su soberanía, por tanto, el Estado no lo crea solo se lo reconoce a todo habitante dentro de su territorio (independientemente de su nacionalidad). Esta exigencia no es obstáculo para que cada país decida sobre su régimen jurídico, siempre a la luz del Derecho Internacional.

b) Una preocupación internacional de orden político, jurídico, económico y técnico, que se refleja en la regulación normativa, en la creación de diversos organismos internacionales encargados del tema y en la cooperación internacional. Por esa razón, el artículo 2.1 del PIDESC, establece que *"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas…para lograr progresivamente…la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."* De la norma se infiere: un principio de complementariedad o de subsidiariedad de la comunidad

internacional para hacer efectivo este derecho, especialmente en los países con asimetrías económicas.

c) El Derecho Internacional no quiere dejar a la discrecionalidad de los Estados la realización efectiva del derecho. Por esta razón ha creado diferentes organismos internacionales como la OMS y la OPS (entre muchas otras relacionadas) para buscar mediante la cooperación internacional la efectiva realización de este derecho. Asimismo, ha creado diversos organismos de control para garantizar que los Estados cumplan las obligaciones internacionales contraídas. Entre ellos se encuentra el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas, encargado especialmente de supervisar la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el plano regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de la supervisión de los compromisos internacionales de los Estados Americanos, tanto de los derechos civiles y políticos (responsabilidad que comparte con la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos), como la vigencia de los derechos económico sociales y culturales, reconocidos tanto en el PCADH, como por los restantes instrumentos internacionales sobre la materia. Por lo general, en el plano internacional todavía no hay mecanismos procesales de orden jurídico (Tribunales) para la protección de estos derechos, mientras que si existen para la protección de los derechos civiles y políticos o derechos de libertad y de participación, como también se les clasifica. La protección por ahora, aunque aumentan cada vez más el consenso y los esfuerzos para la exigibilidad jurídica de estos derechos, se apoya todavía en acciones de índole política. Estos órganos internacionales realizan supervisiones generalmente mediante informes que los Estados están obligados a ofrecer y emiten informes generales sobre el estado de estos derechos en los países y recomiendan las medidas a tomar por parte de los Estados, para ajustarse a las normas y compromisos del Derecho Internacional sobre la materia.

El problema principal que encontramos en el reconocimiento internacional del derecho a la salud, es por un lado, el condicionamiento de la satisfacción plena del derecho al desarrollo económico del país y por el otro, la prácticamente inexistencia de controles efectivos del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. El derecho a la salud demanda del Estado acciones positivas para satisfacerlo (prestaciones), por lo que se encuentra directamente vinculado al desarrollo económico de cada país y a la definición política de cada sociedad sobre sus prioridades de gasto. En virtud de lo anterior, el Derecho Internacional, define las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho a la salud en particular, como una obligación de medios y de aplicación progresiva (a diferencia de los derechos de libertad que son obligaciones de resultado y de aplicación inmediata). Las implicaciones de ésta concepción es que, por un lado, sólo son exigibles en la medida que los Estados dispongan de los recursos para satisfacerlos. En ciertas circunstancias económicas y políticas el Estado goza frente al Derecho Internacional de la excepción de imposibilidad de cumplimiento. Por otro lado, la exigibilidad jurídica del goce pleno del derecho prácticamente no existe, por lo que el Estado cumple frente al Derecho Internacional

(informes a organismos internacionales de control), demostrando que el sistema de protección instaurado es el acorde a sus "posibilidades económicas" y que además, tiende a la progresión, por lo que en el "futuro cercano" (promesa o excusa) brindará una cobertura integral a toda la población.

En definitiva, la salud goza de reconocimiento por el DIDH, como un derecho inherente a la dignidad humana, fundamental para el desarrollo de toda persona, por la sola razón de ser. La existencia del derecho no depende del reconocimiento de los Estados, no es una concesión graciosa de éstos, por tanto el reconocimiento jurídico no es constitutivo del derecho sino meramente declarativo. La obligación de protección, promoción, satisfacción y respeto del derecho, es prioritaria para el Estado donde reside su titular; y de manera subsidiaria y complementaria de la comunidad internacional. Resta ahora analizar la exigibilidad de ese derecho en el Ordenamiento Jurídico costarricense.

2. *El reconocimiento del derecho a la salud en el Derecho interno y exigibilidad del reconocimiento internacional.*

Nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud en el artículo 46, con motivo de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. *"Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud…"* (Art. 46 p. 5º CP). La Sala Constitucional (intérprete supremo no exclusivo de la Constitución) lo ha derivado del artículo 21 CP, que recoge el derecho a la vida. *"La Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado, a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella."* (Sentencia Nº 5130-94, en igual sentido 0591-04 entre otras). También es posible extraerlo del artículo 50 en la medida que reconoce el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado a toda persona; del artículo 73, en el tanto crea los seguros sociales para proteger a los trabajadores de los riesgos o contingencias de enfermedad, invalidez, vejez y muerte y el seguro contra riesgos profesionales.

Ahora bien, el derecho a la salud se encuentra reconocido por el Derecho de la Constitución, desde que el artículo 48 CP, le otorga protección a todos los derechos humanos recogidos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En efecto, el artículo 48 constitucional establece en lo que interesa lo siguiente: *"Toda persona tiene derecho al ...recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República."* De la norma se infiere: **a)** que los derechos reconocidos por el DIDH tienen rango constitucional (se les dispensa la misma protección) y plena vigencia en Costa Rica; **b)** que para tal efecto, basta con que el derecho haya sido reconocido por cualquier tratado, convención o declaración internacional sobre la materia. El concepto de instrumento es más amplio que el de tratado o convención que utiliza el artículo 7 constitucional. **c)** En definitiva, cualquier tratado o convención internacional ratificada por la República, tendrá rango inferior a la Constitución pero superior a las leyes (art. 7 CP), salvo si versan sobre derechos humanos, en cuyo caso, independientemente de su ratificación o del instrumento donde se consagren tendrán al

menos el mismo rango que la Constitución (art. 48 CP). Al respecto, la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla.

"En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política (CP), ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional." [7]

Todavía más, la Sala Constitucional siguiendo sólidos principios del DIDH (el principio pro-homine y el principio de la aplicación de la norma más favorable) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[8], ha reconocido el principio de la supremacía de la mayor protección para el ser humano:

"los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorgan mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución"[9].

En otras palabras, en materia de derechos humanos no existe, al menos en Costa Rica, una separación formal entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional, se trata de un mismo derecho: el Derecho de los derechos humanos. Lo sustancial priva sobre lo formal, lo verdaderamente importante es la mayor protección, independientemente de si esa protección se encuentra reconocida en un instrumento internacional, la Constitución o una ley de la República. Demás está decir, que estos principios vinculan al juez del orden común (Art. 154 CP, art. 8 LOPJ), cuando interpretan o aplican aquellas normas que desarrollan el derecho fundamental a la salud. En definitiva, existe un derecho fundamental a la salud que goza de reconocimiento constitucional (interpretación sistemática de los artículos 21, 46, 50, 74 CP). Asimismo, se encuentra incorporado a la Constitución, mediante el artículo 48 CP. El derecho a la salud, independientemente del instrumento normativo donde se encuentre consagrado, tiene rango y fuerza constitucional y en la medida, en que la consagración internacional suponga mayor protección o garantía para los seres humanos, prevalecerá sobre lo dispuesto por el texto constitucional. Esto implica que en caso de contradicción normativa, la norma y los contenidos constitucionales deben ceder o ajustarse a las normas y contenidos de los instrumentos internacionales (principio de interpretación de la norma constitucional conforme a la norma de mayor protección).

No estamos en presencia de lo que llaman en España *"un principio rector de la política social",* ni de normas programáticas que sólo vinculan al legislador y que nada dicen acerca del contenido o naturaleza del derecho, cuya configuración está supeditada a la "libertad" o "discrecionalidad" legislativa y sólo son defendibles por su titular una vez que el legislador lo haya desarrollado y por

---

7 Sentencia de la Sala Constitucional No. 6830-98 y en sentido similar 1319-97, 2313-95, 3435-92 y otras.

8 En la Opinión Consultiva OC 5/85, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó: "Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo (protección del derecho) debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido" También en la misma resolución expresó: "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana…".

9 Sentencias de la Sala Constitucional No. 6830-98, 1319-97, 2313-95 y otras.

ende, haya definido su contenido. Por el contrario, en nuestro medio, se trata de un derecho fundamental, que como veremos seguidamente, encuentra una configuración detallada en el Derecho de la Constitución, que el legislador debe respetar, porque de lo contrario incurre en inconstitucionalidad (sin perjuicio del papel que le corresponde como desarrollador del texto constitucional)[10]. Se trata de un derecho fundamental que encuentra protección en la jurisdicción constitucional.

Finalmente, es importante señalar que este reconocimiento del derecho y el contenido y características que de seguido se examinarán, han venido de la mano de un cambio de percepción jurídica de su titular. En efecto, hace unos años, cuando una persona recibía un deficiente servicio o una negativa en las ventanillas de la CCSS, ni siquiera se le ocurría acudir a los tribunales de justicia, en parte porque ni siquiera se sabía titular de algún derecho; solo tenía el derecho de queja, ante una institución que se veía como benefactora. Esa percepción hoy ha cambiado. Los administrados tienen conciencia como titulares de derechos fundamentales, que pueden hacer valer por los cauces que el Derecho ha establecido tanto de índole formal como informal, administrativos o judiciales, políticos o jurídicos. A la par del reconocimiento normativo y especialmente jurisprudencial del derecho, crece la conciencia jurídico subjetiva (titular de derechos) del paciente o sujeto de atención, lo que provoca una presión (demanda) mayor sobre las instituciones encargadas de velar o de prestar los servicios de salud que el derecho exige.

B) Configuración del derecho a la salud. Características.

En este punto procedemos a hacer un análisis detallado del derecho fundamental a la salud, a fin de identificar sus elementos definitorios y características esenciales. Para esa tarea, tomaremos como referencia lo dispuesto por el artículo 10 del PACADH, que al respecto expresa: *"1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien jurídico público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho…"* Como complemento normativo para esta definición utilizaremos lo dispuesto en el artículo 21 y 46 CP y 1, 2, 3, 4, 9, Ley General de Salud, Nº 5395 del 30 de octubre de 1973 y sus reformas. De las normas se desprenden los siguientes caracteres:

1) El derecho a la salud tiene dos dimensiones, una para exigir abstenciones e imponer límites a la injerencia de los demás y en especial de los poderes públicos y la otra, diametralmente opuesta, para exigir acciones positivas del Estado. En efecto, en relación con la primera dimensión de su contenido, el derecho a la salud se comporta como un derecho de libertad,

10 La Ley General de la Salud recoge el derecho a la salud y lo reconoce conforme al Derecho de la Constitución a toda persona: *"Todo habitante tiene derecho a las prestaciones de salud, en la forma que las leyes y reglamentos especiales determinen y el deber de proveer a la conservación de su salud y de concurrir al mantenimiento de la de su familia y la de la comunidad."* (Art. 3 LGS). Obviamente, las leyes y reglamentos a los que se refiere la norma, deben ser conformes con el contenido y protección que de le reconoce al derecho la Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

poniéndole límite a la injerencia de los demás y fundamentalmente de los poderes públicos.

En el ejercicio de esta función limitadora, el derecho entra también en relación con la vida y la integridad física y moral. El derecho goza de un ámbito de autonomía exenta de la intervención de los poderes públicos mientras con su ejercicio no perjudique a terceros (Art. 28 CP). Es desde esta faceta, que el derecho le pone límite a las intervenciones quirúrgicas o a las investigaciones clínicas sin consentimiento informado. El consentimiento informado es una garantía de la autonomía del paciente. Es desde esta dimensión que una persona puede impedir que se realicen transfusiones de sangre por atentar contra sus convicciones religiosas (el caso de los testigos de Jehová).[11] Como se observa, en estos casos el derecho impone a las instituciones públicas sanitarias y a los profesionales de la salud conductas omisivas, obligaciones de no hacer (abstenciones). Gracias a esta dimensión del derecho a la salud, el paciente es tenido hoy como un sujeto activo en la relación médico-paciente, superando el modelo paternalista anterior (túmbese, cállese, haga lo que le decimos y le curaremos).[12] La regla es que nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario, salvo por disposición de ley. Esta dimensión le garantiza a la persona un ámbito de intangibilidad frente a cualquier sujeto (público o privado), que se funda en el principio de autonomía de la persona y se encuentra protegido por el principio de inviolabilidad de la persona.

Esta dimensión del derecho es la que informa la donación de órganos o la negación ha recibir un tratamiento, y en términos generales la facultad de disposición de su salud, por ejemplo, mediante estilos de vida no saludables de los cuales está consciente (drogas, alcohol, conducción vehicular imprudente, alimentación inadecuada, sedentarismo, prácticas sexuales riesgosas, huelga de hambre prolongada, etc.). Respecto de este punto, si bien el derecho a la salud opera como límite de los poderes públicos, excepcionalmente el Estado interviene fundado en criterios paternalistas

---

11 *"En ocasiones el rechazo a un tratamiento puede comportar situaciones de riesgo para la vida. Una situación típica es el rechazo a las transfusiones por motivos religiosos. En estos casos entran en conflicto el derecho a la vida (CE art. 15) con el derecho a la libertad religiosa (CE art. 16). Podemos entender que el derecho a la vida es esencial para que los otros derechos se desarrollen pero también es posible interpretar, en el contexto de una sociedad plural, que el derecho a la vida es un derecho a que no nos la quiten y a que no nos obliguen a vivirla en contra de nuestras creencias si ello no perjudica a terceros y aunque tal decisión no sea acorde con la mayoría de la población. Visto así el derecho a la vida sería vivir de acuerdo con nuestras creencias y nuestras dudas, nuestras afirmaciones y nuestras contradicciones, nuestras ilusiones y nuestros pesares, avanzando y retrocediendo y eligiendo en libertad aquello que deseamos. Ese derecho a vivir de ese modo no estaría por encima del derecho de otros a vivir de otra forma, no pudiéndonos adjudicar el derecho a que otras personas vivan, o mueran, por nuestras creencias."* GARCIA AZNAR Andreu, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000, p. 209.

12 El informe Belmont (1978) define la autonomía así. *"Una persona autónoma es un individuo que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás. Mostrar falta de respeto a un ente autónomo es repudiar los criterios de aquella persona, negar a un individuo la libertad de obrar de acuerdo con tales criterios razonados, o privarle de la información que se requiere para formar un juicio meditado, cuando no hay razones que obliguen a obrar de este modo."* Citado por: GARCIA AZNAR Andreu, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000, p. 199.

mediante medidas voluntarias (de las cuales el sujeto puede hacer caso omiso) o imperativas (su cumplimiento es obligatorio), tratando de convencer o de imponer (según el caso) un patrón de conducta que considera mejor que aquel que sigue el titular del derecho, llegando en ocasiones a sustituir su voluntad. Un ejemplo de medida paternalista voluntaria es la exigencia de que los empaques de cigarrillos y recipientes de licor contengan la inscripción de que “es dañino para la salud”; un ejemplo imperativo, es la obligación de usar el cinturón de seguridad; un ejemplo de medida sustitutiva es cuando se prescinde del consentimiento informado por razones de urgencia.

La dimensión de autonomía o libertad encuentra límites en los derechos de los demás, la moral y en normas de orden público (Art. 28 CP). Así por ejemplo, aunque se negare, se puede aislar al paciente de una enfermedad contagiosa grave susceptible de causar una epidemia (Art. 365 LGS). En este caso, el derecho igual de terceros al disfrute de la salud opera como título habilitante de las potestades públicas. Los tratamientos obligatorios son excepcionales, y como toda excepcionalidad debe cumplir con ciertos requisitos: **i)** presencia del interés público; **ii)** legalidad de la medida; **iii)** razonabilidad y proporcionalidad de la medida; etcétera.

La segunda dimensión del derecho es aquella en la cual su titular aparece como necesitado de una serie de acciones del Estado para lograr el pleno goce de su derecho. En consecuencia, el derecho dota a su titular de una serie de facultades para exigir de los poderes públicos las acciones positivas requeridas para garantizar su derecho. Dos son el tipo de acciones positivas que se pueden demandar del Estado: a) las de control y policía sanitaria y b) las prestaciones sanitarias.

Por policía sanitaria debemos entender todas las medidas de tipo legislativo y administrativo, mediante las cuales se interviene en la esfera jurídica de los particulares (personas físicas o jurídicas). Todas esas medidas tienden a ponerle límite al ejercicio de diversos derechos (de igual o inferior rango) de terceros (personas físicas o jurídicas), en aras de proteger el derecho de la salud de las personas.

El derecho de la salud opera en estos casos, como un título jurídico habilitante de la intervención de los poderes públicos (legislativo o ejecutivo). Con estas medidas se pretende proteger, asegurar o en general controlar los riesgos que se derivan de determinadas actividades para la salud de las personas individual y colectivamente. Dentro de estas medidas encontramos reglas y acciones para garantizar la salud laboral, para evitar o impedir enfermedades transmisibles, sanidad exterior, sanidad ambiental, control para garantizar la seguridad e inocuidad alimentaria, control de agua potable para consumo humano, el control de productos farmacéuticos, la regulación sanitaria de viviendas, construcciones, comercio, industria, etcétera. Eran las competencias típicas del Estado Liberal, tendientes a proteger la salud pública y a exigir a los particulares un comportamiento respetuoso del derecho a la salud. Aquí esta contenida la legislación penal (delitos dedicados a proteger la salud pública), sanciones administrativas y medidas de intervención en la vida privada de diverso orden (Libro II LGS). También pertenecen a este ámbito las medidas de control (autorización, permiso e inspección sanitaria, etc.). Todas estas acciones las puede demandar el titular del derecho a la salud de los poderes públicos. Se trata del derecho de cada persona a que su propia salud o la de los demás no se vea amenazada ni dañada por acciones externas

realizadas por cualquier sujeto público o privado. Es un derecho de exclusión oponible erga omnes. Estas acciones las puede exigir el sujeto en la vía administrativa o bien en la judicial (penal, civil, constitucional o contencioso administrativa, según su competencia). La competencia administrativa para realizar este tipo de acciones está por lo general repartida entre varias instituciones y órganos públicos de muy diversa índole. Estas, junto con otras medidas de diversa índole (vivienda, alimentación, agua potable, distribución de la riqueza, educación, etc.) son responsables, en gran parte, del desarrollo sanitario que se disfruta hoy.

El segundo tipo de acciones positivas contenidas en el derecho a la salud son las que provienen del sistema de servicios de salud, de carácter asistencial, orientadas a la recuperación y conservación de la salud, la rehabilitación del enfermo (sin perjuicio de la labor que realizan en aras de la prevención de la enfermedad y promoción de la salud). Los servicios asistenciales pueden venir de la prestación directa de establecimientos e instituciones públicas o bien, de particulares que operan aquellos servicios públicos mediante concesión, delegación u otro tipo de modalidad. Este tipo de prestaciones son el logro del Estado Social de Derecho, sobre el Estado Liberal de Derecho, que solo garantizaba las acciones de policía sanitaria.
Con fundamento en lo anterior, debe quedar claro, que forma parte del contenido del derecho a la salud, tanto las facultades para imponer límite a los poderes públicos y exigir de ellos obligaciones de no hacer o de abstención de intervenir en su esfera privada; como las facultades para exigir las acciones positivas necesarias, ya sea de policía sanitaria o asistenciales, para la satisfacción del derecho.

2) Es un derecho inherente a la dignidad de la persona, por tanto universal. La norma reconoce que *"toda persona",* es titular de este derecho fundamental, que ni la sociedad en su conjunto ni el Estado pueden arrebatarle; por el contrario, están obligados a respetarlo, promoverlo, garantizarlo y satisfacerlo. No tiene ninguna relación con criterio profesional alguno. No es un derecho del trabajador, ni del costarricense, es un derecho de todo ser humano. No se deriva del trabajo, ni de la nacionalidad, raza, sexo o condición social, se deriva de la dignidad del ser humano.[13] Los seguros sociales se fundan en criterios profesionales (Art. 73 CP), pero el derecho a la salud no, de allí la estrecha conexión con el derecho a la vida.[14]

---

13 *"la universalidad de la asistencia implica que la condición de ciudadano sea suficiente para beneficiarse de las prestaciones sanitarias del Estado y no es necesario que concurran otros títulos específicos. Lleva implícita, por tanto, la superación de los planteamientos tradicionales, según la base de títulos concretos: asistencia benéfica a enfermos pobres, asistencia sanitaria a los beneficiarios de la acción protectora de la seguridad social, asistencia sanitaria en relación con determinadas enfermedades de especial relevancia, etc."* (PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 83).

14 "El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental. Evidentemente, cualquier retardo de los hospitales, clínicas y demás unidades de atención sanitaria de la Caja Costarricense del Seguro Social puede repercutir negativamente en la preservación de la salud y la vida de sus usuarios, sobre todo cuando éstos sufren de padecimientos o presentan un cuadro clínico que demandan prestaciones positivas y efectivas de forma inmediata." **Sala Constitucional Voto 2004-11155** (entre otros).

La universalidad es un atributo del derecho derivado de su titularidad. Es universal porque pertenece a toda persona humana, en condiciones de igualdad y no discriminación, por tanto, debe reconocerse independientemente de si es niño o adulto, hombre o mujer, nacional o extranjero, negro, blanco o amarillo, cristiano, musulmán o ateo. Solo serán válidas aquellas discriminaciones que se funden en criterios objetivos, razonables y sean conformes con la naturaleza y fin del derecho.

La universalidad de su titularidad obliga al Estado y a la sociedad a la universalidad de su protección y cobertura. Sin embargo, en este punto conviene hacer algunas precisiones acerca de los alcances de la protección y cobertura del derecho a las personas (ámbito subjetivo de protección). Para determinar la cobertura, tenemos que echar mano a las dos caras o dimensiones del derecho de las que se habló anteriormente. En relación con la dimensión de autonomía, el derecho a la salud se comporta igual para todas las personas (universalidad), fijándole límites a los poderes públicos (con los alcances ya señalados). Respecto de las acciones positivas de policía sanitaria, el derecho también es universal, cualquier persona tiene derecho a que se le tutelen sus intereses sanitarios mediante las intervenciones legislativas o administrativas; cualquier persona está legitimada para denunciar y pedir la intervención de los poderes públicos competentes para tutelar el derecho a la salud.

Donde surgen diferencias en cuanto a la cobertura y protección es en relación con las acciones positivas asistenciales (prestaciones sanitarias). En un sistema como el nuestro donde la asistencia sanitaria reposa sobre la ecuación contribución-prestación, conviene hacer algunas precisiones. La diferenciación general se funda pues entre contribuyentes y no contribuyentes. Así, tenemos que entre los contribuyentes la cobertura es general, tanto subjetiva (todas las personas contribuyentes y sus familiares según las reglas del régimen jurídico vigente), como objetiva (todas las prestaciones del sistema), en relación con esta población la cobertura y protección es general. La diferenciación surge entre no contribuyentes. En principio una persona que no contribuye al sistema no recibe los beneficios del mismo, salvo que: a) se encuentre protegido por el seguro familiar; b) se trate de un asegurado por el Estado o pensionado del régimen no contributivo; c) se trate de un menor de edad; d) si es una mujer en estado de embarazo, parto y posparto; d) cualquier persona (adulto, nacional o extranjero, documentado o indocumentado) que se encuentre en una situación de emergencia médica. Superada la emergencia queda fuera de la cobertura del sistema sanitario. Sin embargo, en este caso, la gratuidad del servicio queda condicionada a que la persona no cuente con recursos económicos y en un sistema como el nuestro dicho coste debería asumirlo el Estado y no la Caja (Art. 177, p. 3º CP); e) que se trate de personas ingresadas en centros penitenciarios, sometidos a un régimen de especial sujeción con la Administración, siendo ésta la responsable de mantener a su favor la cobertura respectiva.

3) El bien jurídico inherente al derecho es la salud. La salud entendida de forma dinámica, como ya nos consta, como un proceso continuo salud-enfermedad, donde en el polo positivo encontramos el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social y en el polo negativo la enfermedad, en cuyo extremo estaría la muerte. En el centro coexisten en diferentes grados la normal y lo patológico, hacia uno u otro extremo. Se trata de un

concepto amplio de salud, muy operativo desde el punto de vista de los derechos fundamentales, porque permite dispensarle las prestaciones necesarias (atención médica, cuidados paliativos, medicamentos, tratamientos con acelerador lineal, etc.) a la persona en estado de coma, o con una enfermedad terminal. En este sentido la Sala Constitucional ha dicho: *"...se debe tener en cuenta que el concepto de derecho a la salud es suficientemente amplio como para admitir en su seno los cuidados paliativos de una enfermedad crónica y el mejoramiento de la calidad de vida de quienes la padecen, pese a que no se haya descubierto todavía su cura."*[15]

Este valor o bien jurídico es el que justifica todas las medidas de prevención y tratamiento de la enfermedad y de promoción y recuperación o restauración de la salud. Informa toda la actividad de policía y asistencial del Estado. En algunas ocasiones la garantía tiene a la salud como presupuesto (la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud, p. ej.), en otros como fin (el tratamiento de la enfermedad y la recuperación de la salud).

4) El derecho a la salud es un derecho autónomo, pero también un derecho por conexidad con el derecho a la vida. La conexidad es definida por la Corte Constitucional colombiana, como la íntima e inescindible relación entre dos derechos de tal suerte que la vulneración de uno amenaza también al segundo. El derecho por conexidad es aquel que necesariamente se deriva de otro principal, donde el derecho conexo aparece como garantía del primero. *"Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración y amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida"*[16]

La Sala Constitucional costarricense ha considerado que el derecho a la salud se deriva y guarda estrecha conexión con el derecho a la vida. *"…el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan…"*[17]

También la Sala Constitucional reconoció el derecho fundamental al agua potable, como un derecho derivado del derecho constitucional a la salud y a la vida. *"La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros…"*[18] La violación al derecho al agua potable pone en peligro de forma irremediable y directa la salud y la vida.

---

15 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2005-15512
16 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, Nº 491-1992.
17 Sentencia de la Sala Constitucional No. 6061-96, reiterada, entre otras, en la sentencia Nº 2001-927
18 Sala Constitucional Nº 11756-05.

5) Es un derecho fundamental. Satisface una necesidad primaria, esencial para la persona. La naturaleza fundamental de un derecho está determinada por el carácter indispensable que este tiene para el desarrollo pleno de la persona humana. Las facultades para ponerle límite a los poderes públicos o para exigir de estos acciones positivas, así como las prestaciones contenido del derecho, son indispensables para que la persona humana conserve, proteja o recobre la salud, tenga una mejor calidad de vida o un mayor bienestar dentro del marco de las circunstancias. Las prestaciones deben responder a la necesidad de la salud individual o colectiva, es decir, deben ser suficientes para resolver el problema. La relación prestación-necesidad, está informada entre otros por los principios de: integralidad (se trata de una prestación integral, completa, idónea para satisfacer la necesidad); dignidad (la prestación debe ser aquella que satisfaga las exigencias de la dignidad de la persona). La necesidad que la enfermedad genera, de no ser satisfecha adecuadamente, repercutirá directamente en la calidad de vida de la persona que la sufre.[19] La no satisfacción le impedirá a la persona realizar su plan de vida.

El derecho fundamental a la salud es valioso desde la perspectiva jurídica porque tiene capacidad para satisfacer una necesidad primaria. El carácter de fundamental del derecho guarda relación con el carácter básico y primario de la necesidad, cuya satisfacción surge como indispensable e ineludible para la persona, de lo contrario comprometería su desarrollo y hasta su vida. La necesidad es objetiva (verificable, p. ej. los médicos que diagnostican el estado patológico) y constituye el supuesto de hecho del derecho. En caso que se diagnostique una enfermedad el efecto jurídico son los servicios asistenciales orientados a la recuperación de la salud; si por el contrario la persona se encuentra saludable, el efecto jurídico son acciones orientadas a su conservación y promoción, y medidas para la prevención de la enfermedad. Los servicios asistenciales de salud se estructuran en niveles (1º, 2º, 3º nivel de atención), según la generalidad frecuencia y excepcionalidad de la necesidad, p. ej. no es necesario un psiquiatra de cabecera para toda la población, porque no toda ésta lo requiere, por lo que basta con ubicarlo en un segundo nivel, donde se llega por referencia. Obviamente, para satisfacer la

---

19 Para la definición de la necesidad que funda derechos constitucionales es importante que sea esencial para una existencia humana digna, que se trate de necesidades imperiosas para la persona, que no sean intencionales o autoimpuestas: *"El punto de partida es desde luego, su carácter no intencional; no elegimos nuestras necesidades (...) una necesidad es una situación o estado siempre predicado de una persona y que tiene un carácter insoslayable para ella (...) Esto es aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos pone directamente en relación con la noción de daño, privación o perjuicio grave para la persona. Claro está que esta idea exige superar la concepción de daño en términos de privación o frustración de aquello que deseamos. Estas situaciones en las que se encuentra la persona y respecto a las que no puede escapar están íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mimas condiciones, salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella (...) no se trata de contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros, sino de la degeneración permanente de la calidad humana que se mantendrá en tanto no se obtenga una satisfacción.".* AÑON ROIG María José; Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas; en la obra colectiva Derechos Humanos, TECNOS, Madrid, 1992, p. 103. No deben confundirse las necesidades con los medios para su satisfacción. Lo primero es identificar la necesidad, luego plantearse si debe ser satisfecha o no. Hay necesidades primarias y secundarias, básicas o instrumentales, derivadas o no derivadas. Las básicas, en principio son necesarias para toda vida humana, mientras las instrumentales, sólo serían útiles para alguna vida humana. La necesidad básica tiene un carácter normativo, por imperiosa, obliga a su satisfacción y con ello, se convierte en derecho por su exigencia.

necesidad se requiere un servicio de calidad (idóneo, íntegro, oportuno, humanizado).

6) El derecho a la salud requiere para su efectiva realización la concurrencia de la responsabilidad individual y de la responsabilidad estatal o pública (Producción social de la salud). La satisfacción efectiva del derecho reposa en el concurso de su propio titular y el de la comunidad o sociedad en su conjunto, dentro de este último grupo, encontramos las diversas organizaciones sociales involucradas en la salud y las instituciones del Estado orientadas a su plena, igualitaria y efectiva realización.

En relación con el primer tipo de responsabilidad (la del individuo) el artículo 9 LGS, establece: *"Toda persona debe velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud personal y la salud de los miembros de su hogar, evitando acciones y omisiones perjudiciales y cumpliendo las instrucciones técnicas y las normas obligatorias que dicten las autoridades competentes."* Como se observa, de esta norma se infiere la obligación primaria de toda persona de velar por su salud (responsabilidad individual) y luego, por la salud de su familia. El art. 3 LGS, le añade la obligación de velar por la salud de la comunidad. Esta responsabilidad del individuo de velar por la salud de su familia y de la comunidad la denominamos responsabilidad social del individuo o función social del ejercicio del derecho.

En ejercicio de la responsabilidad social o función social del derecho, puede cumplirse mediante acciones positivas o negativas (omisiones). En el primer supuesto, el individuo se hace responsable de su familia (por ejemplo, cotizando para el seguro obligatorio de salud, eliminando criaderos del zancudo que trasmite el dengue, etc.), o cuando participa en organizaciones relacionadas con la salud (organizaciones para la defensa del medio ambiente, asociaciones administradoras de acueductos comunales, juntas de salud, etcétera). En el segundo (omisiones), ejerce la responsabilidad social cuando teniendo la posibilidad de dañar o poner en riesgo la salud de la población no lo hace (por ej. no contamina el agua, el aire o la tierra), lo que rige tanto para las personas físicas como jurídicas.

En igual sentido, el Art. 2 LGS reconoce que *"Es función esencial del Estado velar por la salud de la población."* La Ley reconoce la necesidad de una política pública para la dirección, planificación, regulación, coordinación, y control de las acciones y actividades públicas y privadas orientadas a la realización efectiva de este derecho o que pudieran perjudicar su disfrute más pleno. Si se declina en la asunción de alguno de los tipos de responsabilidad o se debilita, reduce o deteriora el cumplimiento de esas obligaciones, la salud individual y colectiva se puede ver seriamente afectada.

El bien jurídico se satisface mediante una responsabilidad compartida, entre el individuo y la sociedad organizada (diversas organizaciones privadas, sociales y públicas), de alguna manera es lo que se quiere decir con el concepto de producción social de la salud,[20] mediante el cual se hace referencia al hecho de que la salud de la población es un producto logrado ineludiblemente con la participación de todos (individuo, empresas, organizaciones socia-

20 Al respecto puede verse GARCÍA GONZALEZ Rossana y otros; Modelo conceptual y estratégica de la rectoría de la producción social de la salud. Marco estratégico institucional, Ministerio de Salud, San José, 2007, p. 9 y siguientes.

les, instituciones públicas de diversa índole), a fin de impactar de manera positiva en los factores determinantes de la salud: biológicos (constitución, carga genética, desarrollo y envejecimiento), ambientales (contaminación de los recurso naturales, climáticos, etc.), socioeconómicos y culturales (pobreza, estilos de vida, violencia, inadecuada utilización de los servicios de salud, alimentación, nivel educativo, exclusión social, etc.) y los sistemas de servicios de salud (acceso, burocratización, ineficiencia, baja capacidad resolutiva, infección intrahospitalaria, etc.). La enfermedad no dejará de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad. La sociedad es incapaz de evitar la enfermedad, pero sí es capaz de impactar positivamente en los factores biológicos, medio ambientales, estilos de vida y sistemas sanitarios de salud, que determinarán el grado de salud de que gozará esa sociedad. Responsabilidad y solidaridad son dos principios esenciales para el pleno y universal (todas las personas) goce del derecho fundamental a la salud.

7) Es un derecho exigible frente a los demás y especialmente frente al Estado. Al Estado le corresponde actuar con objetividad los intereses generales o públicos. Corresponde al Estado dictar la legislación necesaria, organizar los medios correspondientes para proveer a las necesidades sanitarias de las personas y de la colectividad y otorgar las prestaciones sanitarias requeridas.

Ahora bien, como derecho, es oponible no solo frente al Estado, sino erga omnes (frente a todos), por eso, como consumidores podemos reclamar daños a los vendedores, a los profesionales de la salud, a los establecimientos de salud privados o públicos o exigir protección en las relaciones de vecindad, p. ej., cuando el vecino produce ruidos excesivos, construye cloacas, chimeneas, establos, talleres, industrias en la pared medianera.

Frente al Estado podemos exigir la cesación o modificación de toda actividad que interfiera y que sea actual o potencialmente lesiva para mi salud o la de mis congéneres (actividades de policía para la sanidad alimentaria, ambiental, veterinaria, laboral, etcétera). También puede demandar del Estado los servicios de salud o actividad asistencial necesaria para satisfacer el derecho. El derecho a la salud como derecho a la asistencia sanitaria se proyecta exclusivamente sobre la relación administrativa Estado-administrado (usuario, asegurado) y no sobre las relaciones entre particulares, salvo cuando hay servicios de salud prepagos (relaciones contractuales previas, p. ej. seguros privados de salud) o en virtud del deber de auxilio que establece el Código Penal (Cp). No se puede por tanto, salvo en esos casos, exigir las prestaciones a instituciones privadas o a los profesionales de la salud, pues estos actúan según las reglas del libre mercado.

El derecho se exige en la vía administrativa (por la vía de denuncia, impugnación o recursos) o judicial (en sede penal, civil, contencioso administrativa, constitucional, etc.). Los derechos valen lo que valen sus garantías, todos estos mecanismos que permiten hacer exigible el derecho son insuficientes y se requieren reformas y cambios importantes, especialmente de orden administrativo.

8) Por la supremacía del derecho y la imperiosa necesidad que satisface, hacen que surja un derecho a los medios requeridos para su efectiva realización. La Sala Constitucional reconoce el derecho de la persona a la prestación (obligación de dar o hacer) que resuelva su necesidad de

salud: Jeringas, fármacos, tratamiento con acelerador lineal, pañales para adulto, fórmulas alimenticias como Ensure, etc. Al frente del titular del derecho se encuentra la institución pública obligada ha otorgarlas o practicarlas.

La Sala no se ha quedado allí, también ha derivado el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos en general y a los de salud en especial. Ha exigido como corolario y garantía del derecho que los servicios sean de calidad, oportunos, eficientes y eficaces. Al respeto la jurisprudencia constitucional ha dicho: *"Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente."*[21] Con ello la Sala no solo reconoce que las personas tienen derecho a los medios públicos institucionales (instituciones, competencias, organización), sino que además, ese derecho alcanza, a que esos medios institucionales funcionen de la mejor manera posible, prestando servicios de calidad que se constituyan en efectivas garantías del goce pleno e igualitario del derecho fundamental.

9) Es un derecho supremo, prevalece sobre otros en caso de conflicto. Las personas actúan sus derechos en la convivencia social. En el marco de esas relaciones surgen conflictos y no es raro encontrar en colisión dos derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de empresa, comercio e industria y el derecho a la salud. En estos casos el rango (jerarquía) y la fuerza (capacidad de resistir o de imponerse sobre otros derechos en una situación dada) determinan la forma como se resuelve el conflicto, la supremacía de un derecho sobre otro.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha sostenido que cuando entran en conflicto la libertad de comercio y el derecho de la salud prevalece este último. . *"…cuando hablamos de la protección de la salud pública ante la amenaza de una epidemia o la existencia de una epidemia, se produce una colisión de intereses entre el interés de la mayoría de que se le proteja del mal y el interés individual de cada ciudadano, de no ser limitado en ciertos aspectos de su vida…estima la Sala que las medidas preventivas adoptadas por el Ministerio de Salud, que se discuten en este amparo, son racionales y no atentan contra la dignidad humana de los vendedores ambulantes, aunque sí constituyen una limitación a sus intereses… ese es el mal menor entre los dos que entran en colisión, pues si la salud de la mayoría está de por medio, ella resulta preponderante en relación con el derecho al comercio."*[22]

Lo mismo dijo en relación con el derecho al debido proceso: *"De manera simultánea al inicio del procedimiento, es claro que las autoridades de salud deben tener la posibilidad de aplicar medidas cautelares inmediatas y proporcionadas al caso, ante el mero indicio de la existencia de condiciones de riesgo para la salud o la seguridad física, ya que -en tal supuesto- la premura de actuar en resguardo de la salud pública no*

21 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 11976-04.
22 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 3260-92.

debe admitir dilaciones fundadas en simples formalismos o trámites procesales. No cabe duda, acerca de la prevalencia o prioridad de los valores involucrados aquí, en donde el derecho del afectado a que se le siga un procedimiento legal, completo y correcto, debe ceder -momentáneamente al menos- al apremio de resguardar la vida y la salud de los ciudadanos."[23]

Idénticas razones hay que sostener en tratándose de la autonomía y libertad de las personas, cuando se les puede obligar a vacunarse; o respecto del derecho de propiedad cuando se decomisan los bienes (Art. 359 LGS); o en relación con la intimidad de las personas, e inviolabilidad de domicilio o empresa, cuando se puede allanar el inmueble para inspeccionar, recoger muestras o pruebas (346 y 347 LGS); respecto de la libertad de comercio (Art. 358 y 362 LGS) mediante la retención o retiro del comercio o de circulación de determinados bienes; de la libertad de empresa, p. ej., mediante la clausura de locales (Art. 363 LGS), o la suspensión o cancelación de permisos de funcionamiento (art. 364 LGS); o del derecho de toda persona a la libre circulación por el territorio nacional, mediante medidas como el aislamiento (Art. 365 LGS). En todos estos casos, la salud prevalece sobre los otros derechos constitucionales con los que entra en conflicto y es debido a la jerarquía del derecho, que las potestades públicas destinadas a garantizarlo se imponen y prevalecen sobre el ejercicio de los otros derechos. La regla es que el ejercicio de nuestros derechos debe hacerse respetando las exigencias que para el ejercicio de esos derechos impone la protección de la salud.

Finalmente, la Sala Constitucional ha sostenido en su reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud prevalece sobre los aspectos financieros de las instituciones públicas llamadas a garantizarlo *"si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles."*[24]

1**0) Para los efectos del derecho, no hay distinción entre salud individual y salud pública.** Históricamente había una diferenciación entre salud pública e individual. Los Estados solo se ocupaban de la salud pública especialmente a través de la policía sanitaria. Cuando el Estado comenzó a prestar servicios asistenciales se ocupó también de la salud individual y a partir de allí, es difícil separar la salud individual de la pública, dado que la salud individual es hoy un asunto de salud pública y lo que se entendía como acciones de salud pública, son acciones que operan como garantía de la salud individual, de tal manera que para efectos del derecho fundamental, unas y otras son inseparables,

23 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 5319-00.
24 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 8160-05.

como lo son, en aras del mismo objetivo, la responsabilidad individual y estatal.[25] El concepto de salud pública incluye las acciones asistenciales y la salud individual incluye las medidas de salud pública. *"salud pública en un sentido amplio en la que cabe incluir tanto las acciones de protección de la salud colectiva como las que tienen como punto de mira la salud individual de cada sujeto; y esta organización y tutela de la salud pública se lleva a cabo a través de medidas preventivas (entre las que cabe incluir tanto la actividad administrativa preventiva tradicional de carácter policial como la prevención individual, vinculada a la asistencia médico-sanitaria), así como a través de prestaciones y servicios."* [26]

En definitiva, el derecho a la salud podría definirse, como una situación jurídica activa o favorable de todo ser humano, derivado de su intrínseca dignidad, esencial para el desarrollo de su personalidad, que le otorga a su titular un conjunto de facultades para la satisfacción del bien jurídico: la salud, tutelado por el Derecho, y en virtud de las cuales, puede, por un lado, fijarle límite a la intervención de las demás personas y del Estado en su esfera particular, y por otra, exigir de los poderes públicos (eventualmente de los particulares) las acciones positivas de policía sanitaria o asistenciales que hagan efectivo su derecho; el contenido de esas prestaciones forman parte del contenido del derecho y se constituyen en garantías de su pleno goce. Es un derecho exigible frente a las demás personas y fundamentalmente frente al Estado y sus instituciones y donde las obligaciones públicas deben cumplirse independientemente de los recursos disponibles, dado que el derecho es supremo y guarda relación directa con la existencia misma de la persona (la vida) y cuya realización plena se logra necesariamente mediante el concurso de su propio titular y del Estado.

III. PRINCIPIOS QUE OPERAN COMO GARANTÍAS SUSTANTIVAS DEL DERECHO A LA SALUD

Los principios jurídicos se levantan como garantías sustantivas (en la generalidad de los casos) a favor de los derechos de las personas.[27] Algunos de estos principios le ponen límite al poder porque tienden a proteger el ámbito de autonomía y libertad inherente al derecho, tal es el caso de los principios de autonomía, de contenido esencial y limitación constitucional del poder; otros se erigen en garantía del disfrute del derecho para todas

---

25 "En primer lugar distinguimos entre salud pública y salud simplemente. Aun cuando ambos conceptos son inescindibles, el primero alude a todo lo que atañe al mantenimiento de condiciones mínimas e indispensables para garantizar el estado sanitario de la población, incluyendo las facetas especificadas: promoción, prevención, asistencia y rehabilitación. Este aspecto está reconocido como de responsabilidad primordial del Estado, en cuanto organización política que debe tutelar los intereses de la comunidad que representa. El concepto de salud, por su parte, es mucho más amplio y comprende el anterior. Refiere a las condiciones personales de cada individuo respecto de su bien más preciado que, en definitiva, garantiza el derecho a la vida." HOTSCHEWER Raúl Walter; La legislación sanitaria argentina. Preceptos jurídicos fundamentales con relación a la salud. En Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales; Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, p. 50-51.

26 PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 63.

27 Sobre este tema puede verse: NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense; Revista Jurídica IVSTITIA; Nº 138, 1998.

las personas, es el caso de los principios de universalidad e igualdad y no discriminación; otros, por el contrario, se constituyen en garantías para que el titular del derecho reciba del Estado y sus instituciones las prestaciones requeridas para el goce pleno del derecho, es el caso de los principios de eficacia y eficiencia, continuidad de los servicios públicos; etc: otros tienden a ponerle un cerco al ejercicio del poder (potestades de policía administrativa), por ejemplo el principio de legalidad, a fin de garantizar la convivencia de prerrogativas y garantías, de autoridad y libertad en un Estado de Derecho.

Los principios jurídicos sirven para interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, cumplen una función limitadora, poniéndole límites al poder; cumplen también la función de informar y articular la acción administrativa y de los poderes públicos en aras de un objetivo; introducen una visión sustancial y no meramente formal del Derecho, garantizan los derechos y prescriben soluciones.

Los principios tienden a proteger diversos aspectos del derecho a la salud, forman parte esencial del régimen jurídico del derecho y se constituyen en obligaciones ineludibles para las administraciones públicas, tal y como lo reconocen el ordenamiento jurídico escrito (Art. 7 LGAP, 5 LOPJ) y la jurisprudencia constitucional: *"Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo por su eficacia normativa directa e inmediata, toda vez que el bloque o parámetro de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política) al que deben ajustarse en sus actuaciones está integrado, entre otros elementos, por los principios generales del derecho administrativo (artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública). No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía."*[28]

Para una mejor exposición, los hemos dividido en seis grupos, según la función que cumplen en la protección del derecho: así tenemos los principios que tienden a proteger el goce del derecho para todas las personas (A); los principios que se dirigen a tutelar el ámbito de autonomía del derecho a la salud (B); los principios que informan la organización y funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la salud (C); principios que garantizan que el titular del derecho a la salud reciba la prestación que su necesidad requiere de forma oportuna y de calidad (D); los principios que informan el ejercicio de las potestades públicas de imperio (poder de policía) tendientes a garantizarle a los particulares su ámbito de libertad en el ejercicio de otros derechos constitucionales (distintos del de salud), pero cuyo ejercicio tiende a tutelar el derecho a la salud (E). Finalmente, los principios que informan la concreta prestación sanitaria, extraídos de la jurisprudencia constitucional (F).

---

28 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2004-11976.

A) Principios que tienden a garantizar el goce del derecho a la salud por todos sus titulares.

Algunos principios operan como garantías a favor de que toda persona, sin distinción alguna contraria a la dignidad humana, goce del derecho fundamental a la salud. La regla constitucional es el derecho igual de todos, máxime si se trata de un derecho esencial, primario y supremo como el derecho a la salud, reconocido así por la Sala Constitucional en su jurisprudencia, por su conexidad con la vida, toda vez que a falta de la vida, ningún otro derecho existe: *"Este derecho a la Salud sólo se justifica como mecanismo de protección a la vida, que es el de mayor importancia en la escala de derechos fundamentales porque constituye el hecho biológico de la existencia humana. Todos los demás derechos fundamentales giran en torno a él porque derivan de la sola existencia del ser humano."*[29]

1) Principio de universalidad. Ya se analizó como característica del derecho a la salud, derivada según se dijo, de la titularidad del derecho por todo ser humano. Aquí se analiza como principio, esto es, como idea esencial del ordenamiento jurídico, como exigencia para los poderes públicos. La universalidad en la protección del ámbito de autonomía del derecho se desprende del artículo 28 p. 2º de la Constitución: La universalidad del ejercicio de las potestades de policía sanitaria a favor de los titulares del derecho a la salud, se desprende de los artículos 11, 28 p. 2º, 33, 41, 129, 140 incisos 3, 6, 7 y 18 de la Constitución. La universalidad de las prestaciones asistenciales se deriva de los artículos 73 y 177 p. 5º de la Constitución. En relación con el agua potable se desprende de los artículos 21, 46, 50, constitucionales.

En el campo de los servicios asistenciales, Costa Rica siguió originalmente el camino de los seguros sociales (creados por BISMARCK en Alemania a finales del siglo XIX), en este caso, mediante lo que conocemos como el seguro de salud (Art. 73 CP), a cargo de la CCSS. El artículo 73 CP no reconoce un derecho fundamental a todo ser humano por su sola condición de tal, mientras que el derecho a la salud si reúne esta cualidad. Por el contrario, se trata solo del reconocimiento constitucional del derecho de todos los trabajadores a la protección contra determinados riesgos o contingencias. El fundamento del derecho a la salud en el marco del seguro social de salud no es la dignidad humana, ni la necesidad de toda persona frente al acaecimiento de la enfermedad, la invalidez, la maternidad; el titular del derecho no es toda persona, sino solo los trabajadores; el criterio no es la necesidad de ciertas condiciones de vida y acceso a ciertos bienes materiales para una vida digna, sino el criterio contributivo. El problema principal del sistema de seguros sociales es que reposa en la ecuación contribución-prestación (los que contribuyen son los que tienen derechos a los beneficios del seguro) y por esta vía es imposible alcanzar la universalización subjetiva (todas las personas) de los servicios de salud y de la protección que éstos suponen, porque siempre hay en la sociedad personas que no puede contribuir (indigentes; desempleados sin oportunidad de trabajo; enfermos mentales; madres solas con dificultades para trabajar; trabajadores que prefieren no tener el seguro, pero si el trabajo y ceden, como parte débil, a los caprichos del empleador de no asegurarlos;

---

29 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2001-927

etc.). Por esta razón, en Europa se pasó de los seguros sociales a la seguridad social (BEVERIDGE), financiado mediante impuestos generales, para que toda persona tenga acceso.

Costa Rica, tiene una protección propia del modelo de seguridad social, pero con cargo a un sistema de seguros sociales y es precisamente aquí donde está la bomba de tiempo.

DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES Y EL DE SEGURIDAD SOCIAL

SEGUROS SOCIALES **(Art. 73 CP)**	**SEGURIDAD SOCIAL** **(Art. 21,50,73,74,177 CP y 22 DUDH)**
Doctrina y práctica surgen en Alemania con BISMARCK (segunda mitad del siglo XIX). En Costa Rica a partir de 1943.	Doctrina y práctica surgen en Gran Bretaña con BEVERIDGE (década de los 40 siglo XX).
Tiende a superar las insuficientes soluciones de entonces: seguros privados, beneficencia pública y privada, mutualismo, etc. Los seguros sociales son una solución pública colectiva para superar las deficiencias de ese modelo anterior.	Tiende a superar a demás las deficiencias de los modelos de seguros sociales.
Se financia mediante contribuciones especiales, por lo que solo el que contribuye (y su familia) recibe las prestaciones (ecuación contribución-prestación).	Se financia mediante impuestos generales, por lo que toda persona tiene acceso y derecho a las prestaciones del sistema.
Se funda en un criterio profesional: el trabajo.	Se funda en la dignidad y necesidad de todo ser humano independientemente de su condición laboral.
Este sistema nunca alcanza la universalización subjetiva (todas las personas), porque en una sociedad siempre hay quienes no pueden contribuir, desempleados, indigentes, discapacitados, personas de la tercera edad, enfermos mentales, etc.	Se avanza a la universalización subjetiva (todas las personas) y objetiva (todas las prestaciones).
Parte de que las contingencias o riesgos solo le acontecen al trabajador, que son propias del trabajo.	La seguridad social parte de que dichas contingencias le acontecen a todo ser humano indistintamente de su situación profesional
Es un derecho de todo trabajador contribuyente	Es un derecho de todo ser humano

En efecto, Costa Rica siempre ha querido brindar una protección universal, por tanto no condicionada a un factor específico.[30] En la época en que el MS ofrecía servicios de salud, los roles de cada uno en materia de seguros y seguridad social estaban muy claros. Le correspondía a la Caja administrar y gobernar (art. 73 CP) los seguros sociales, es decir, el sistema contributivo; y al Estado (MS) complementar el seguro de salud, con prestaciones sanitarias no contributivas (sin contraprestación), financiadas mediante impuestos generales y con cargo al presupuesto nacional. La Caja atendía las exigencias de los seguros sociales y el Estado atendía las exigencias de la seguridad social (el Estado cerraba el modelo complementando el sistema contributivo de salud). Sin embargo, el Ministerio por asumir el rol prestador, se olvidó de las funciones de dirección y rectoría. Como solución a este problema se propuso, con fundamento en el principio de división de funciones (las de dirección y rectoría de las de financiamiento y prestación), el traslado a la Caja de las prestaciones que atendía el Ministerio, con el personal correspondiente (1992).

Lo lamentable de la reforma es que mediante un sistema de seguros sociales se ha pretendido atender las exigencias propias de un modelo de seguridad social. Antes de 1992 el Estado financiaba con impuestos generales los servicios que ofrecía el Ministerio, mientras que ahora, se prestan con cargo a las contribuciones forzosas de trabajadores y patronos en el sistema del seguro de salud. Obviamente, los fondos (que no responden a cálculos actuariales ajustados a esta nueva condición) serán siempre insuficientes y las prestaciones tenderán a ser insuficientes, deficientes e inoportunas.

La Caja actualmente es el único prestador público de servicios de salud, por tanto, no puede negarse a la protección de la población *"…el Estado no tiene discrecionalidad para decidir si presta o no un servicio público, principalmente si éste se relaciona con un derecho fundamental como el de la salud…"*[31] de allí que tenga que sufrir las constantes condenas de la Sala Constitucional a favor de los titulares del derecho a la salud que demandan de ésta, las prestaciones requeridas para satisfacer la necesidad que le aqueja, a las que como ya vimos tiene derecho y así lo ha reconocido sin ambages la Sala Constitucional.

El problema salta a la vista, Costa Rica ha querido alcanzar la protección propia de la seguridad social desde los seguros sociales, lo que a todas luces es una vía equivocada. No podía ser de otro modo, el seguro de salud tiene problemas para financiar la universalidad subjetiva (todas las personas) y objetiva (otorgar todas las prestaciones a toda la población), de allí la tendencia al deterioro en la calidad de los servicios (entre otros motivos). Al seguro de salud, que como todo

---

30 "la universalidad de la asistencia implica que la condición de ciudadano sea suficiente para beneficiarse de las prestaciones sanitarias del Estado y no es necesario que concurran otros títulos específicos. Lleva implícita, por tanto, la superación de los planteamientos tradicionales, según la base de títulos concretos: asistencia benéfica a enfermos pobres, asistencia sanitaria a los beneficiarios de la acción protectora de la seguridad social, asistencia sanitaria en relación con determinadas enfermedades de especial relevancia, etc." PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 83.

31 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 0315-98.

seguro, solo debería de dedicarse a ofrecer a la población contribuyente los servicios que actuarial y financieramente son posibles y exclusivamente a la población contribuyente y sus familias; le estamos asignando atender las necesidades de salud de toda la población, sin que reciba del Estado de forma íntegra la diferencia correspondiente. Los recursos del seguro de salud no son quizá insuficientes para atender a su población contribuyente, lo son para atender la demanda de servicios de salud, universales, oportunos, de calidad y con rostro humano que demanda toda la población. Una consecuencia lógica de este proceder, es que cuando el contribuyente ve que también se le brinda atención al que no contribuye, tiende a evadir la contribución, lo que provoca más problemas financieros.

La universalización de los servicios de salud puede lograrse con el ordenamiento jurídico vigente, siempre que se logre la participación ineludible y comprometida del Estado, según lo dispone nuestra Constitución. En efecto, la obligación del Estado para hacer llegar a la Caja los recursos necesarios para prestaciones universales en el campo de la salud se encuentra recogida en el p. 5º del art. 177 CP: *"Para lograr la universalización de los seguros sociales y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por insuficiencia de esas rentas, el Estado loa sumirá, para lo cual el Poder Ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de Presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada Institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado."* El Estado está evadiendo su responsabilidad, es necesario colocar el sistema de salud en la agenda política nacional, hablar claro, impulsar las reformas necesarias y enderezar el rumbo.

En relación con el acceso al servicio público de agua potable, requisito esencial para la salud, este se encuentra condicionado al pago del servicio. El servicio público de agua potable es considerado en todas partes del mundo un servicio público de carácter económico, su financiación se rige por las reglas del precio público, cada usuario paga el servicio que recibe. En Costa Rica el servicio es titularidad de una institución autónoma (A y A), quien presta el servicio en el área metropolitana y distintos puntos del país (de importante desarrollo urbano) y quien además delega la gestión del servicio en más de mil seiscientas Asociaciones Administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunales (ASADAS). También existen sistemas en manos de Municipalidades. La universalidad del servicio estaría determinada, por un lado, por el esfuerzo por hacerlo llegar a toda la población, y por el otro, mediante la obligación de la fuente pública en caso de suspensión del servicio por falta de pago del mes al cobro (no por deudas atrasadas).[32]

---

32 "El Estado, por supuesto, no solo tiene la responsabilidad ineludible de velar para que la salud de cada una de las personas que componen la comunidad no sufra daños por parte de terceros, en relación con esos derechos, sino, que debe asumir la responsabilidad de lograr las condiciones sociales propias a fin de que cada persona pueda disfrutar de su salud: física y mental, etcétera, con lo cual se procura alcanzar la mejor calidad de vida de los individuos. No obstante, también ha aceptado la *suspensión* del servicio de agua potable por la demora en el pago (o su no pago), por ejemplo, pero debe proveerse de una fuente pública de la cual el abonado pueda abastecerse." Sentencia de la Sala Constitucional Nº 7509-02. En sentido similar SSC Nº 01378-98.

Sin embargo, el problema principal consiste en que no toda la población recibe agua potable, transgrediéndose con ello no solo el derecho al agua potable, sino el derecho a la salud de un importante sector de la población (especialmente rural).

Esas asimetrías regionales en la calidad del agua que se ofrece a la población, también se dan respecto de los servicios públicos de salud. No es lo mismo sufrir un accidente frente al hospital de los Chiles que frente a cualquiera de los hospitales nacionales ubicados en San José. Esas asimetrías regionales en la calidad de los servicios públicos constituyen una violación de la garantía de universalidad para el pleno goce del derecho a la salud.

2) Principio de igualdad y no discriminación. La igualdad y no discriminación guardan relación con la universalidad ya estudiada y se detallará más adelante como un principio que informa la prestación del servicio público. Aquí, solo se pretende hacer recordatorio que el derecho a la salud es inherente a toda persona por su sola condición, que como se dijo a propósito del reconocimiento positivo del derecho, por los instrumentos normativos del Derecho Internacional, se trata de un derecho que está por encima de la nacionalidad y de la frontera de los países, por lo que, en la era de la globalización y la interdependencia económica, debe garantizarse a todo ser humano independientemente de su nacionalidad. Hacemos énfasis en este tema, porque las migraciones son un problema para los sistemas de salud (policía sanitaria, servicios asistenciales de salud, nutrición, vivienda digna, educación, etc.) que ejercen presión en los presupuestos públicos. Debe tenerse una política de salud orientada al inmigrante (la diferenciación favorable es constitucionalmente válida), los indígenas y cualquier otra población desfavorecida. En el caso de los inmigrantes debe procurarse la cobertura mediante el seguro de salud, lograr esta protección pasa necesariamente por el control, inspección y vigilancia del Ministerio de Trabajo, para que se le garanticen sus derechos laborales.

En definitiva, nos resta afirmar que la universalidad e igualdad en el reconocimiento del derecho a la salud y de las prestaciones que requiere, no es hoy una tendencia, como quizá si lo fue en algún momento de nuestra historia (cuando se procuraba la extensión y universalización de los seguros sociales); hoy son principios y garantías efectivas del sistema, exigibles en al vía jurisdiccional. No es hoy una tendencia, porque cuando los derechos que requieren prestaciones de dar (los denominados económicos sociales y culturales o prestacionales) alcanzan un desarrollo como el que han alcanzado los derechos a la salud y a la educación en Costa Rica, se comportan como los de libertad, esto significa, que son exigibles plenamente, de forma universal y en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna contraria a la dignidad de la persona.

Del estudio de los principios se infiere, que Costa Rica siempre ha pretendido la universalidad en la satisfacción del derecho constitucional a la salud que le asiste a toda persona. Sin embargo, el modelo seguido por Costa Rica pone límites a esta aspiración, dado que parece a todas luces imposible vía seguros sociales financiar prestaciones propias de la seguridad social, lo que demanda una aplicación más decidida del p. 5º del 177 CP, o impulsar una reforma a fin de mantener los logros alcanzados hasta aquí y avanzar en la realización plena de la universalidad subjetiva (todas las personas) y objetiva (todas las prestaciones del sistema con idéntica calidad),

en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

B) Principios que tienden a la protección del ámbito de autonomía de la persona humana, tanto del derecho a la salud, como frente a las potestades estatales que lo protegen.

Un segundo grupo de garantías sustantivas, está constituido por aquellos principios jurídicos que tienden a proteger el ámbito de autonomía del derecho a la salud. Estos principios operan como una "capa" protectora o "blindaje", a favor de las decisiones relacionadas con la salud de cada persona, frente a la injerencia de los poderes públicos. Sin ánimo de ser exhaustivo, incluimos los siguientes:

1) Intangibilidad del contenido esencial del derecho a la salud. El contenido esencial de un derecho, es la parte interna, el núcleo del derecho, que por ser tal, lo define, le otorga identidad y alcance. En el contenido esencial del derecho a la salud, encontramos al menos cinco elementos: a) el bien jurídico protegido; b) la voluntad para el ejercicio de las facultades o poderes; c) un conjunto de facultades o poderes para la satisfacción del bien jurídico o interés; d) un interés o fin en relación con el bien jurídico; y e) el elemento normativo, o espacio jurídico de actuación válida, de carácter instrumental.

Expliquemos estos elementos: El bien jurídico es la salud, según nos consta, todos los otros elementos del contenido esencial giran alrededor de él. El conjunto de facultades a las que se refiere el elemento (c), son los poderes que el Derecho reconoce para que los titulares del derecho, dispongan (para bien o para mal) del bien jurídico, lo protejamos o lo conservemos (facultades de disposición, conservación y defensa). Esas facultades pueden recaer no solo sobre el bien mismo, sino también sobre aquellos medios (obligaciones, prestaciones, bienes, etc.) a los que otro está obligado (persona física o jurídica, pública o privada) para hacer efectiva la satisfacción del bien jurídico. La voluntad es la decisión de la persona de usar o no los poderes (facultades de que dispone). El interés es la finalidad que la persona busca con el uso de las facultades en relación con el bien jurídico y finalmente, el espacio jurídico, está determinado por las limitaciones y prohibiciones que establece el ordenamiento jurídico y que condicionan el ejercicio válido del derecho.

Expliquémoslos con dos ejemplos de personas adultas y conscientes: **i)** A la persona (X) la muerde un perro y le trasmite el virus de la rabia. En este caso (X) dispone en su voluntad, recuperar (interés) su salud (que es el bien jurídico). Para ello, ejercita las facultades o poderes que el derecho contiene y que el ordenamiento le reconoce. La primera facultad o poder es absolutamente interno, consiste en la decisión de ir a buscar tratamiento; la segunda, es la de exigir de la CCSS los servicios de salud que resuelvan su problema; la tercera, exigir del MS medidas (p. ej. sacrificio) en relación con el perro rabioso y con los perros contaminados de esa comunidad. La persona podía matar en el acto al perro (ejercicio de la legítimo de la facultad de defensa), denunciar a la autoridad sanitaria con anterioridad o con posterioridad al acto, la frecuencia de perros callejeros en el lugar, puede interponer una demanda por daños contra el dueño del animal en la vía civil; puede exigir la intervención del Ministerio (policía sanitaria) y de la CCSS (servicio asistencial), si es del caso, en la vía judicial. El ordenamiento jurídico impone obligaciones correlativas al derecho de (X) a ciertas instituciones públicas que están en la obligación de cumplirlas. La

defensa de su derecho condujo al ejercicio de poderes de imperio respecto de los derechos de otros (sacrificio de perros), y movió los aparatos públicos a su favor. **ii)** la persona (Z) sufre de dolores fuertes en el estómago, decide en su voluntad acudir a los servicios de salud (interés de conservación o recuperación de la salud), le detectan un cáncer gástrico avanzado y le prescriben tratamiento; (Z) decide no someterse a dicho tratamiento, porque confía en la sanidad divina. La familia preocupada acude a la Caja, al Ministerio, al juez, para que alguien obligue a (Z) a someterse al tratamiento. (Z) es autónoma, dentro del elemento normativo no hay una sola potestad dirigida a alguien (público o privado) que le faculte a intervenir en esa vida y obligarla a someterse al tratamiento. (Z) usó sus facultades de disposición, pero de forma negativa, disponiendo del bien jurídico (salud), negándose a su conservación y recuperación, al menos por medios humanos. Sus actos, aunque parece que lesionan derechos de terceros (sus familiares), el ordenamiento jurídico considera, que el ámbito de autonomía en el ejercicio de su derecho a la salud, es superior (de mayor protección jurídica) que el de los terceros que quieren su compañía.

El alcance del contenido esencial del derecho está definido por el principio de autonomía, de dignidad y de inviolabilidad de la persona. Consiste en un ámbito sustancial (no meramente formal) que le fija límite a los poderes públicos. El contenido esencial del derecho es intangible incluso para el legislador ordinario (Art. 28 párrafo 2º CP).

El contenido esencial de otros derechos, como el de la libertad de empresa, industria y comercio o el libre ejercicio profesional (profesiones de la salud) le fijan límites a las potestades de policía sanitaria atribuidos al Ministerio de Salud.

2) Principio de autonomía. Este principio se encuentra recogido en el párrafo 2º del artículo 28 CP: *"Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley."* De esta norma se pueden extraer los siguientes aspectos: **a)** La Constitución reserva a favor de la persona, una área o zona de acción, fuera de los poderes públicos; **b)** La norma reconoce dos principios: el principio de autonomía de la persona y el principio de no intervención estatal en acciones privadas que no perjudiquen a terceros. El primero es sustancial el segundo instrumental. El segundo deriva y tiene su fundamento en el primero. De acuerdo con NINO, el principio de autonomía de la persona prescribe *"... que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe inferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución."*[33] **c)** en virtud de lo anterior, la persona puede tomar libremente sus decisiones relacionadas con su salud, incluso decisiones negativas, orientadas a deteriorar su salud o dejarse morir, siempre que con ellas no perjudique a terceros; d) El principio le pone límite a toda acción limitadora o restrictiva de derechos, orientada, por ejemplo, a imponer patrones de vida, sin que medie la posible afectación

33 *NINO, Carlos Santiago; Ética y Derechos Humanos; op cit p.204-205.*

de los derechos de terceros; por ejemplo, puede seguir fumando tabaco a pesar de la advertencia; esa advertencia es solo indicativa no imperativa, se deja a la autonomía del sujeto; **e)** La Constitución considera que la autonomía es un bien valioso, a tal punto, que mientras no lesione los intereses, persona o derechos de otro, está protegida por la Constitución incluso contra el legislador ordinario.

Cuando una persona (física o jurídica) excede el ámbito válido para el ejercicio de su derecho (ejemplo libertad de empresa y comercio) violando disposiciones legales o reglamentarias de tipo sanitario, por ejemplo, en relación con la producción, distribución, preparación o venta de alimentos, cae fuera del ejercicio legítimo de su derecho y en aras de proteger la salud de terceros, se hace acreedor de la aplicación de las potestades de policía sanitaria. En este caso, en sana teoría, no se le limita su derecho, se sanciona o detiene su ejercicio abusivo.

3) Principio de limitación del poder. "*El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin "cosificarse". Todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetar a los hombres sobre los que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta, por ello, imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina un campo propio y, consecuentemente, sus límites."*[34]

El principio de limitación constitucional protege el área de acción que la autonomía y el contenido esencial de derecho definen. La competencia es la jurisdicción del ejercicio del poder. En lo público son siempre heterónomas, atribuidos por el ordenamiento jurídico. Toda potestad pública de intervención en la esfera privada (ejemplo, autorización, permiso, decomiso, allanamiento, etc.) debe estar debidamente autorizada por el ordenamiento. Así, mientras el particular actúa con fundamento en el principio de libertad y autonomía de la persona, el Estado y sus instituciones, actúan apegados al principio de legalidad (subprincipio del principio de limitación constitucional del poder). Por eso, en lo público las personas jurídico públicas se rigen por la competencia (área de acción válida), mientras el particular por su capacidad de actuar. La intervención del Estado en materia de salud está regulada y está sometida a regularidad jurídica (conformidad con los fines, competencia, procedimiento y medios que el Derecho en general y la Constitución en particular le establecen).

Ese poder limitador y restrictivo de los derechos y libertades se denomina poder de policía. *"El poder de policía es el modo de darse el principio de limitación cuando él se refiere al carácter relativo de los derechos constitucionales de los particulares en beneficio de razones de utilidad general..."*[35] Sin embargo, no sólo el "daño a terceros", "la moral" y el "orden público" son títulos habilitantes de la intervención pública en la esfera privada (art. 28 CP) a favor del

34 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, CIVITAS, Madrid, 1985, p. 46.
35 QUIROGA LAVIE, Humberto; Derecho Constitucional, DEPALMA , Buenos Aires, 1987, p. 229.

interés general; también lo es la satisfacción efectiva (mediante prestaciones) de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, no solo se justifica la intervención para evitar un perjuicio, sino también para lograr un beneficio, así por ejemplo, para hacer efectiva la protección asistencial en salud, se impone la cotización obligatoria a los trabajadores y empleadores, de manera que la satisfacción efectiva de un derecho económico social como la salud le otorga al Estado competencias limitadoras o restrictivas de derechos de libertad en aras de lograr, vía solidaridad (contribuciones forzosas) el pleno goce del derecho a la salud para toda la población.

Finalmente, nótese que el contenido esencial del derecho y el principio de autonomía definen el contenido de los derechos fundamentales; mientras que el de limitación constitucional es instrumental, externo al derecho y tiene como fin proteger aquel ámbito de autonomía y el contenido esencial frente a las intromisiones ilegítimas del poder.

C) Principios que informan la organización y funcionamiento administrativo en salud, tienden a garantizar que las instituciones se organicen y funcionen alineadas a las necesidades del titular del derecho.

De la organización y funcionamiento del llamado sector público de salud, se pueden extraer algunos principios, que pretenden constituirse en garantías a favor de los titulares del derecho a la salud. Se trata de garantías de carácter instrumental, al servicio de las de carácter sustantivo, que por su carácter servicial, deben ser revisadas periódicamente a fin de ajustarlas o alinearlas con las demandas o necesidades en la satisfacción del derecho en un momento dado.

1. Principio de autonomía administrativa. Costa Rica ha organizado el sector público de la salud sobre la base del principio de autonomía administrativa, mediante la descentralización y desconcentración administrativas. En primer lugar, la CCSS es un ente autónomo, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 73 CP no solo goza de autonomía administrativa, sino también de gobierno, en la administración de los seguros sociales. Solo la Caja con apoyo en criterios técnicos puede reglamentar y determinar las prestaciones que ofrecen los seguros de salud y de pensiones y jubilaciones, potestades en relación con las cuales el MS carece de competencias de intervención. La Caja es la única institución pública prestadora de servicios asistenciales de salud a la población de forma universal. Luego, encontramos el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), encargado del suministro de agua potable a la población y del alcantarillado sanitario, institución que de conformidad con lo que dispone el numeral 191 CP goza de independencia administrativa (no de gobierno) en la gestión de los servicios propios de su competencia. Lo mismo se puede decir de los seguros de riego del trabajo, que administra el Instituto Nacional de Seguros (INS), entre otras instituciones del sector público de la salud. La Caja por su parte, además tiene desconcentrados algunos de los hospitales y áreas de salud, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Nº 7085, de 30 de noviembre de 1998, Ley de Desconcentración de Hospitales y Clínicas de la Caja.[36]

---

36 Sobre la desconcentración administrativa de la CCSS, puede consultarse por todos mis apuntes sobre Desconcentración Administrativa y Personalidad Jurídica Instrumental. La reforma de la Caja Costarricense de Seguro Social. Publicado por la Caja en forma de folleto, 2003.

La relación jurídico administrativa que se establece entre estos entes y el Ministerio de Salud, como órgano del Estado, es una relación de dirección, contenido de lo que se suele llamar "rectoría". La descentralización rompe la relación de jerarquía y subordinación entre el Estado y estas instituciones. De la misma forma como la desconcentración rompe la relación jerárquica entre el órgano desconcentrado y los órganos superiores de la institución a la que pertenece (Art. 83 LGAP). La de dirección o rectoría no es un relación de jerarquía pero sí de supremacía, mediante la cual, el Ministerio fija los planes, dicta la reglamentación pertinente, emite las directrices, obliga a la coordinación, ejerce el control de la regularidad jurídica y técnica, así como de los planes, directrices y políticas fijadas para el sector; imponiendo las sanciones que correspondan en caso de incumplimiento (Art. 99 y 100 LGAP). La relación de dirección es propia de cualquier organización administrativa, la diferencia con rectoría, es que esta última supone dirección política al más alto nivel del Estado, es lo que quiere decir el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (LOMS), cuando se refiere a la *"suprema dirección".*

Además de estas potestades, propias de la relación de dirección, el Ministerio goza de aquellas otras propias de la policía sanitaria y del Derecho Administrativo sancionador. Así que, mientras las órdenes son extrañas a la relación de dirección, son usuales en el ejercicio de las potestades de policía sanitaria, de tal manera que el Ministerio tiene competencias para ordenar a estas instituciones medidas concretas y exigirles actos concretos para atender las necesidades de salud pública.

La autonomía administrativa en Costa Rica se erige como una garantía instrumental a favor del derecho a la salud. Dada la cultura política costarricense, especialmente en relación con el manejo del eterno déficit fiscal del Gobierno central, algunos se preguntan ¿qué pasaría si los servicios de salud estuvieran –como en Europa- financiados con impuestos generales?, si en nuestro medio el gobierno con dificultad le paga a la Caja sus aportes (patronales y de Estado), y cada vez que puede le toma prestado a bajo interés (en relación con el mercado), deuda que el Estado honra con bonos que al cambiarlos la Caja pierde (esta situación también se da, en menor medida con el A y A). Por lo anterior, el principio de autonomía tanto financiera como administrativa y política (cuando opera) deviene en garantía de los recursos y por tanto de las prestaciones y servicios que el sistema ofrece a favor de los usuarios, titulares del derecho.

Las potestades de dirección y rectoría que el ordenamiento jurídico le atribuyen al MS en el marco de la relación de dirección, le permite ejercer control sobre la actividad (servicios) no sobre los actos concretos de esas instituciones autónomas (Art. 99 LGAP). Las técnicas de control van desde la autorización (permiso o habilitación) de funcionamiento, la inspección, la vigilancia, y hasta la clausura temporal en caso de incumplimiento (no cabe la clausura definitiva de un servicio público que la ley ha creado). Por tratarse de entes y servicios públicos las potestades de control del MS deben ejercerse con diferente lógica que cuando se aplican al sector privado. La libertad del particular es superior o al menos igual a la autonomía de los entes públicos y las diferencias de trato son notorias; así por ejemplo, mientras que los planes del MS son vinculantes para los entes públicos, son solo indicativos en tratándose de la empresa privada; lo mismo se puede decir de la directrices del Poder Ejecutivo, que si bien

el ordenamiento le atribuye discrecionalidad a los entes públicos descentralizados en su aplicación, la inobservancia reiterada e injustificada tiene sanción (Art. 100.1 LGAP); mientras que respecto del establecimiento privado, las directrices no tienen eficacia alguna, no es el instrumento jurídico idóneo para regular las relaciones entre el Estado y los particulares. Por otra parte, mientras que es posible clausurar, incluso de forma definitiva, un servicio (por ejemplo de salud privado), no es posible la clausura definitiva de servicios públicos e incluso la adopción de la medida de ser la última ratio, por tratarse de servicios necesarios para la población. En estos casos, más que la aplicación del poder de policía, se impone la coordinación y la definición de políticas públicas con la participación de todos los involucrados, en aras de garantizar la eficiencia, eficacia, regularidad y continuidad del servicio público.

2. Principio de separación de funciones: rectoría-prestación del servicio. El principio de separación de funciones sustentó la reforma al sistema de salud británico (el sistema público más grande de Europa) en 1989. Luego se extendió al resto del continente y de alguna manera ha llegado hasta nuestro medio. Sin embargo, los alcances del principio en Inglaterra difieren mucho de los conquistados aquí. En efecto, en Inglaterra tanto la financiación como la provisión de los servicios públicos de salud esta en manos del Ministerio de Sanidad británico. Dado el deterioro en la calidad y oportunidad de los servicios que ofrecían a la población, se divide la financiación y la dirección (rectoría) de los servicios por un lado, de la provisión y prestación por otro. Para ello, se descentralizaron hospitales públicos, se le dio alguna participación al sector privado en la prestación de servicios públicos de salud y también a los médicos organizados en mutuas médicas. El Ministerio de sanidad británico se dedicó a la planificación, regulación y control del sistema; y además a la contratación (compra) de los proveedores de los servicios de salud públicos que se ofrecen a la población.

¿Cuál es la aplicación del principio en nuestro medio? Hasta 1992, el MS se ocupaba de la prestación y provisión de los servicios de salud, especialmente de atención primaria a la población no asegurada, y se ocupaba de la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud. La Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) se ocupaba de la administración del seguro de salud, ofreciendo a la población asegurada los servicios asistenciales en tres niveles de atención. A partir de 1993, con fundamento en este principio y en la Ley Nº 7374, se trasladan a la Caja los servicios asistenciales que prestaba el MS, así como el recurso humano correspondiente. A partir de allí, el Ministerio se ocuparía de la función de rectoría del sistema de salud (planificación, dirección, regulación, coordinación y control, Art. 99 y 100 LGAP, Art. 1 LOMS) y la Caja se convertiría en el único proveedor público de servicios de salud dirigidos a la población de forma universal (el Ministerio toma mayor conciencia de su papel rector y a la Caja cambiará su mentalidad asistencial por una holística de la salud).

¿Cuál es la diferencia con el modelo inglés?, varias, pero la principal a nuestro juicio, que en Inglaterra el Ministerio de Sanidad es el que financia los servicios, mientras en Costa Rica no. La consecuencia principal de esa gran diferencia, es que “el que paga la música manda el baile”, los poderes de rectoría (de carácter estrictamente jurídicos) se ven tremendamente fortalecidos por el poder económico o financiero que el manejo del presupuesto supone. Cuando el Ministerio

de Sanidad británico emite una directriz, una regulación técnica o un plan y los proveedores hacen caso omiso de él, simplemente pierden esa condición o ven reducidos sus ingresos, eso no pasa en Costa Rica. Vista así, la autonomía de la Caja (incluido en lo financiero), que en el contexto de la realidad costarricense opera como una garantía, aquí se presenta como obstáculo para la consecución efectiva de metas unitarias en salud.

Con alcances más limitados, este mismo principio se aplicó a la reforma interna de la CCSS. Con fundamento en la Ley 7852 (Ley de desconcentración de hospitales y clínicas), la Caja impulsó la desconcentración de los más importantes hospitales y áreas de salud, creó una dirección de compras e introdujo el compromiso de gestión como instrumento válido para regular la compra de los servicios. A partir de la reforma, los hospitales y áreas de salud (desconcentrados o no) serían los proveedores de los servicios de salud a la población y los órganos superiores de la Caja (direcciones regionales, centrales, gerencias, presidencia y Junta Directiva) los encargados (asimilando el modelo inglés) de la planificación, dirección, reglamentación y control de los servicios de salud y además, los encargados de la compra de servicios a los proveedores, para ello utiliza el "compromiso de gestión" una especie de contrato entre ellos, con fundamento en el cual asigna los recursos (con excepciones de ineficiencias generadas por razones históricas en algunos establecimientos), evalúa el cumplimiento y asigna una calificación; como se dijo esto opera tanto en relación con los establecimientos desconcentrados, los centralizados o los concesionarios públicos (UCR) o privados (cooperativas y Clínica Bíblica). El resultado no ha sido tampoco el esperado, la desconcentración se quedó en un nivel muy básico sin profundidad para impactar el servicio (y sin una verdadera desconcentración el principio de separación de funciones no despliega su virtualidad); la evaluación se ha limitado a lo estipulado en el compromiso de gestión, cuando los gestores o proveedores tienen obligaciones más amplias según la ley, que desatienden porque no se les mide o paga; la asignación de recursos todavía no guarda relación estricta con la eficiencia (dadas las ineficiencias históricas) y no ha logrado resolver los problemas relacionados con una atención oportuna en algunos servicios (listas de espera); pero en general, hay resultados positivos, la Caja por primera vez, tiene un conocimiento de los verdaderos costos del servicio, se preocupa de la calidad y oportunidad del mismo y ha generado en sus funcionarios una conciencia de costos, aunque todavía no de eficiencia.

Este es un principio sano en el marco de una organización administrativa compleja como la del sector público de salud en Costa Rica, conduce a la especialización con los consecuentes beneficios, pero debe ser revisado periódicamente a la luz del principio de eficacia. El principio cobra sentido en el marco de la descentralización y desconcentración administrativa.

3) Principios de unidad y coordinación. La descentralización y la desconcentración implican el otorgamiento de diversos grados de autonomía e independencia del Estado o del ente matriz, a entes u órganos (según el caso), para el ejercicio de las competencias y fines atribuidos. Sin embargo, la consecución de esos fines y el ejercicio de aquellas competencias deben armonizarse con otros fines o con el ejercicio de otras competencias (iguales o superiores en jerarquía y alcance) con el propósito de garantizar la unidad y coherencia de la acción pública estatal (o la acción del ente desconcentrado).

Existe una tendencia general de los entes descentralizados o de los órganos desconcentrados a sobrevalorar los alcances de su autonomía, provocando descoordinación, conflictos de competencia y fraccionamiento de la actividad administrativa. Por eso, el Estado como ente mayor del Ordenamiento (en el caso de la descentralización), como los órganos superiores del ente público desconcentrado, tienen una obligación jurídica de velar por la satisfacción y atención integral de los intereses y fines encomendados por el Ordenamiento. Debido a su responsabilidad política y jurídica, el Ordenamiento los ha dotado de las potestades suficientes para que logren la unidad de acción en medio de la diversidad orgánica. Es el equilibrio y armonía entre dos principios: el principio de autonomía, que pretende introducir, entre otras cosas, a la actividad administrativa más creatividad, responsabilidad, consciencia de costos, y libertad de decisión; versus el principio de unidad, propio de la supremacía de ciertos órganos, a quienes les corresponde la eficacia global del sistema y por tanto la coordinación, planificación, gobierno y dirección del mismo.

El principio de unidad es un corolario del principio de supremacía que informa la organización administrativa. La unidad y la supremacía tienen su fundamento en la diferencia cualitativa o cuantitativa de los intereses que corresponde a cada uno en la estructura general del sector público. Las técnicas de coordinación (Art. 100 LGAP y 105 LGAP), a diferencia de las de cooperación suponen necesariamente la supremacía de los órganos coordinadores. La coordinación puede darse tanto entre órganos vinculados por una relación de jerarquía (en este caso se trata de una facultad y no tanto de un principio, que se ejerce mediante la potestad jerárquica: órdenes, instrucciones y circulares), como en una relación de dirección (art. 100. 3 LGAP). Es en esta última donde cobra especial sentido, porque ella tiende a la unidad de la acción administrativa, en medio de la diversidad que la autonomía sugiere. La coordinación es una potestad de la que siempre es titular el Estado en los modelos descentralizados. La coordinación tiene origen en el principio de supremacía y por esa razón, se aplica tanto en el marco de relaciones de jerarquía como de dirección.

La coordinación no busca la uniformidad de acción, la autonomía da cabida a la diversidad, al ingenio humano y al ensayo de técnicas y conocimientos diversos para alcanzar un mismo objetivo. La coordinación que el principio de unidad impone es un límite a la autonomía, pero debe respetar su contenido. La coordinación es una demanda de la eficacia, esto es de la realización efectiva del fin público, por tanto, es una exigencia de los fines, en relación con los cuales se coordina la actividad o medios.

La coordinación es coactiva o imperativa, para que sea eficaz se requiere que no sea posible alcanzarla por medio de la cooperación, voluntaria, acorde y respetuosa de la autonomía. La coordinación obligatoria es subsidiaria de la voluntaria. El interés que se invoca es un interés superior, que sólo es posible atenderlo mediante una acción conjunta y no por la acción individual y aislada de cada uno de los órganos. Son mecanismos de coordinación todos aquellos planes institucionales y directivas o directrices tendientes a lograr la unidad en la prestación de los servicios públicos de salud; así como aquellas tendientes a la resolución de conflictos de competencia. También se pone de manifiesto en la creación de ciertos órganos de coordinación mediante ley, decreto o convenio.

Acompañando esas técnicas encontramos la potestad del órgano superior para formular requerimiento a los órganos inferiores a fin de que ajusten su conducta a los planes y directrices. El requerimiento aparece como un requisito previo a la intervención del órgano por desatención reiterada de las técnicas de coordinación (Art. 100.1 LGAP).

El sector público de salud está constituido por el conjunto de entidades públicas, centralizadas, descentralizadas y desconcentradas que tienen competencia explícita y legal dirigida a proteger el estado de salud de la población; para lograr la unidad de acción se crean diversos órganos de coordinación política, administrativa y técnica, como por ejemplo: El Consejo Económico y Social, la Comisión Económica Nacional, la Comisión Social Nacional, el Consejo Nacional Sectorial, las Comisiones Consultivas, la Comisión Gerencial, los Comités Técnicos Sectoriales e Intersectoriales, el Comité Sectorial Regional, creados todos por el Decreto Ejecutivo Nº 14184-PLAN, de 08 de enero de 1983. También, El Consejo Nacional Sectorial de Salud, la Comisión Consultiva de Salud, la Comisión Gerencial de Salud, el Comité Técnico Sectorial de Salud, la Comisión Consultiva de Directores Técnicos Superiores, creados por el Decreto Ejecutivo Nº 14313-SPPS-PLAN, del 15 de febrero de 1983, reformado por el Decreto 30461-S-PLAN del 09 de mayo del 2002. Así como el Consejo Técnico Interinstitucional, Consejo Técnico Regional Insterinstitucional, Consejo Técnico de Área, Consejo Técnico Local, Consejo Técnico Básico, etc., creados mediante Decreto Ejecutivo Nº 19276-S, Reglamento General del Sistema Nacional de Salud. El Consejo Nacional del Sector Salud, constituido por el Ministro y Viceministro de salud, el Presidente Ejecutivo y el Gerente Médico de la CCSS, Presidente ejecutivo y gerente del AyA, creado por Decreto Ejecutivo Nº 27446-S del 08 de septiembre de 1998.

Como se observa, la coordinación es un principio y a la vez una potestad de la que goza el MS para ejercer la rectoría e imponer la política de salud a los entes descentralizados del sistema.

4) Principio de control. Este principio, como todo principio, es una garantía a favor del derecho a la salud. Tiene varias aplicaciones: primero el control que le corresponde al Ministerio de Salud o a la CCSS respecto de su propia organización y actividad a la luz de los fines, este tipo de control se funda en el principio de responsabilidad. Luego está, el control dentro de del marco de la relación interadministrativa de dirección (rectoría) que se da entre el Ministerio (Estado) y entes descentralizados del sector salud o de los órganos superiores sobre los inferiores desconcentrados (reposa en los principios de responsabilidad y de control). Y finalmente, el control sobre los particulares en el marco de relaciones administrativas de policía administrativa sanitaria (reposa estrictamente en el principio de control).

En cada caso el control es diferente, técnicas que se aplican en un supuesto no se aplican en otro y en todo caso con distinta eficacia. En el caso del control interno se utilizan órdenes, instrucciones y circulares propias de la relación de jerarquía, esto significa que se controla el acto y no solo la actividad y se sanciona su desobediencia (régimen disciplinario). En el control dentro del marco de las relaciones de dirección, se controla solo la actividad no el acto, por medio de los instrumentos propios de la dirección (planes, directrices, reglamentos, etc.) y se sanciona al funcionario por el incumplimiento reiterado y grave de directrices

(art. 100.1 LGAP). Estos dos tipos de controles anteriores se controlan tanto la legalidad como la oportunidad (en diferente grado). En el control de policía sanitaria, que es tanto administrativo (en relación con particulares), como interadministrativo (en relación con los entes públicos que prestan servicios de salud), el control es esencialmente de legalidad (no de oportunidad), tanto del acto como de la actividad, donde operan todas las técnica propias del control (autorización, permiso, vigilancia, inspección, etcétera) y además las órdenes sanitarias que en este caso no guarda ninguna relación con la potestad de jerarquía y se ubica en el contexto del control y del Derecho Administrativo sancionador, pudiendo el Ministerio ordenar ciertos actos en aras de prevenir enfermedades o conservar la salud y sancionar el incumplimiento tanto de dichas órdenes, como por medio de ellas, el incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias (con fundamento en la ley).

No dudamos de la eficacia del control que ejerce el Ministerio de Salud hacia su interior y la eficacia del ejercicio del poder de policía, respecto de sujetos privados. Pero sí, de la eficacia del control en el marco de su función rectora o de dirección (y de policía sanitaria) en relación con los otros entes públicos: **a)** por el simple hecho de tratarse de entes públicos y existe una tendencia (que se ha venido superando) a eximir de control a este tipo de entes, basados en una presunción de que prestan bien (dentro de sus posibilidades al menos) el servicio. **b)** Porque dada su autonomía administrativa resulta difícil la aplicación de medidas de control, por lo que se opta por técnicas de colaboración y coordinación en lugar de las de control. **c)** Porque algunas de esas instituciones tienen más influencia política que el propio órgano controlante (es el caso de la Caja). **d)** Porque las medidas de sanción, por ejemplo, respecto de establecimientos públicos de servicios de salud, afectan la continuidad del servicio público, siendo en muchos casos peor la cura que la enfermedad. Es pues, en relación con estos entes donde hay que fortalecer el control del Ministerio.

En definitiva, la organización pública del sector salud en Costa Rica se funda en el principio de autonomía, mediante la descentralización administrativa. A lo interno de las organizaciones rige el principio de jerarquía, con algunas excepciones: desconcentración administrativa. Tanto la descentralización como la desconcentración administrativas (aunque con diferente intensidad) rompen la relación de jerarquía e introducen una relación jurídica de dirección. La potestad de dirección en sentido amplio, supone o contiene, la potestad de planificación de dirección (en sentido estricto), de coordinación, de regulación, de control y sanción (Art. 99 y 100 LGAP). Los actos o instrumentos que ponen de manifiesto esas potestades son el plan (estratégico y operativo), las directrices, que contienen lineamientos de política; los reglamentos (jurídicos y técnicos), las técnicas de control (autorización o habilitación, registro, inspección, vigilancia, etc.), sanciones, etc. La rectoría es el corolario necesario dentro del marco de una organización pública caracterizada por la descentralización y la autonomía que ella supone. La rectoría es la dirección al más alto nivel, suprema, ejercida por el Estado a través del Ministerio de Salud.

El principio de separación de funciones en Costa Rica solo alcanza la separación entre rectoría y prestación del servicio, sin incluir el tema financiera y la compra. En otras palabras, en nuestro modelo organizativo, los prestatarios son los que tienen los recursos no

el rector. Esto debilita la rectoría, porque a los poderes jurídicos, no se les suman los poderes económicos, financieros o de compra, con los cuáles lograría unificar la política pública de salud. En Costa Rica, los prestarios de los servicios (CCSS, AyA, INS, etc.), son más poderosos económicamente que el rector.
Una de las deficiencias mas serias de la organización administrativa del sector público de salud es sin duda la carencia de una buena coordinación. Esta falta de coordinación podría ser el resultado de una sobrevaloración de la autonomía de los entes descentralizados, falta de liderazgo del Ministerio de Salud, o por una sobrevaloración de la autoridad por parte del MS (que solo quiera imponer y no hablar y llegar a acuerdos). Lo cierto, es que la manera más efectiva para avanzar en la prevención y recuperación de la enfermedad en la promoción y conservación de la salud y rehabilitación de la persona, y para convertir los factores determinantes de la salud de factores de riesgo en factores protectores es mediante la coordinación de la acción pública. Para ello se requiere liderazgo, que el concepto de rectoría supone.

La potestad de control es propia de toda organización administrativa, de manera que corresponde a la CCSS, al AyA, al INS (riesgos del trabajo), al MS, etc., ejercer control sobre su propia actividad. Esa potestad también está incluida en la rectoría (suprema dirección). El control se expresa en diferentes técnicas (o potestades menores), como la autorización (permiso, licencia, habilitación, etc.), inspección, registro, vigilancia, intervención, auditorias, etcétera. El control que se realiza actualmente recae sobre los medios, especialmente sobre infraestructura, equipo, procedimientos, personal, etcétera; pero es ineficaz respecto de resultados e impacto de los servicios de salud, es decir, sobre la calidad y oportunidad del servicio.

D) Principios que garantizan que el titular reciba las prestaciones requeridas para el goce pleno de su derecho.

El servicio público de salud es de carácter social (tienen sus diferencias con los de carácter económico, como el servicio de agua potable, una de las diferencias la encontramos en la financiación, los de carácter social se financian con cotizaciones o impuestos generales, mientras que los de carácter económico mediante precio público). La Sala Constitucional ha reconocido que *"Todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas –incluidos los asistenciales o sociales- están regidos por una serie de principios que deben ser observados y respetados, en todo momento y sin excepción alguna, por los funcionarios públicos encargados de su gestión y prestación. Tales principios constituyen una obligación jurídica de carácter indeclinable impuesta a cualquier ente u órgano administrativo…"*[37]

Algunos de esos principios se encuentran recogidos por la Ley General de la Administración Pública (LGAP) *"La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios o beneficiarios"* (Art. 4 LGAP). De esta norma se pueden deducir los siguientes

37 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 11976-04.

principios: el de continuidad, el de eficiencia y en relación con este el de eficacia, el de adaptabilidad o mutación, el de igualdad o generalidad y el de obligatoriedad del servicio. Si se trata de servicios de carácter social también habría que agregar el principio de solidaridad. La Sala Constitucional le ha atribuido a estos principios rango constitucional (SSC 11976-04), con lo que refuerza su exigibilidad y su fuerza o carácter vinculante.

En la exposición que seguidamente se hará de estos principios, nos interesa destacar la receptación que de ellos ha hecho la jurisprudencia constitucional, porque la idea aquí es hacer notar la cualidad de garantes que tienen los principios del servicio público para el derecho fundamental a la salud, por tanto, su reconocimiento constitucional deviene en el otorgamiento de la máxima jerarquía normativa y con ello, el rango y fuerza de las normas constitucionales, vinculantes erga omnes (inclusive para el legislador ordinario), por lo que se constituyen en parámetros objetivos de constitucionalidad (bloque de constitucionalidad), útiles para controlar la constitucionalidad de la normativa infraconstitucional que regula el servicio público de salud y cuyo cumplimiento, el usuario titular del derecho, puede exigir en la jurisdicción constitucional.

1. El principio de eficacia. De la administración pública no solo se exige que obre o actúe, sino además, que al hacerlo resuelva los problemas sociales y por tanto, las necesidades individuales, es decir, que en cada caso, produzca un resultado efectivo, que ofrezca la prestación idónea (en tiempo, cantidad, calidad y forma) requerida y pretendida por la necesidad que atiende e indicada o revelada como solución a partir del diagnóstico del problema. La eficacia es el impacto (resultado) que el servicio de salud en general y cada servicio concreto (prestación individual) produce en la salud de cada persona y en la salud de la población en su conjunto, ese impacto se mide, en cada caso, en la resolución de problemas concretos de salud y en el aumento de niveles de salud o bienestar físico, psíquico y social en la sociedad como un todo (disminución de enfermedades contagiosas, aumento de la expectativa de vida, reducción de la mortalidad infantil o de la desnutrición, etc.).

Ahora bien, la eficacia refiere a la producción real y efectiva de un efecto o resultado, la eficiencia se refiere mas bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin. Como se observa, la eficacia se centra en el resultado producido por la acción, la eficiencia fija su atención en la acción misma. Dada la estrecha relación entre ambos conceptos, es posible extraer uno del otro cuando alguno está ausente, como lo estamos haciendo aquí a partir del numeral 4 de la LGAP o se puede hacer del art. 139.4 y 140.8 y 191 de la Constitución. En todo caso, este principio se encuentra recogido de forma directa en el concepto de *"evaluación de resultados"* del artículo 11 de nuestra Carta Magna.

La fiscalización de los servicios públicos de salud se dirige prioritariamente a la actividad (eficiencia), no tanto al resultado o eficacia (esta es por ejemplo el énfasis del compromiso de gestión y de la evaluación que realiza la Dirección de compras de la CCSS) y como en la eficiencia se realizan consideraciones de tipo económico (costos) no es de extrañar que en muchos casos esa fiscalización o control degenere en una reducción de costos (afectando el fin o resultado). Las consideraciones de costos deben estar orientadas desde la eficacia, es decir, desde el impacto real y efectivo en la necesidad que se

atiende. Este es precisamente el criterio que sigue la Sala Constitucional, por esa razón ha dicho que la protección de la salud prevalece sobre consideraciones financieras (entre muchas puede verse SSC 337-04).

Para la jurisprudencia constitucional *"La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política)."*[38] Nótese que para la jurisprudencia constitucional la eficacia es un principio general que exige de la organización pública dos cualidades subjetivas (referidas a la organización como sujeto jurídico), la primera es la idoneidad para cumplir fines públicos a través de su actuación (lo que nos lleva a revisar, desde la eficacia, la idoneidad de la organización)[39] y otra, la intención de alcanzar un resultado que satisfaga el fin (lo que nos lleva a revisar, desde el principio de eficacia, la intención de la gestión y la gestión misma). Por eso, en relación con este segundo punto y respecto de la CCSS, la Sala Constitucional ha dicho: *"La institución recurrida no ha sabido implementar certeramente un programa para garantizarle a los pacientes o asegurados (usuarios del servicio público) que presenten este tipo de padecimientos que se le dará un tratamiento pronto y adecuado, con los estándares y resultados necesarios para asegurarles y garantizarles el goce y disfrute de derechos fundamentales básicos…"*[40] De manera, que se requiere una organización idónea para alcanzar el fin, una intencionalidad dirigida a ello y un resultado efectivo.

La eficacia se mide en relación con intereses, fines y necesidades (la eficacia no es autónoma, su contenido está determinado por su objetivo). Desde el punto de vista del interés público, la eficacia es la efectiva realización del interés público (Art. 113 LGAP).

La eficacia del sistema de salud está en la efectiva prevención de la enfermedad, la protección de la salud, la restauración de la salud y la efectiva rehabilitación del enfermo, todo dentro de las limitaciones propias de la ciencia en una época histórica dada. Desde el fin, la eficacia es el impacto en la consecución y satisfacción del bien jurídico: el más alto bienestar físico, psíquico y social de las personas (con la limitante que la muerte es inevitable y la existencia de personas enfermas en una sociedad también lo es). Lo importante de lo que venimos diciendo, es que al ponerse el énfasis en el resultado efectivo a la luz de la necesidad y la finalidad de la persona, estamos centrando la organización y la gestión públicas en la persona, sus necesidades y derechos y no en la organización o gestión misma. La eficacia es un corolario o exigencia que se deriva de la naturaleza de la contingencia y de las graves consecuencias que su acaecimiento genera. Si la protección, cobertura o prestación no se brinda oportunamente y con la calidad y cantidad

---

38 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2004-11976.

39 Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: "Su organización, administración y procedimientos internos deben adecuarse para satisfacer adecuada y oportunamente las necesidades de los pacientes, lo que supone que el tratamiento prescrito por un médico debe ser suministrado de forma integral, completa y en tiempo." Sentencia de la Sala Constitucional Nº 8380-03.

40 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 3708-05.

requerida, se está lesionando el bien jurídico que el derecho contiene. El propio derecho demanda instituciones públicas eficientes y eficaces en la prestación de los servicios y en el otorgamiento de las prestaciones, toda vez que en muchos casos, una prestación tardía o insuficiente equivale a una negación del derecho.[41] Así visto el principio, la eficacia incluye o supone la eficiencia. Esta eficacia de lo público, en un Estado de Derecho, debe darse dentro del marco de la legalidad y nunca fuera de ella (la eficiencia y la eficacia privadas no son iguales a las públicas, los principios que informan una y otra son distintos, en lo público opera el principio de heteronomía del sujeto, los fines, los procedimientos, los medios, las actuaciones y la variedad de controles, mientras en lo privado opera el de autonomía). Este principio ha adquirido renovado protagonismo (económico, administrativo, jurídico, político y cultural) en las últimas décadas.

La eficacia desde el punto de vista jurídico tiene identidad con lo que los juristas italianos llaman efectividad de la norma (definida como el cumplimiento en la realidad del componente de hecho del efecto jurídico). En el supuesto de hecho de la norma está la descripción de la realidad, en el efecto jurídico encontramos la solución jurídica (una organización públicas, sus potestades o competencias y el fin al que se dirigen, así como las prestaciones que ofrece); la efectividad, es que aquella conducta prescrita en el efecto se cumpla en la realidad y satisfaga el fin perseguido por ella y requerido por la realidad que el supuesto de hecho describe (en la efectividad se mide no solo el cumplimiento, sino también la idoneidad de la medida a la luz del fin y de la necesidad misma).

Finalmente, la eficacia o efectividad no solo se predica de los servicios asistenciales, sino también de la actividad interventora o de imperium de la Administración (policía sanitaria), según los criterios ya expuestos.
En estos casos, la Administración busca la materialización del Derecho. A la luz de la eficacia, el fin tiene absoluta prioridad sobre el medio, estos deben ser todos los necesarios e idóneos para alcanzar el fin.

La eficacia condiciona la eficiencia que estaría determinada por la existencia de la potestad y el ejercicio regular (legal) y oportuno de ellas. Por esa razón, el hecho de que las Administraciones terminen ejerciendo las potestades solo y en la medida que los medios (presupuestarios, humanos y técnicos) se lo permitan es una violación del principio de eficacia, supone poner por delante los medios y no los fines.

2) Principio de eficiencia. Este principio se encuentra recogido en los artículos 4 de la LGAP, 11, 139.4, 140.8 y 191 CP. La idoneidad de los funcionarios públicos que demanda la Constitución está directamente ligada a la eficiencia administrativa (Art. 191 CP), y como una especie de garantía mediante la cual la Constitución exige la transparencia y rendición de cuentas de los funcionarios y organizaciones públicas (Art. 11 CP), a fin de que se controle la eficiencia y eficacia administrativas.

---

41 Sobre el particular puede consultarse la Sentencia No. 3496-96 de la Sala Constitucional: “la cita médica...le fue dada para un lapso de tiempo de cuatro o cinco meses, sea medio año después, lo que significa una tardanza innecesaria y una violación del derecho a la salud...”

La eficiencia guarda relación con hacer bien las cosas al menor costo posible. En la eficiencia valoramos la proporcionalidad (necesidad e idoneidad) de los medios (organización, recursos humanos, materiales, financieros y jurídicos) y su gestión, en relación con los fines. En la eficiencia técnica se observa la relación entre recursos físicos (personal, equipo, camas, etc.) y resultados físicos; la eficiencia económica valora la utilización de los recursos en relación con el costo de los resultados, es decir, se ocupa por un lado de la distribución (asignación) óptima de los recursos disponibles y por el otro, del rendimiento de esos recursos (producción al mínimo costo). La eficiencia operativa impone a la gestión una conciencia de costos y obliga a la planificación, fijación de estándares, la especialización, etc., y obliga a la evolución y cambio (adaptación) a la luz de objetivos. Desde una perspectiva jurídica la eficiencia debe estar al servicio de la eficacia (resultado), el efecto jurídico de la norma al servicio de la efectividad jurídica (resultado), la eficiencia es la que garantiza la calidad e idoneidad del servicio o medida para lograr el resultado querido por el ordenamiento a la luz de sus fines y de la causa (necesidad en la realidad) que lo motiva y que es la razón de ser de la existencia de la institución y del ejercicio de sus competencias.

Sin embargo, la tendencia en el sector público (no intencional, presionada por la escasez de recursos), de la que no escapa la CCSS y quizá tampoco el Ministerio de Salud, es que prevalece la valoración económica de la eficiencia, con lo que se producen tres consecuencias no deseadas, que destaca PAREJO ALFONSO: *"a) la reducción de la eficiencia a la simple economía de medios, ya que los costes se miden más fácilmente que los beneficios (el ahorro se constituye en única medida del éxito; la demanda de eficiencia se transforma en mero recorte de gastos); b) la tendencia a la ignorancia de los efectos externos, por el hecho de ser los costes sociales más difíciles de medir que los económicos (cada servicio se concentra en la mejora de sus eficiencia económica, incluso si los efectos globales no son óptimos); y c) la redefinición inadecuada de criterios para hacerlos más fácilmente susceptibles de medida cuantitativa, ya que los beneficios económicos son más fáciles de medir que los sociales (degeneración de la búsqueda de la eficiencia en simple juego de números, operaciones de contabilidad)"*[42] Cuando esto sucede, la gestión se centra en los medios y no en los fines, el eje central de la relación jurídico administrativa no es la persona sino la propia administración y el resultado a mediano y largo plazo es un deterioro de los indicadores en salud.

3 El principio de solidaridad. Es una garantía que se deriva de la inescindible relación entre responsabilidad individual y pública para alcanzar la realización efectiva del derecho. Este principio, pretende garantizar cierta redistribución de recursos entre quienes los tienen en un período determinado y quienes no los tienen en ese mismo período: del empleado al desempleado, del sano al enfermo, del activo al jubilado; así como redistribuyendo los recursos entre la generaciones presentes para atender las necesidades de las pasadas (reparto), o bien disfrutando una protección razonable para no lesionar a las generaciones futuras.

---

42 PAREJO ALFONSO Luciano; Eficacia y administración. Tres Estudios; Ministerio de la Administraciones Públicas, Madrid, 1995, p. 119.

Este principio opera en el campo de la salud desde que, por un lado, las contribuciones al seguro que financia los servicios de salud asistencial, se hace desde la planilla de los trabajadores y existiendo una escala de salarios, la contribución (tanto del trabajador como del empleador) se hace según el ingreso de cada uno, con lo que unos aportan más que otros al sistema, pero reciben el mismo beneficio, precisamente porque el mayor aporte de uno sirve para financiar los servicios que se le ofrecen al de menor contribución. En este aspecto, nótese la diferencia del sistema de salud al de pensiones o jubilaciones. Mientras en este último, el monto de la pensión guarda relación con el aporte (sin perjuicio de que también el que más cotiza beneficia al que menos lo hace), en salud la prestación se otorga de forma uniforme y generalizada. Esto nos lleva a una redefinición del concepto de equidad y por ende del concepto de mérito que esta supone, en efecto, mientras el mérito en el régimen de pensiones del IVM es el aporte; en el de salud es la necesidad. Así, la equidad en pensiones exige que el que más aportó al sistema tenga una pensión más alta, mientras que en salud, la equidad exige que todos aquellos que tengan la misma necesidad (por ejemplo, sufren una misma enfermedad) reciban igual tratamiento, independientemente de su contribución al Seguro de Salud.

Por otro lado, el principio opera –en nuestro medio- desde que por la vía de los seguros sociales, es imposible alcanzar la universalidad, dado que siempre hay personas que no pueden contribuir al sistema. Por esa razón, el Estado interviene cerrando el círculo de protección, financiando (o al menos debería hacerlo) la tutela del derecho a los más necesitados (mediante el régimen No Contributivo de Monto Básico o mediante el seguro a cargo del Estado, con cargo a impuestos no a cotizaciones) y además, en relación con el ejercicio de la policía sanitaria y de la rectoría, en la medida que ésta se financia con impuestos generales, por tanto, todos de forma solidaria contribuyen al sostenimiento de las medidas y acciones que le son propias.

4) Principio de obligatoriedad. El derecho a la salud supone, como se dijo, el derecho a las acciones positivas del Estado, entre ellas, a las específicas prestaciones asistenciales, de ello se deriva la obligación correlativa de las administraciones públicas de ofrecerla: *"Uno de los principios rectores del servicio público… lo constituye el de su obligatoriedad, puesto que, de nada serviría afirmar que deben ser continuos, regulares, uniformes y generales si el sujeto prestador no tiene la obligación de prestarlo. La administración pública prestadora del servicio público no puede escoger su clientela o usuarios, debe brindárselo a cualquiera que se lo requiera."*[43] La utilidad de la prestación para el efectivo goce del derecho, hace que el Ordenamiento disponga de varios medios administrativos y judiciales para exigir las diferentes acciones positivas (dar o hacer) del Estado y sus instituciones. Las prestaciones sanitarias son hoy plenamente exigibles en Costa Rica, de lo que da fe, la copiosa jurisprudencia constitucional.

En efecto, desde que se creó la Sala Constitucional (1989), la protección y exigibilidad del derecho y la correlativa obligación de las instituciones públicas llamado a satisfacerlo, ha alcanzado una nueva dimensión. Así, en relación con las acciones positivas de policía

43 Sentencia de la Sala Constitucional Voto Nº 2004-11976.

sanitaria, se infiere de la jurisprudencia constitucional un decidido apoyo al ejercicio de las potestades públicas sanitarias de intervención (control, inspección y vigilancia) frente al ejercicio de otros derechos de quienes se consideran lesionados, lo que a favorecido el papel del Ministerio a favor de la salud. Por el contrario, en relación con las específicas prestaciones de asistencia sanitaria, la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha inclinado de forma vigorosa y decidida y quizá inesperada, a favor de los recurrentes, tutelando el derecho a la salud y condenando de forma reiterada a las instituciones públicas prestatarias. En ambos casos, la jurisprudencia tiene en común, la tutela de la salud y del derecho a la salud frente a quienes (públicos en un caso y privados en el otro) quieren conculcarla.

5) Principio de continuidad del servicio. La continuidad consiste en la ininterrupción del servicio público. Esa obligación se desprende de la utilidad pública que la actividad tiene para la satisfacción del derecho fundamental. Se trata de que el servicio sea prestado cada vez que se requiere la necesidad pública y lo demanden los usuarios. Por esa razón, si la continuidad la observamos desde la óptica de la administración basta con que allí estén los hospitales, personal y equipo médico las 24 horas, aunque, cuando llegue la persona a demandar el servicio le digan que tiene que presentarse dentro de 1 o 2 años. Si lo vemos desde la óptica del usuario significa que cuando lo requiere (al menos dentro de lo razonable de su necesidad, esto es según el grado de urgencia, lo que da pie a la existencia de un período razonable de espera), el servicio esté allí. Desde la óptica de la Administración, la continuidad podría reducirse a la existencia y presencia constante de los medios, desde la del administrado, con la oportunidad del servicio. Que el servicio no se puede brindar en un lapso razonable (determinado por la necesidad o tipo de patología) es equivalente (guardando las diferencias) a abrir la llave y que no salga agua potable u operar el interruptor y no encontrar electricidad.

Cada servicio tiene su propia forma de continuidad. Mientras que para la CCSS la continuidad la obliga a tener un servicio de emergencias las 24 horas, no así respecto de la atención externa, que se puede ver interrumpida durante la noche. Asimismo, en relación con el MS y con las potestades de control, inspección y vigilancia, la continuidad exige tener un equipo humano de funcionarios preparado para prestar el servicio cuando se requiere (de oficio o a instancia de parte), pero la misma ley establece que ciertas actividades deben realizarse de día y no de noche, salvo las excepciones que ella establece.

La continuidad explica algunas particularidades del régimen público de estos servicios, exorbitantes del régimen común, por ejemplo del derecho de huelga, la insolvencia o quiebra y el embargo de los bienes, que constituyen garantías a favor de la continuidad del servicio. Al respecto la Sala Constitucional ha expresa: *“La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerle frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación –por acción u omisión- de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de*

los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica."[44]

6) Principio de regularidad del servicio. La regularidad del servicio es una exigencia, por un lado del régimen jurídico público del servicio y por otro, ese régimen de Derecho Público, se deriva (tiene causa) en los derechos fundamentales de la persona. Por tratarse de servicios públicos las Administraciones no pueden hacer diferenciación entre personas (aplicándole a uno la medida de policía administrativa, mientras que otros que también violan el ordenamiento jurídico sanitario se les deja sin control) o bien, practicándole la cirugía que se le niega a otros en idénticas condiciones; de allí, que como la titularidad del derecho a la salud es universal y la exigencias respecto de él también (son de orden público, indisponible para los sujetos públicos o privados), demanda servicios igualitarios y para lograrlo, demanda la necesaria regulación jurídica a fin de que ese objetivo sea posible.

La regularidad se diferencia de la continuidad, como claramente lo ha destacado la Sala Constitucional: *"La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas. No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico."*[45]

La ausencia, insuficiencia y deficiencia de la regulación podría ampliar la discrecionalidad administrativa en este campo, con las consecuencias que de ello podría derivarse (por ejemplo, que en ciertas circunstancias aplique la medida y en otras no, o aplique diferentes medidas a idénticos casos, que deje de aplicar las que correspondan por falta de regulación; o finalmente, que la discrecionalidad degenere en arbitrariedad). Pero también, la inadecuada regulación o el exceso de esta, podrían traer como consecuencia una deficiente tutela del derecho y bien jurídico, porque paraliza la gestión o bien impide el ejercicio legítimo de otros derechos (ejemplo, libertad de empresa, comercio e industria). De allí la necesidad de adaptar de forma constante el régimen jurídico a los fines públicos y derechos que busca lograr y tutelar.

El control administrativo que realiza el Ministerio de Salud sobre las instituciones del sector, tiene como parámetros normas jurídicas y técnicas, por tanto, dicho control es una garantía de regularidad jurídica, de la conformidad de la actividad administrativa y técnica de las Administraciones públicas prestatarias de servicios de salud con el ordenamiento jurídico aplicable.

7) Principio de adaptabilidad o mutabilidad de los servicios públicos de salud. La adaptabilidad o mutabilidad es una demanda a la institución desde la realidad y desde las necesidades de la persona. Los derechos humanos son las exigencias de la dignidad de la persona en cada época. Las acciones encaminadas a satisfacer el derecho cambian de época a época y hay que adaptarlas. La adaptabilidad supone una revisión periódica de las instituciones, los recursos, la gestión, es decir, los medios y los instrumentos para ajustarlos a los fines y a las necesidades de la persona en cada época. Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: *"La adaptación a todo*

44 Sentencia de la Sala Constitucional Voto Nº 2004-11976
45 Sentencia de la Sala Constitucional Voto Nº 2004-11976.

cambio en el régimen legal o a las necesidades impuestas por el contexto socioeconómico significa que los entes y órganos administrativos deben tener capacidad de previsión y, sobre todo, de programación o planificación para hacerle frente a las nuevas exigencias y retos impuestos, ya sea por el aumento en el volumen de la demanda del servicio público o bien por los cambios tecnológicos."[46]

Cualquier reforma que las Administraciones públicas impulsen debe hacerla mirando la situación desde la perspectiva del usuario, es decir, teniendo en cuenta las necesidades y los derechos del usuario o administrado, no las de la propia Administración por válidas que parezcan. Esta parece ser la posición de la Sala Constitucional: *"Los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes y, sobre todo, de aquellos que demandan una atención médica inmediata y urgente, sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación. Desde esta perspectiva, los servicios de las clínicas y hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social están en el deber de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas. Los jerarcas de las Clínicas y Hospitales no pueden invocar, para justificar una atención deficiente y precaria de los pacientes, el problema de las "listas de espera" para las intervenciones quirúrgicas y aplicación de ciertos exámenes especializados o de la carencia de recursos financieros, humanos y técnicos, puesto que, es un imperativo constitucional que los servicios de salud pública sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y célere. Los jerarcas de la Caja Costarricense de Seguro Social y los Directores de Hospitales y Clínicas que les pertenecen están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables -en los términos del artículo 199 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-, de adoptar e implementar todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para poner coto definitivo a la prestación tardía –la cual, en ocasiones, deviene en omisa por sus consecuencias- de los servicios de salud, situación que constituye, a todas luces, una inequívoca falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de esa entidad por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados o usuarios (artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública)."* [47]

Toda garantía instrumental –como los servicios públicos, la organización, y los recursos materiales y financieros- es de suyo variables, por la acción de muchos factores de índole ideológica, política, económica, cultural, geográfica, tecnológica e incluso porque cambia el concepto de interés público. En relación con este último punto (cambios en el interés público) creemos que en la década del 40 (pasado siglo) el interés público (interés individual coincidente de los administrados) era la existencia de una solución pública a las necesidades de salud, en la década de los 60

---

46 Sentencia de la Sala Constitucional Voto Nº 2004-11976.

47 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2004-12510

y 70 era la extensión y universalización del servicio y protección; el interés público hoy, es: servicios de salud universales, de calidad, oportunos y con rostro humano (la calidad incluye estos dos últimos puntos, pero merecen ser destacados). Los servicios de salud deben adaptarse a ese interés y a los demás factores que condicionan el servicio.

8) Principio de participación social. La Ley 7852 de 30 de noviembre de 1998, Ley de Desconcentración de Hospitales, Clínicas de la CCSS, creó nuevos cauces para la participación ciudadana: las Juntas de Salud (Art. 2 al 5). En efecto, la Junta de Salud es un cause para la participación ciudadana (al margen de los mecanismos propios de la democracia representativa) en el control de la gestión de los servicios de salud que brinda la CCSS, ya se trate de órganos desconcentrados, centralizados o gestores privados o públicos de los servicios titularidad de la CCSS.

Estas nuevas estructuras son un imperativo del principio de participación social o ciudadana. La participación de los usuarios en el control, colaboración y promoción de los servicios de salud, pretende corregir los peligros que las burocracias entrañan, e introducen en el seno de la organización el punto de vista de los contribuyentes y usuarios sobre la prestación del servicio. Es un control popular o social, institucionalizado, pero que toma como parámetros de control no solo aspectos de legalidad sino también de oportunidad, de ética pública y en general cualquier valoración que contribuya al mejoramiento del servicio en aras de la máxima satisfacción para los asegurados y usuarios.

Este tipo de participación tiene límites, para empezar, ellos no pueden desplazar la responsabilidad de los órganos democráticamente electos (gobierno) o bien de los jurídicamente responsables por el gobierno y la gestión de la Institución (Junta Directiva, gerencias, directores, etc.). Esta es una de las razones por la que las recomendaciones de las Juntas de Salud no son vinculantes, aunque si obligan al Director a ofrecer razones cuando se aparta de ellas. Lo importante en todo caso es que mediante la creación de las Juntas de Salud se le está permitiendo a la comunidad participar, en defensa de sus intereses, en el control de los servicios públicos que brinda la Caja; y se esta logrando, que los funcionarios respondan también ante ellos (responsabilidad social del funcionario, transparencia administrativa y rendición de cuentas).

Las Juntas de Salud creadas mediante Ley 7852, tienen su origen en una experiencia anterior impulsada por el MS, mediante la creación de los Comités de Salud creados mediante Decreto Ejecutivo Nº 5803-SPPS, del 27 de febrero de 1976 y las Juntas de Salud y Seguridad Social, creadas mediante Decretos Ejecutivos Nº 18596- del 07 de noviembre de 1988 y 19276-S, Reglamento General del Sistema Nacional de Salud de 1989 (Art. 78-81).

9) Principio de igualdad o generalidad de los servicios públicos en salud. El carácter de igualdad de los servicios públicos se orienta a evitar cualquier trato discriminatorio entre los usuarios. Esta igualdad debe operar tanto en el acceso al servicio (ya sea de agua potable o de salud) y una vez que tienen esa condición, igualdad de trato entre ellos, tanto en lo que se refiere al pago (tarifas o cotizaciones) como a la prestación.

Sobre la aplicación de éste principio a los servicios públicos, la Sala Constitucional ha destacado: *"La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes*

tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas."[48]

La igualdad de trato descalifica la discriminación subjetiva en el ejercicio de las potestades de policía sanitaria; también la diferenciación que se haga en la prestación de los servicios médicos a cargo de la CCSS. La igualdad exige que ante situaciones idénticas de las administraciones públicas surjan conductas y medidas idénticas. Debemos dejar claro que las discriminaciones que la Constitución no tolera son aquellas contrarias a la dignidad humana, aquellas fundadas en razones subjetivas, como la raza, el sexo, la religión, la nacionalidad, etcétera, cuando la medida tiene como propósito restringir derechos. Las únicas discriminaciones válidas son aquellas que se fundan en criterios objetivos de diferenciación, como por ejemplo, el tipo de patología.

Sin embargo, la Constitución si tolera las diferenciaciones o discriminaciones, incluso fundadas en razones subjetivas (como la raza, género, nacionalidad, condición social, etc.) si tienen como finalidad beneficiar y superar asimetrías que colocan a las personas en desventaja social respecto de otras, y donde la medida o acción afirmativa (como se les llama) tiende a colocarlas en igualdad de condiciones de dignidad. Con fundamento en este criterio, es posible establecer políticas de salud diferenciadas para los indígenas, para población pobre (por ejemplo, en nutrición, vacunación, etc.), orientadas a formar capacidades para el aprovechamiento de oportunidades (por ejemplo en el mercado laboral). Estas diferenciaciones positivas parecen de difícil aplicación en el ejercicio de potestades de policía sanitaria, orientadas como están, al control de la legalidad sanitaria; en estos casos, cualquier diferenciación debe justificarse a la luz de razones válidas estrictamente objetivas.

Las administraciones públicas competentes y el servicio público en sí mismo, justifican y legitiman su existencia y gestión en la satisfacción y realización plena del derecho fundamental a la salud. Por esa razón, la Sala Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia, un derecho constitucional de carácter instrumental al buen funcionamiento de los servicios públicos: *"Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente."*[49] Este derecho lo deriva la Sala Constitucional de los artículos 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", del 139 inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de "buena marcha del Gobierno" y del 191, todos de la Constitución, en la medida que incorpora el principio de "eficiencia de la administración". Nosotros lo derivamos, además, de los principios enunciados y del derecho a la salud, el derecho al buen

48 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2004-11976
49 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2004-11976

funcionamiento de los servicios públicos es un derecho por conexidad, por eso decimos que es un derecho de carácter instrumental, porque está al servicio del derecho a la salud, por tanto, deviene en garantía de éste, y su efectiva realización coadyuva a alcanzar el pleno goce de aquel, primario y supremo desde el punto de vista constitucional.

El hecho de que el óptimo funcionamiento de los servicios públicos no se haya alcanzado, revela deficiencias en el control que deben ser corregidas. El fortalecimiento del control debe partir de las necesidades del titular del derecho a la salud y debe tomar necesariamente en cuenta la lógica del nuestro sistema de salud. La efectiva satisfacción de estos principios traerá como resultado el pleno goce del derecho a la salud por toda la población.

E) Principios que informan el ejercicio de las potestades de imperio y les fijan límites a favor de los derechos y libertades de los administrados.

Los principios siguientes se constituyen en garantías a favor de los derechos y libertades fundamentales de los administrados frente al ejercicio de las potestades de imperio (son aquellas que pueden modificar de forma unilateral la situación jurídica de los administrados) del MS (como el decomiso, la clausura, el retiro, el aislamiento, tratamientos obligatorios, etcétera). Es importante recalcar que si bien las potestades tienden a proteger la salud y derecho a la salud, los principios que aquí se enuncian no protegen la salud, sino las otras libertades que se pueden ver perjudicadas mediante el ejercicio de las competencias estatales para tutelar la salud. La protección de la salud, no es irrestricta, la Administración debe seguir para alcanzar ese objetivo, cauces de legalidad. Para decirlo de otra manera; los otros derechos y libertades de la persona le ponen límite a la tutela de la salud. Como ya vimos, cuando analizamos el derecho a la salud, se reconoce una primacía del derecho a la salud y la vida sobre otros derechos y libertades fundamentales; pero eso no significa de ningún modo, que en la protección de la salud, el Estado goce de una especie de "cheque en blanco", poderes ilimitados, porque de ser así, el ordenamiento estaría autorizando que por esta vía se conculquen todos los derechos, idea absolutamente extraña en un Estado democrático y constitucional de Derecho.

1. Principio de reserva de ley. Este principio es una garantía para los derechos y libertades fundamentales y se funda en el principio democrático, dado que solo por ley formal aprobada por la Asamblea Legislativa es posible restringir los derechos y libertades fundamentales: *"...el principio de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales –todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables."*[50] Los límites constitucionales a las competencias del legislador ordinario ya se expusieron: el contenido esencial del derecho, el principio igualdad y no discriminación y los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

---

50 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 4869-04 y 3550-92.

La reserva de ley puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando no admite desarrollo reglamentario alguno. Es relativa cuando admite que el Poder Ejecutivo la reglamente (reglamentos ejecutivos). Un ejemplo de los primeros lo constituye el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Tránsito. Un ejemplo, de la segunda lo constituyen las potestades legalmente atribuidas al Ministerio en materia de policía sanitaria.

En relación con la potestad reglamentaria, la Sala Constitucional ha precisado sus límites: *"La potestad reglamentaria es la atribución constitucional otorgada a la Administración, que constituye el poder de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico, mediante la creación de normas escritas (artículo 140 incisos 3 y 18 de la Constitución Política). La particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta. El ordenamiento jurídico administrativo tiene un orden jerárquico, al que deben sujetarse todos los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o lo que es lo mismo, que a ninguno de ellos le está permitido alterar arbitrariamente esa escala jerárquica, que en nuestro caso, ha sido recogida por el artículo 6 de le Ley General de la Administración Pública"* [51]

La Ley General de Salud vigente, tipifica intervenciones administrativas importantes en la esfera jurídica de los administrados (potestades de imperio) que en ocasiones operan como medidas preventivas (cautelares) y en otros como medidas represivas (sanciones), pero es omisa en la regulación de los supuestos de hecho o conductas infractoras en virtud de las cuales se aplican aquellas medidas. Se ha dejado su desarrollo a la potestad reglamentaria. En todo caso, sanciones administrativas como la multa no están legalmente tipificadas, por tanto, el Ministerio de Salud no puede imponerlas, salvo que se reforme la Ley General de Salud, toda vez que en esta materia opera reserva de ley.

2) Los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Existen otros principios, como lo son el de proporcionalidad y razonabilidad que vienen a calificar la relación entre medios y fines (proporcionalidad); y entre ésos dos elementos, con valores superiores del ordenamiento jurídico y la realidad misma, en aras de satisfacer el derecho a la salud.

En relación con el principio de proporcionalidad la Sala Constitucional recoge los elementos del principio asignados por la doctrina constitucional alemana: "…*legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que "...la legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar,*

51 Sentencia de la Sala Constitucional sentencia Nº 6689-96 y Procuraduría General de la República, Dictamen Nº C-162-2001, de 31 de mayo de 2001.

al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo..." [52]

En relación con el principio de razonabilidad la sala recoge la doctrina norteamericana (incluye el juicio de proporcionalidad): *"Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar en primer término, la llamada "razonabilidad técnica" dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de "razonabilidad técnica" hay que analizar la "razonabilidad jurídica". Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable."* [53]

A la luz de estos principios deben revisarse las actuaciones administrativas del MS. De la jurisprudencia constitucional estudiada para este trabajo, se infiere que el MS aplica las medidas que establece la LGS (clausura, decomiso, cancelación de la licencia, cancelación del registro, etc.), de forma desproporcional e indiscriminada, y son aprobadas sin mayor examen por la Sala Constitucional, cuando los afectados acuden a ella en defensa de sus derechos por la vía de amparo. No puede aplicarse la misma medida a un restaurante, por no cumplir las normas de refrigeración, el personal no contar con los cursos de manipulación de alimentos, usar utensilios de madera o porque la pared del establecimiento no es lisa.

Resulta desproporcionado e irrazonable que se aplique como medida especial, sin procedimiento constitutivo previo, la clausura definitiva, la cancelación de la licencia o permiso sanitario o la cancelación del registro. Las medidas especiales que tipifica la LGS (art,

---

52 Sentencia de la Sala Constitucional No. 10537-01 y en igual sentido 8015-99; 5236-99 y 3933-98.

53 Sentencias de la Sala Constitucional Nº 1738-92.

355-366 LGS) tienen como finalidad primordial la protección directa e inmediata de la salud, tales medidas se aplican y ordenan por el inspector sanitario sin procedimiento administrativo previo, es más, como lo ha reconocido la Sala Constitucional, la orden sanitaria inicia el procedimiento administrativo, en este caso de naturaleza impugnatorio (recursivo); pero no puede ser así en todos los casos. Creemos que debe distinguirse entre aquellas medidas que protegen directamente la salud, que reducen o eliminan el riesgo sanitario y aquellas otras, que no reducen ni eliminan un riesgo sanitario de forma directa. Estas últimas se comportan como sanciones administrativas por incumplimientos de órdenes sanitarias previamente dictadas. Veamos la diferencia: la clausura temporal es una medida especial (cuando resulta proporcionada al incumplimiento del administrado), que debe ir acompañada de las respectivas indicaciones para que el empresario (por ejemplo alimentario) se ajuste a Derecho, requisitos que deberá cumplir de previo a que se le autorice nuevamente la apertura del establecimiento. La clausura definitiva, creemos que debe aplicarse únicamente como sanción, por tanto, solo después de que el empresario ha incumplido con los requerimientos ordenados en la clausura temporal y solo después de un procedimiento constitutivo que le otorgue el derecho de defensa. Lo mismo se puede decir de la cancelación de licencia o permiso sanitario o la cancelación de registro, ninguna de ellas protege la salud de las personas directamente, son acciones que solo tienen eficacia administrativa, por tanto, deben aplicarse en todos los casos como sanción, previa observancia de un procedimiento administrativo constitutivo y no simplemente impugnatorio.

Es solo en el primer supuesto (aplicación de medidas especiales) y no en el segundo (aplicación de sanciones), que prevalece la salud sobre el debido proceso, como lo ha sostenido la Sala Constitucional en su jurisprudencia: *"…es claro que las autoridades de salud deben tener la posibilidad de aplicar medidas cautelares inmediatas y proporcionadas al caso, ante el mero indicio de la existencia de condiciones de riesgo para la salud o la seguridad física, ya que -en tal supuesto- la premura de actuar en resguardo de la salud pública no debe admitir dilaciones fundadas en simples formalismos o trámites procesales. No cabe duda acerca de la prevalencia o prioridad de los valores involucrados aquí, en donde el derecho del afectado a que se le siga un procedimiento legal, completo y correcto, debe ceder -momentáneamente al menos- al apremio de resguardar la vida y la salud de los ciudadanos. Decimos 'momentáneamente' ya que, al momento de impugnar la apertura del procedimiento o incluso en cualquier otro momento procesalmente oportuno, los afectados con la medida cautelar podrían solicitar a las autoridades competentes su reconsideración, aportando los elementos de juicio, técnicos y jurídicos, que darían pie a que se revise la medida. Del mismo modo, podría, a posteriori, plantearse la cuestión del abuso o exceso con que puedan haber actuado los funcionarios de salud en la aplicación de la medida cautelar, y analizarse lo relativo a su eventual responsabilidad. Sin embargo, de lo que no puede quedar duda alguna, en uno u otro caso, es la potestad -mejor aun, deber- de las autoridades sanitarias competentes, actuar precautoriamente, sin dilación ni posibilidad de resistencia de los afectados, para decretar y ejecutar una medida cautelar en el sentido expuesto. Esto es cierto, precisamente porque dicha medida constituye, por su propia naturaleza, un acto de imperio que -como todo acto administrativo- está revestido de la*

presunción de legalidad que lo torna ejecutorio y que prohíbe a los administrados oponerse a él."[54]

3) Principio de legalidad. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha definido el principio de legalidad como sigue: *"... dicho principio constituye uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho. Supone que la Administración está sometida, plenamente, tanto a la ley, en sentido lato, como al Derecho. Implica que la acción administrativa debe, necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito o no escrito; o sea a lo que solemos llamar el bloque de legalidad…La sujeción de la actuación administrativa al Ordenamiento Jurídico significa que la norma se erige en el fundamento previo y necesario de su actividad. Esto implica que en todo momento requiere de una habilitación normativa que a un propio tiempo justifique y autorice la conducta desplegada para que esta pueda considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida. Por consiguiente, cualquier actuación de la Administración discordante con el bloque de legalidad, constituye una infracción del Ordenamiento Jurídico."*[55]

Para los funcionarios públicos, los fines, procedimientos, competencias, etcétera, son heterónomos. Los funcionarios públicos no pueden querer más que lo que el ordenamiento quiere que quieran, son *"simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella"* (Art. 11 CP).

En virtud de este principio, el Ministerio de Salud, la CCSS, y cualquier ente público del sector, solo debe actuar con fundamento en una norma que lo habilite. Es esta la razón por la cual el MS no puede aplicar la multa como sanción a los administrados que incumplen la normativa sanitaria, por la sencilla razón que no está establecida en la LGS y por tanto, el MS no se encuentra habilitado legalmente para imponerla.

Estos principios le ponen límite a las actuaciones de las administraciones públicas sanitarias, especialmente a las potestades de control y de policía sanitaria del MS. Es verdad, como ya se dijo, que el derecho a la salud prevalece sobre la libertades económicas, tanto que éstas deben ejercerse con absoluto respeto de la salud humana, pero esta supremacía no es irrestricta, no le otorga al MS un cheque en blanco, debe observar una serie de principios que fungen como garantías de esos derechos, entre esos principios están los de reserva de ley, proporcionalidad, razonabilidad y legalidad.

F) Principios derivados de la jurisprudencia constitucional en relación con las prestaciones concretas de los servicios de salud.

Estos principios no se refieren a la organización pública, ni siquiera a su funcionamiento en sí, hacen referencia directa al tipo de prestación que la CCSS debe dar o brindar a las personas usuarias de sus servicios. Una vez garantizada la universalidad, la continuidad, la eficiencia y eficacia del servicio, el juicio de calidad se centra en la prestación misma.

---

54 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 1624-00

55 Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 40, del as 15 horas del 22 de marzo de 1995.

1) Principio de prestación integral. Este principio informa y califica la prestación y su completes e idoneidad para impactar la necesidad y satisfacer el bien jurídico inherente al derecho. La sociedad –mediante la instituciones públicas competentes- no le brinda ninguna seguridad (protección) a la persona, si se dejan necesidades importantes sin cubrir (por ejemplo, servicios hospitalarios, intervenciones quirúrgicas de alto costo, fármacos que no están en la lista de medicamentos de la Caja, etc.). Además, se lesiona la dignidad humana y se viola el derecho a la salud, si en circunstancias como las descritas la persona tiene que sufrir el resto de su vida o morir debido a la falta de protección de parte de la Caja. Una prestación íntegral es aquella que se ajusta como "anillo al dedo" a las necesidades concretas del paciente o sujeto de atención, es aquella que resuelve de forma definitiva o temporal (según el caso) la situación en la que se encuentra el usuario. Es por esa razón, que los señores magistrados de la Sala Constitucional, han razonado desde las necesidades del usuario y han exigido una prestación íntegra, completa, idónea, prescrita por el médico tratante: *"Los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes y, sobre todo, de aquellos que demandan una atención médica y clínica inmediata y urgente…"*[56] Algunos ejemplos donde pone en práctica estos criterios son:

a) Ordena la entrega de un fármaco señalado por el médico tratante como el idóneo para el padecimiento del sujeto de atención (SSC 8161-05 Imatinib Cien; 11302-04 Lucrin Depot, etcétera)

b) Ordena a la Caja a realizarle el tratamiento prescrito por el médico tratante como el necesario para la necesidad del paciente (cirugía de ojo 8160-05, tratamiento con acelerador lineal 5318-05, tratamiento con Yodo Radioactivo 3708-05; radioterapia con acelerador lineal 03477-05, etcétera).

c) Ordena la entrega de productos necesarios para mejorar la calidad de vida del sujeto de atención (Jeringas para aplicarse insulina 8662-05, pañales para adulto 12537-03, catéteres 8380-03, Ensure 531-03, bolsas y parches de marca 12064-02, etcétera).

Es importante relacionar este principio con el principio de progresividad, al que hacen mención los instrumentos normativos del Derecho Internacional. El principio de progresividad opera una vez superado el de prestación integral. En efecto, la progresividad se predica después de la universalidad y de la prestación integral. La progresividad no informa ni la cobertura (porque la universalidad no es una tendencia), ni la protección integral. Es un principio que informa la prestación, pero más allá de esa protección integral. Frente a la garantía de progresividad el Estado tiene la excepción de imposibilidad de cumplimiento, porque la progresividad esta relacionada con el crecimiento económico (mientras que la prestación integral, tiene relación con la necesidad, la dignidad humana y el bien jurídico que se tutela, independientemente de los medios económicos. La prestación integral responde a la primacía del fin sobre los medios, mientras la progresividad debe estar condicionada enteramente a la disponibilidad de medios).

---

56 Sentencia de la Sala constitucional Nº 8325-02.

2) Primacía de los derechos a la vida y la salud sobre lo financiero. La Sala Constitucional revela en su jurisprudencia que tiene muy claro: **a)** la jerarquía de los derechos a la vida y la salud, a los que llama "supremos"; **b)** derivado de esa supremacía de los derechos a la vida y la salud, razona desde la necesidad del usuario no desde las necesidades del ente obligado a ofrecer el servicio; **c)** de la jurisprudencia constitucional se infiere que los entes públicos, su organización y sus recursos son instrumentales y están al servicio de la realización efectiva de los derechos fundamentales; **d)** La Sala expresa con absoluta claridad, que de atender las justificaciones de la Caja o del A y A para no brindar el servicio, estaría dejando sin efecto derechos, colocando con ello los medios por encima de los fines, los recursos, la burocracia y su deficiente servicio por encima del de los derechos constitucionales y los entes públicos sobre las personas. Al respecto la Sala ha expresado:

"Desde este punto de vista, si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles."[57]

La política institucional debe ajustarse a las necesidades de salud del usuario. "La Caja Costarricense de Seguro Social a lo largo de los años ha ido creando una Lista Oficial de Medicamentos, que es el resultado de las necesidades de la ciudadanía, de allí que, como éstas necesidades varían, la lista se va modificando según se requiera. No obstante, es menester entender la importancia de esa lista por cuanto la administración de los servicios, implica necesariamente la administración de los bienes, dadas las razones presupuestarias que existen detrás de todo gasto que la CCSS realice. Por eso, en principio todos los padecimientos o enfermedades que dicha institución atiende, encontrarían su correlativo medicamento en dicha lista. De no ser así, existe el procedimiento de excepción, consistente en obtener, para una persona específica con determinadas características, un medicamento particular, no incluido en la lista, sólo si se logra comprobar con criterio técnico-médicos la imperiosa necesidad del mismo para garantizar un alivio verdadero, una mejor calidad de vida o incluso la posibilidad de vivir"[58]

3) Principio de primacía del criterio técnico del médico tratante. La jurisprudencia constitucional ha hecho prevalecer el criterio técnico del médico tratante sobre cualquier consideración financiera de la institución o consideraciones técnicas de otros órganos, como por ejemplo de las Comisiones Médicas para valorar tratamientos prescritos a los pacientes: *"En reiteradas sentencias de amparo esta Sala ha señalado a la Caja Costarricense de Seguro Social que ha de prevalecer el criterio del médico tratante en cuanto a la administración de medicamentos que no forman parte de la Lista Oficial de la Caja."*[59] En igual sentido *"…en resguardo del derecho a la salud y a la vida de sus pacientes, tiene el deber de suministrar los medicamentos*

57 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2005-8160
58 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2003-12537.
59 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 9760-04.

que los médicos tratantes consideren se adecuan a las condiciones particulares de cada persona…"[60]

Frente al criterio del médico tratante, la Sala no acepta ninguna consideración financiera, administrativa, política o incluso técnica. La Sala ha dicho que la única justificación válida tiene que venir del propio médico tratante: *"… para eximirse de su obligación de suministrar tales medicamentos estarían en que los mismos no fueran necesarios para el paciente (por resultarle de la misma utilidad los contenidos en el Cuadro Básico) de conformidad con el criterio de los propios médicos tratantes, o bien que el usuario presente rechazo ante dichos medicamentos, por existir alguna contraindicación respecto de los mismos. De lo contrario, la Caja se encuentra ineludiblemente obligada a suministrarlos."*[61]

4) Principio del tratamiento más favorable a las necesidades de la persona. En caso de duda entre dos criterios se estará a la prestación que más favorezca a la persona, que más satisfaga el derecho a la salud *"... vista la contradicción entre las autoridades de la Gerencia Médica, respecto del tratamiento que debe seguir la amparada; y como en caso de duda ha de estarse en favor del derecho a la salud que se reclama..."*[62]

En similar sentido, en caso de que existan dos criterios técnico médicos y difieran en la prescripción, se estará al tratamiento que más favorezca a la persona: *"En el informe del médico tratante, consta que el amparado necesita para mejorar su salud de un "... tratamiento concomitante quimioterapia (Radioterapia. Tratamiento de radioterapia con acelerador de alta energía 10 MEV para tratar adecuadamente el retroperitoneo paraórtico", y no únicamente el de cobaltoterapia recomendado por la Comisión de Oncología... Así las cosas, este tribunal no puede admitirse como válido un tratamiento menos favorable para la salud del amparado…en el subjudice, se modifica el tratamiento en su perjuicio, pues el aprobado no resulta tan beneficioso como el que le fue prescrito. Por todo lo expuesto se declara con lugar el recurso..."*[63]

De lo anterior se desprende que algunos principios jurídicos son sustanciales, otros por el contrario instrumentales y por tanto al servicio de los sustanciales, pero todos, cumplen la impostergable misión de garantizar el derecho fundamental de todos los habitantes (no solo costarricenses) a la salud.

Del solo análisis de los principios se deducen debilidades y fortalezas del sistema de protección costarricense. Sin embargo, a pesar de que nuestro sistema no es perfecto ni alcanza a todas las personas (ámbito subjetivo de cobertura), ni le otorga a todas las personas todas la prestaciones (ámbito objetivo de cobertura), en Costa Rica el derecho a la salud es plenamente exigible por cualquier persona. En nuestro país el derecho a la salud ha alcanzado un grado de desarrollo y realización del que excepcionalmente gozan países con igual y en algunos casos con mayor desarrollo. Los mecanismos de protección internos son superiores a los que exigen los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.

---

60 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2004-4820.
61 Sentencia de la Sala constitucional Nº 2004-4820.
62 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2001-5781
63 Sentencia de la Sala Constitucional Nº 2001-3962

Lo anterior no puede llevarnos al conformismo, los derechos son históricos, responden a las exigencias de la dignidad humana en cada momento histórico, los logros de ayer no son suficientes hoy ni lo serán mañana, las instituciones que sirvieron para lograr el desarrollo sanitario actual, pueden convertirse en obstáculos al goce pleno del derecho; las instituciones deben revisarse, deben ser alineadas a la realización plena del derecho por todos sus titulares y a las demandas históricas para lograrlo.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA Manuel; Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud; CIVITAS, 2º edición, Madrid, 1999.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ José María; La Naturaleza de la Actividad Administrativa Sanitaria y su Régimen Jurídico, Apertura de Hospitales y Clínicas; en Lecciones de Derecho Sanitario; Servicio de Publicaciones de la Universidad Da Coruña; A Coruña, 1999, 149-182.

ANDRÉS DOMINGUEZ Ana Cristina; Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)

AÑON ROIG María José; Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas, en la obra colectiva Derechos Humanos, TECNOS, Madrid, 1992, p. 100-115. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2002.

ASENJO, Miguel Ángel; Cuestiones bioéticas en la economía de la salud y la gestión hospitalaria; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000.

BIDART CAMPOS Germán; Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional; en Salud Derecho y Equidad; AD-HOC, Buenos Aires; 2001.

BEATO ESPEJO Manuel; Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad; Revista de Administración Pública, Nº 141, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre, 1996, páginas 25-60.

CAYUSO Susana Graciela; El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación; en Salud Derecho y Equidad; AD-HOC, Buenos Aires; 2001.

CIERCO SEIRA César; Salud Pública, en Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo II, páginas 2323-2329.

COBREROS MENDAZONA E.; Sanidad; en Enciclopedia Jurídica Básica; Volumen IV; CIVITAS, Madrid, 6065-6067.

CORBELLA DUCH Joseph; Manual de Derecho Sanitario, ATELIER, Barcelona, 2006. CORCOY BIDASOLO Mirentzu; Libertad de terapia versus consentimiento; en Bioética Derecho y Sociedad; TROTTA, Madrid, 1998.

DE LA CUEVA ALEU Ignacio; El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud. Jurisprudencia Constitucional; en Salud Pública y Derecho Administrativo; Centro de Documentación Judicial; Madrid, 2004.

GARCIA AZNAR Andreu, Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia, 2000.

GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, CIVITAS, Madrid, 1985.

GARCÍA GONZÁLEZ Rossana y otros; Modelo conceptual y estratégico de la rectoría de la producción social de la salud. Marco estratégico institucional, Ministerio de Salud, San José, 2007.

GARCIA GONZÁLEZ-POSADA Juan; La Organización del Sistema Sanitario Español; en Lecciones de Derecho Sanitario; Servicio de Publicaciones de la Universidad Da Coruña; A Coruña, 1999, páginas 41-58.

GIMENO FELIU José María; Sanidad y Administración Sanitaria; en Derecho Administrativo, Parte Especial, CIVITAS, Madrid, 1994, páginas 155-164.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén; El Derecho de la Constitución; Volumen II, Editorial Juricentro, San José, 1994, p. 370-371.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén; El Régimen de los Derechos Fundamentales en Costa Rica; Editorial Juricentro; San José, 2002, páginas 134-139.

HOTSCHEWER Raúl Walter; La legislación sanitaria argentina. Preceptos jurídicos fundamentales con relación a la salud. En Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales; Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002.

HUMET Carlos; El ejercicio actual de la medicina. Un punto de vista desde la bioética y la calidad asistencial. La responsabilidad de las instituciones; en Estudios de Bioética y Derecho; Tirant lo blanch; Valencia; 2000.

KRAUT Alfredo Jorge; Los Derechos de los Pacientes; ABELEDO PERROT, Buenos Aires; 1997; páginas 25-34, 193-232.

LEMBO Norberto A., CALIFANO Jorge E.; Economía y Salud, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2005.

LÓPEZ y LÓPEZ A.M.; Derecho Subjetivo; en Enciclopedia Jurídica Básica; Volumen II; CIVITAS, Madrid, 2369-2374.

MARTÍN MATEO Ramón; Medicina preventiva, economía y derecho, un sistema inescindible; en Revista de Administración Pública, Nº 145, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril, 1998, páginas 29-48.

NAVARRO FALLAS Román; Los principios jurídicos: estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense, Revista Jurídica IVSTITIA, Nº 138, 1998.

PAREJO ALFONSO Luciano; La Calidad al Servicio de la Eficacia en el Sistema Nacional de Salud; en La reforma del sistema nacional de salud; MARCIAL PONS, Madrid, 2004, páginas 215-252.

PAREJO ALFONSO Luciano; Constitución, sistema nacional de salud y formas de organización; en La organización de los servicios públicos sanitarios; Marcial Pons; Madrid, 2001.

PEDREIRA ANDRADE Antonio; Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Sanitario; en Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas; Tomo I, Secretaría General Técnicas; Madrid, 1992, páginas 225-258.

PEMÁN GAVIN Juan María; Sanidad; en Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo II, páginas 2339-2350.

PEMAN GAVIN Juan; Derecho a la salud y administración sanitaria; Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

PEDRIOLA GIL Antonio; Medicina preventiva y salud pública; MASSON, décima edición, Barcelona, 2001.

PIZA ESCALANTE Rodolfo; Derecho y derechos humanos, conferencia impartida el 06 de septiembre de 1984, en el II Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

QUIROGA LAVIÉ Humberto; Derecho Constitucional, DEPALMA, Buenos Aires, 1987.

ROMEO CASABONA Carlos María; Los Trasplantes de Órganos, BOSCH, Barcelona, 1979.

RUIZ VADILLO Enrique; El Derecho Sanitario y su Marco Constitucional; en Lecciones de Derecho Sanitario; Servicio de Publicaciones de la Universidad Da Coruña, A Coruña, 1999.

VIDA FERNÁNDEZ José; Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios; en La Reforma del Sistema Nacional de Salud; MARCIAL PONS, Madrid, 2004, páginas 37-110.

Sentencias de la Sala Constitucional

Nº 3260-92, 3435-92, 5130-94, 2313-95, 4631-96, 6061-96, 1319-97, 1378-98, 6830-98, 8678-98, 8944-98, 857-99, 35-00, 1624-00, 1954-00, 2306-00, 2549-00, 2947-00, 3227-00, 3947-00, 5319-00, 5996-00, 7673-00, 7954-00, 7998-00, 927-01, 3962-01, 4655-01, 5781-01, 6201-01, 10265-01, 10456-01, 10508-01, 10662-01, 10933-01, 11675-01, 12529-01, 12567-01, 928-02, 1957-02, 1158-02, 2811-02, 2281-02, 3370-02, 4540-02, 5992-02, 6157-02, 7390-02, 7509-02, 8325-02, 8545-02, 10450-02, 10851-02, 10949-02, 12064-02, 531-03, 1204-03, 1696-03, 3004-03, 4654-03, 7274-03, 8380-03, 8989-03, 12537-03, 13129-03, 337-04, 591-04, 1951-04, 3158-04, 4596-04, 4759-04, 4820-04, 5594-04, 6664-04, 7532-04, 9760-04, 11155-04, 11302-04, 11756-05, 11976-04, 12263-04, 12510-04, 12675-04, 814-05, 1003-05, 3477-05, 3708-05, 4304-05, 5318-05, 7069-05, 7379-05, 8160-05, 8161-05, 8426-05, 8662-05, 8850-05, 9264-05, 9860-05, 10336-05, 11693-05, 11756-05, 11996-05, 12260-05, 12392-05, 12861-05, 13408-05, 14201-05, 15438-05, 15512-05, 15865-05, 16646-05, 16686-05, 16788-05, 158-06, 1468-05, 1475-06, 2268-05, 3384-05, 7148-05.

Procuraduría General de la República, Dictamen Nº C-162-2001.

Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 40-95. Corte Constitucional colombiana Nº 491-1992. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85.

EL CONTRATO BANCARIO DE CAJAS DE SEGURIDAD

Lic. Luis Albán Arias Sosas

SUMARIO

Dedicatoria

Agradecimiento

Epígrafe

Introducción

Capítulo Primero: Contexto Contractual de los Bancos

Sección I Contratación Bancaria

A- Actividad de la Banca
B- Concepto1

Sección II Clasificación de los Contratos y Corolarios Jurídicos

A- Clases
B- Corolarios

Capítulo Segundo: Contrato de Cajas de Seguridad

Sección I Delimitación de la Figura

A- Semblanza
B- Noción

Sección II Elementos Integrantes y Naturaleza Jurídica

A- Elementos
B- Naturaleza

Capítulo Tercero: Operatividad del Contrato

Sección I Marco Jurídico

A- Disposiciones Aplicables
B- Efectos Contractuales

Sección II Sistema de Responsabilidad y Modalidades de Finalización

A- Responsabilidad
B- Finalización

Conclusión

Anexo

Bibliografía

EL CONTRATO BANCARIO DE CAJAS DE SEGURIDAD

Lic. Luis Albán Arias Sosas

DEDICATORIA

A quien no le pone trabas a la vida y es capaz de alegrarse con el más pequeño regalo que ella ofrezca.

AGRADECIMIENTO
A cada colaborador que, con su tiempo y diligencia, apoyó la realización de esta tarea.

EPÍGRAFE
"... han pasado ya los tiempos en los cuales se guardaban los distintos objetos de valor en cajones o cofres en las propias viviendas, ..."♦

INTRODUCCIÓN

Constituyen la motivación de esta iniciativa el alcance y trascendencia que prosigue adquiriendo el convenio de cajas de seguridad. Las formas contractuales, no siendo aquellas de naturaleza bancaria ninguna excepción, deben responder a las necesidades sociales y procurar cumplir con exigencias muy variadas. Con tal tesitura para nada resulta ocioso realizar un estudio sobre el supraindicado acuerdo. Máxime al tomar en cuenta que, en el medio local, se echan de menos trabajos sobre esta materia. Esta falta de divulgación genera un amplio grado de desconocimiento respecto al pacto de cofres. Por allí el interés de coadyuvar en su promoción y racionalidad. Hacia eso, fijar el perfil correspondiente al singular contrato, se encamina este aporte en específico.

En consecuencia, los objetivos rectores de la presente disertación son los que se detallan acto seguido.

- Explicar el desenvolvimiento de la contratación en banca.
- Señalar las categorías y corolarios en esta modalidad de convenios.
- Delinear genética-conceptualmente al acuerdo de compartimientos.
- Exponer la composición elemental del pacto mencionado.

♦ Barbieri, 1998, p.357.

- Considerar diversas naturalezas asignables al contrato.

- Destacar sus respectivas disposiciones y tradicionales derivaciones.

- Examinar la responsabilidad del banco en torno a este convenio.

- Establecer los modos extintivos del mismo.

Quedan trazadas, entonces, las pautas básicas del estudio (su marco de acción).

Así las cosas, persiguiendo alcanzar dichos propósitos, deductivo es el rumbo a emprender. De lo general a lo particular es el carácter del recorrido. En él, siempre con la intención de emitir juicios fundados sobre el tema, se parte del pacto bancario común hasta llegar a la ubicación del acuerdo de cajas dentro de ese contexto. Para luego ir desde su formulación más bien "abstracta" hasta culminar con la práctica operativa que le es propia.

El trayecto, conforme al planteamiento advertido, evidentemente pasa por la actividad banquera, su modelo de contratar, el abordaje sistémico del convenio de cofres y la inserción de su clausura.

EL CONTRATO BANCARIO DE CAJAS DE SEGURIDAD[*]

Capítulo Primero: Contexto Contractual de los Bancos

El funcionamiento bancario, substancialmente ligado a los conceptos de crédito, operación y contrato es el tópico inicial a explorar. Seguido del oportuno atisbo a las partes, documentación, tipología y derivaciones.

Sección I Contratación Bancaria

Lo medular es establecer el desplazamiento de reservas, interactuando así apremios y asistencia, para después respaldar convencionalmente.

A- Actividad de la Banca[1]

En toda sociedad convergen sectores dotados de recursos con otros necesitados de los mismos.[2] Requiriéndose organizar la transferencia. Se toma dinero para entregarlo, captándose fondos de unos para ser concedidos a quienes los precisen.[3] Aquí aparecen los bancos[4] recogiendo dineros del público para colocarlos mediante operaciones, con las denominadas "pasivas"

---

* Estudio redactado en el año 2006.

1 "Término que en forma genérica hace referencia al sector bancario de un país o territorio. También conjunto de bancos o banqueros. En sentido estricto hace referencia a entidades de crédito que tienen el estatuto especifico de banco." Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.150.

2 Según Ramos la actividad bancaria principal "... consiste en la recepción de depósitos del público y su aplicación en la concesión de créditos a terceros." Ramos, 2001, p.797. Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.206 y Sánchez, 1995, p.327.

3 Mediante depósitos, préstamos, cesión temporal de activos financieros y otros medios análogos. Ver en igual sentido, Díaz, 1993, p.4 y Tapia, 2002, p.127.

4 "Banco: Establecimiento público o privado autorizado para ejercer las actividades bancarias con sus recursos propios o ajenos." Diccionario de Términos Bancarios, 1994, p.24.

efectúan la recepción y con las designadas "activas" realizan la distribución.[5] Tratase de un acercamiento entre la oferta de crédito y la apetencia de éste. Por lo reseñado, la actividad bancaria es un instrumento esencial para el desarrollo económico de cualquier país. Ya que administra y ordena los ahorros de la comunidad, creando riqueza y satisfaciendo exigencias generales.[6]

El traslado recién aludido ve su concreción a través del crédito.[7] Se otorgan una serie de bienes, generalmente numerario, a otro sujeto, con una restitución, en el plazo señalado.[8] Tenemos, como rasgo distintivo, un diferir en el tiempo, el aplazamiento en el cumplimiento de la obligación reintegradora.[9] Sintetizando, se lleva a cabo una prestación presente contra la promesa de una a futuro. Además, por lo común, con la devolución, vendrán cantidades adicionales en virtud del servicio financiero prestado.[10] El cual no se circunscribe únicamente a la asistencia crediticia, comprendiendo también asesorías y estudios tendientes a solventar las condiciones puntuales del cliente bancario.[11]

La herramienta utilizada para poner a circular el crédito, como se ha dicho con anterioridad, es la operación bancaria.[12] Con ella los desembolsos de bienes, a usar por determinado lapso y luego regresarlos, emergen a la cotidianidad.[13] Ello lo hacen como un conjunto de actos efectuados por el banco para lograr sus finalidades económicas. Es decir, percibir las diferentes necesidades del público y proveer los diversos servicios que las satisfagan.[14] La banca, indica alguna doctrina, crea toda una técnica financiera capaz de desarrollar variados productos a sus clientes.[15]

Finalmente, en lo que a este apartado inicial se refiere y pese a cierta opinión minoritaria,[16] debe distinguirse la operación bancaria antes vista del contrato bancario próximo a examinar.[17] La primera, se acaba de observar, es una abstracción formulada por el banco

---

5 Véase infra Capítulo Primero, Sección II, Aparte A.
6 En esto seguimos al más alto tribunal. Sala Constitucional, # 6675-01.
7 "La palabra crédito deriva del latín "credere", que significa confianza, ..." Aguilar y Vargas, 2000, p.30.
8 Ver en igual sentido, Barrantes, 2002, p.61; Boneo y Barreira, 1994, pp.60-61 y Bonfanti, 1993, p.40.
9 Ver en igual sentido, Bonfanti, 1993, p.31; Sánchez, 1995, p.327 y Tapia, 2002, pp.128 y 130.
10 Con arreglo a Navarro los intereses son el beneficio que se recibe por cuenta de los deudores, consisten en una ventaja retributiva. Navarro, 2003, p.22.
11 En esto secundamos doctrina argentina. Boneo y Barreira, 1994, p.62.
12 Lo que encuentra plena recepción en el ordenamiento patrio: "Podrán los bancos privados ejecutar las operaciones autorizadas por la ley para los bancos comerciales del Estado, ..." Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.150 –lo subrayado no es del original-. Entre otras operaciones autorizadas: "... comisiones de confianza y cualesquiera otros similares, -que- serán contabilizados para efectos de registro y control como cuentas de orden, debidamente individualizadas en los libros y balances de los bancos." Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.57 –lo entre guiones no es del original-.
13 En esto apoyamos a Jueces Civiles. Tribunal Segundo Civil , Sección Segunda, # 187-02.
14 Ver en igual sentido, Aguilar y Vargas, 2000, p.25; Barbier, 2000, p.216 y Barrantes, 2002, p.59.
15 Murillo, 1999, p.121.
16 Cf. Martorell, 1996, p.24 y Molle, 1994, p.113. Ambos autores consideran las expresiones como equivalentes.
17 "Zavala Rodríguez señala que muchas "operaciones bancarias" son objeto de "contratos bancarios" y que los "contratos bancarios" sirven con frecuencia, para desarrollar "operaciones bancarias."" Zavala citado por Boneo y Barreira, 1994, p.41.

hasta que se concreta contractualmente con la participación del cliente. En otras palabras, las operaciones se reducen forzosamente a contratos. Las primeras son el antecedente y contenido económico que es dotado de seguridad y subyace debajo de los segundos.[18]

Resumiendo, la separación obedece al aspecto técnico concerniente a la operación y al elemento jurídico relativo al contrato.[19]

Acto seguido, entonces, apréciese al postulado a posteriori.

B- Concepto

El contrato bancario, queda claro y es la forma más sencilla de explicarlo, consiste en el esquema jurídico de la operación bancaria, su modalidad ejecutiva.[20] Pero ahondando un poco más, sería un acuerdo de voluntades destinado a constituir, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas derivadas de la citada operación.[21] De manera más restrictiva, y desde un ángulo subjetivo, contemplaría necesariamente todo aquel en que interviene un banco en calidad de parte.[22] Esta última postura, sin embargo, ni siquiera resiste una crítica elemental. Es falso que todos los contratos en los cuales participa un banco merecen el calificativo de "bancarios". A saber, no lo serían, cuando la entidad[23] alquila un local para sus oficinas, compra enseres, adquiere equipo tecnológico, contrata empleados, etc.[24]

Así las cosas, pueden celebrar contratación bancaria diferentes sujetos. Implicando tanto a bancos, como a particulares.[25]

Acerca del régimen jurídico de esta modalidad contractual, de manera sucinta, el Tribunal Constitucional Costarricense es constante en afirmar la rectoría, en su clausulado, relaciones con los clientes e incumplimiento de condiciones, del Derecho Privado (particularmente, el Mercantil). Aunque, de modo excepcional, en cuanto a la organización, prevención económica y potestades exorbitantes del banco, se acuda al Derecho Público. Debiendo respetarse siempre, dentro del funcionamiento bancario, los principios jurídicos de igualdad y razonabilidad.[26]

---

18 En esto seguimos a connotados escritores suramericanos. Boneo y Barreira, 1994, pp.41-42, 46 y 52 y Rodríguez, 2002, p.170.

19 Ver en igual sentido, Murillo, 1999, p.122; Tapia, 2002, p.127 y Vargas, 1999, p.11.

20 "El contrato bancario está referido al instrumento jurídico que utilizan los bancos para plasmar en él la operación que se pretende negociar con los futuros clientes." Murillo, 1999, p.119. Ver en igual sentido, Barrantes, 2002, p.59 y Morales, 2002, p.49.

21 Ver en igual sentido, entre otros, Barbier, 2000, p.203; Sánchez, 1995, p.327 y Vargas, 1999, p.11. Navarro, por su parte, presenta alguna variación: "... la convención por la cual el banco y una o varias personas se obligan a dar, hacer o no hacer ..." Navarro, 2003, p.16.

22 Ver en igual sentido, entre otros, Barbieri, 1998, p.108; Chuliá, 2000, pp.764-765 y Farina, 1997, p.510.

23 Entidades Financieras, partiendo de varios expertos, serían: las empresas que, sin contar necesariamente con dimensiones enormes, negocian servicios financieros, especialmente crediticios, destinándolos -por lo general- a sectores determinados. Boneo y Barreira, 1994, p.41; Díaz, 1993, pp.1-3 y Morales, 2002, pp.49-50.

24 "... no todos son contratos bancarios. Únicamente lo son aquellos en que la presencia del banco es decisiva para caracterizar el negocio ..." Molle, 1994, p.113. Ver en igual sentido, Marenco, 2000, p.59 y Martorell, 1996, p.25.

25 Por ejemplo, puede ser que un banco contrate con otra entidad bancaria, como sucede en el redescuento. Ver en igual sentido, Murillo, 1999, p.119 y Rodríguez, 2002, p.169. También podría darse el caso de un particular que, tomando la posición tradicional correspondiente al banco, perfeccione con otro el pacto. Ver en igual sentido, Marenco, 2000, p.59 y Morales, 2002, p.51.

26 Sala Constitucional, # 700-94, # 3650-94, # 3750-94, # 5015-94, # 504-95, # 6675-01 y # 10266-01.

Continuando con el tópico de las partes, aquellos cuyas declaraciones hacen posible el contenido negocial, tradicionalmente en materia bancaria nos presentan a un banco y su cliente.[27] El primero está dedicado, vía operaciones masivas y profesionales, a la intermediación crediticia y sus correlativos servicios conexos. Lo cual le brinda una categoría de figura dominante,[28] llevándole a un manifiesto poderío negociador que le acarrea responsabilidades superiores a las comunes.[29]

Tratándose del particular, por otro lado, resulta menester compelerle a revelar idoneidad contractual.[30] No todo ciudadano reúne las circunstancias adecuadas, debe ser evaluado, por eso la selección del contratista es celosa y reviste un minucioso estudio de antecedentes.

El propósito son individuos de altas calidades morales y suficiente solvencia material.[31] La intención radica en no colocar en forma riesgosa recursos captados del conglomerado social o, peor aún, terminar distribuyendo dineros provenientes de actividades ilícitas. Es necesario conocer con quien se contrata y así, sin que signifique una actitud caprichosa, evitar clientes indeseables.[32]

Pasando al soporte físico que firman las partes antes mencionadas, en otras palabras a la documentación del contrato, prevalece la estandarización.[33] Esto se explica por cuanto los diversos y cuantiosos servicios bancarios son prestados masivamente, existe una repetición constante de operaciones. La actividad de la banca precisa agilidad; siendo imposible discutir individualmente, las pautas de la contratación, con millares de potenciales usuarios.[34] Requiriéndose una negociación simple, expedita e igualitaria para todos los clientes contratantes. Beneficiándose también el banco, al poder administrar, uniforme y homogéneamente, las emergentes relaciones jurídicas.[35]

El planteamiento anterior se concreta mediante un formulario prerredactado,[36] con cláusulas ya impresas.[37] Hay, entonces, una previa y seriada formalización por escrito.[38] Así se dota de certeza y seguridad a las obligacio-

---

27 Ver en igual sentido, Aguilar y Vargas, 2000, pp.38 y 45; De Chazal, p.181 y Navarro, 2003, p.19.
28 Ver en igual sentido, Bonfanti, 1993, p.32; Díaz, 1993, p.5 y Martorell, 1996, p.36.
29 Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte A.
30 En esto secundamos a los magistrados constitucionales. Sala Constitucional, # 5719-97.
31 "... la función esencial del banquero es examinar y valorar la capacidad de amortización del crédito." Boneo y Barreira, 1994, p.48. Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.206 y Molle, 1994, p. 118.
32 "... la negativa a contratar, sin una justificación razonable, ..., es considerada una conducta ilegal." Rodríguez, 2002, p.176. Ver en igual sentido, Marenco, 2000, p.63 y Morales, 2002, p.52.
33 "... contratos que reglamentan situaciones comunes a muchos individuos." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Boneo y Barreira, 1994, p.74.
34 "Se ha agotado el espacio para los contratos de libre discusión ..." Rodríguez, 2002, p.188. Ver en igual sentido, Díaz, 1993, p.3 y Molle, 1994, p.115.
35 "... sería inaudito pensar que el banco tenga la posibilidad de contratar con cada cliente de una forma diferente e individual por cada servicio ofrecido ..." Murillo, 1999, p.128. Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.203 y Morales, 2002, p.55.
36 "... existe un prototipo de contrato, generalmente preimpreso, ..., el cual se utiliza con cada cliente sin modificación alguna." Díaz, 1993, p.3.
37 Ver en igual sentido, Boneo y Barreira, 1994, p.75; Murillo, 1999, p.120 y Sánchez, 1995, p.329.
38 Ver en igual sentido, De Chazal, 1996, p.135; Marenco, 2000, p.63 y Murillo, 1999, p.125.

nes asumidas por los contratistas. Además, es evidente la optimización del instrumento al disminuirse gastos y concurrir mayor inmediatez en la celebración.[39]

Siempre en este orden de ideas y desde el punto de vista estrictamente jurídico, valga decir relativo a la naturaleza convencional, se está en presencia de un contrato de adhesión: Aquel cuyo contenido está de antemano predispuesto unilateralmente, en este caso, por el banco.[40] Quedándole a la contraparte, sin posibilidad de influir, la elección absoluta entre aceptar o rechazar lo prefijado.[41] Adhiriéndose[42] obtendrá el servicio pretendido, declinando no lo alcanzará.[43] La modalidad contractual contemplada no se genera en la bilateralidad y convergencia de voluntades, una de las partes contratantes prevalece.[44]

Desglosados los contornos de la figura, nótese ahora como se divide.

Sección II Clasificación de los Contratos y Corolarios Jurídicos

Se reúnen conforme a la actuación o al fondo. Comprendiendo, asimismo, unas muy conocidas secuelas.

A- Clases[45]

De acuerdo con las operaciones realizadas,[46] el vínculo jurídico surgido ve su materialización en contratos bancarios. Éstos devienen en pasivos, activos y neutros.[47] Según que recolecten el ahorro de la comunidad, lo redireccionen[48] o efectúen encargos adicionales para el cliente. Típicamente merced a los primeros, existe la recepción de dinero para disponer del mismo; con los segundos, se conceden dichos recursos al público y los últimos, por su lado, atienden negocios ajenos.[49] Respectivamente, el banco asume los papeles de deudor, acreedor y gestor;[50] ello al percibir y otorgar

---

39 "Se reducen sensiblemente los costos de la entidad de que se trate, ..." Martorell, 1996, p.29. Ver en igual sentido, Navarro, 2003, p.16 y Vargas, 1999, p.14.

40 Ver en igual sentido, Barrantes, 2002, p.62; Campobasso, 1999, p.142 y Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.2 par.6-8.

41 Ver en igual sentido, De Chazal, 1997, p.182; Marenco, 2000, p.63 y Vargas, 1999, p.14.

42 "El cliente se adhiere a las cláusulas del formulario que declara conocer y que sin embargo suele no conocer." Díaz, 1993, p.11.

43 Ver en igual sentido, Rodríguez, 2002, p.187; Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, # 187-02 y Zunzunegui, 1997, p.345.

44 En esto apoyamos un relevante fallo. Sala Constitucional, # 5719-97. "En pocos contratos se constata con tanta claridad como en éstos, la diferencia abrumadora de poder en beneficio del predisponente." Martorell, 1996, p.30. Ver en igual sentido, Aguilar y Vargas, 2000, p.41 y Boneo y Barreira, 1994, p.76.

45 Aunque muy aisladamente, Tapia propone una división no tradicional. Esta distinguiría conforme al grado de **dificultad**. Simples o Complejos serían los contratos, según se requiera uno o más para respaldar jurídicamente a la operación bancaria que se trate. Tapia, 2002, p.128.

46 "Cuando el flujo crediticio va de los clientes a la entidad financiera estamos en presencia de operaciones pasivas; cuando va de la entidad financiera a los clientes, nos encontramos con las operaciones activas." Boneo y Barreira, 1994, p.44. Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte A.

47 Aquellos accesorios que: "... consisten en la prestación de determinados servicios, ..." Zunzunegui, 1997, p.344.

48 "Desde un punto de vista económico, las operaciones activas de crédito (colocaciones) suponen necesariamente las pasivas (captaciones)" Díaz, 1993, p.3.

49 Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.213; Campobasso, 1999, p.141 y Chuliá, 2000, p.766.

50 Ver en igual sentido, Martorell, 1996, p.37; Molle, 1994, p.114 y Joaquín Rodríguez citado por Morales, 2002, p.57.

créditos,[51]además de proporcionar otras herramientas e instrumentos a los usuarios.

Aglutinanse como pasivos los siguientes contratos: depósito –a la vista y a plazo-, cuenta corriente, préstamo,[52] cesión temporal de activos financieros.[53] Vendrían a ser activos: apertura de crédito, anticipo, descuento, crédito documentario.[54] Siendo neutros: pagos, cobranzas, transferencias y, en lo medular y según concierne a este trabajo, las cajas de seguridad.[55] Por lo que respecta a los dos primeros tipos contractuales, el banco obtiene su remuneración a partir de los intereses. De la diferencia, a su favor, resultante de pagar un bajo porcentaje en los pasivos y recibir uno alto en los activos. Tratándose de la tipología restante, la institución bancaria lucra con el precio cobrado merced al servicio que brindó.[56]

Desde otra perspectiva, conforme al contenido, observase una agrupación dual. Ésta distingue entre contratos fundamentales (también conocidos como típicos) y complementarios (igualmente llamados atípicos). Los iniciales ligados a la función bancaria básica, interposición en el cambio del crédito,[57] y los ulteriores conexos a la actividad de la banca, sin presentarse una concesión de crédito por ninguna de las partes.[58] Bien se ha subrayado que los mencionados en primer término, constituyen la esencia de la entidad banquera;[59] los referidos de segundo, innovando, tienen un carácter próximo a ella.[60] Como es fácil advertir, luego de lo expuesto, en los fundamentales están comprendidas aquellas contrataciones consideradas pasivas y activas. Contemplándose dentro de los complementarios a las neutras.

Empero, el diferir tipológico no obsta afines inferencias.

B- Corolarios

Consecuencias vinculadas a la modalidad contractual en examen son la buena fe,[61]confidencialidad y transparencia. Todas ambicionadas para estos contratos. El postulado primeramente apuntado, ampliamente reconocido y a diario aplicado en el sistema bancario,[62] exige a las partes mutua

---

51 Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte A.

52 Código de Comercio, arts.495-508, 521-529 y 612-632 bis.

53 En esto seguimos a estudiosos tratadistas. De Chazal, 1997, p.183; Tapia, 2002, p.128 y Zunzunegui, 1997, p.343.

54 Así reconocidos escritores. Martorell, 1996, p.37; Molle, 1994, p.114 y Ramos, 2001, p.796.

55 Igualmente varios entendidos. De Chazal, 1997, pp.183-184; Farina, 1997, p.510 y Ramos, 2001, p.796. Véase infra Capítulos Segundo y Tercero.

56 Ver en igual sentido, Navarro, 2003, p.22; Sánchez, 1995, p.328 y Tapia, 2002, p.133.

57 "... captación del ahorro –y/- o inversión del ahorro captado, ..." Molle, 1994, p.114 -lo entre guiones no es del original-. Ver en igual sentido, Jinesta citado por Marenco, 2000, p.65 y Zunzunegui, 1997, p.344.

58 "... el banco no otorga un crédito ni recibe un crédito sino que presta servicios ..." Molle, 1994, p.114. Ver en igual sentido, Ramos, 2001, nota al pie 1, p.796 y Rodríguez, 2002, p.169.

59 Aparte de los bancos, otros ejemplos de entidades financieras son: cajas de ahorro, casas de cambio, cooperativas de ahorro y crédito, corporaciones y grupos financieros, mutuales de ahorro y préstamo, etc. Ver en igual sentido, Navarro, 2003, p.15 y SUGEF, 2006, p.40-A.

60 Zunzunegui, 1997, p.344.

61 "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe" Código Civil, art.21. Ver en igual sentido, ídem, art.1023 inc.1 y Código de Comercio, art.2.

62 "Más que una peculiaridad propia de los contratos bancarios, se ha señalado que la buena fe es una característica inherente a todo contrato, ..." Vargas, 1999, p.15. "Naturalmente que todos los contratos están regidos por el principio de la buena fe, se encuentren o no normados en el derecho positivo respectivo; ..." Bonfanti, 1993, pp.34-35.

lealtad.[63] Lo mínimo que se puede esperar del cocontratante, a la hora de negociar y ejecutar el pacto, es su confiabilidad al más alto grado.[64] Se trata de un conducirse en forma lícita, sin malicia y con ánimo espontáneo de cumplir. Los resultados deseados al contratar, no deben ser amenazados por ninguna intención oculta tendiente a impedirlos.[65]

Por otra parte, constituyendo una práctica bancaria muy continua y generalizada, aparece el deber de confidencialidad. Éste implica guardar reserva sobre aquellos informes conocidos por motivo de la contratación verificada con la clientela.[66] No importa si la cognición se obtuvo por cuenta del propio banco, o a partir de los datos que el mismo interesado suministró, igual se mantiene la obligación de permanecer en silencio. Ello es así por ética profesional, al haberse accedido a determinados hechos en virtud de la ocupación ejercida.[67]

El deber estudiado abarca desde los documentos previos al contrato, pasando por el detalle de su clausulado, hasta –particularmente- su cuantía y fines. Pero hasta la codiciada confidencialidad alcanza a tener límites:[68] caería por permiso del protegido, no podría comprender los detalles emanados de los diferentes registros públicos, tampoco cabría esgrimirla ante un requerimiento judicial o administrativo, ni impide el intercambio de referencias crediticias entre entidades.[69]

Toca referirse, por último, a la transparencia. Ella significa proporcionar a la contraparte la información imprescindible que le permita cumplir, de manera adecuada, con sus obligaciones y responsabilidades.[70] Para lograr ese delicado fin, los datos oportunamente ofrecidos deben ser claros y precisos.[71] Adquiere especial relevancia que esto lo ejercite el banco, atendiendo a su condición -en la inmensa mayoría de las ocasiones- de parte dominante del convenio.[72] Resumiendo, se quiere a unos copartícipes –sobre todo tratándose del cliente- muy conscientes y enterados de las cargas asumidas.[73]

Obtenida una visión de conjunto, afrontase ya lo substancial a plantear.

---

63 "... por cuanto en el manejo del crédito las partes se otorgan recíprocamente una confianza excepcional, ..." Barbier, 2000, p.235. Ver en igual sentido, Aguilar y Vargas, 2000, p.42 y Barrantes, 2002, p.63.

64 Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B.

65 Los contratistas, en criterio de Rodríguez, deben obligarse con la convicción de honrar sus compromisos. Rodríguez, 2002, p.180. Ver en igual sentido, Boneo y Barreira, 1994, p.84 y Martorell, 1996, p.33.

66 Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.204; Morales, 2002, p.54 y Vargas, 1999, p.16.

67 Ver en igual sentido, Barrantes, 2002, p.62; Marenco, 2000, p.65 y Murillo, 1999, p.131.

68 "... impuestos por cuestiones de interés social." Vargas, 1999, p.16. Ver en igual sentido, Código de Comercio, art.615 y Rodríguez, 2002, pp.192-193.

69 Con el propósito, por allí anotado, de resguardar de clientes peligrosos a los demás miembros del mercado y a la comunidad en general. Rodríguez, 2002, p.193.

70 Ver en igual sentido, Morales, 2002, p.56; Almoguera citado por Murillo, 1999, p.126 y Sánchez-Calero, 1994, p.282.

71 En cuanto: al tipo de interés, las comisiones a cobrar, el contenido mínimo del contrato, los documentos a facilitar, copia del convenio para cada interesado, etc. En esto secundamos a un experto español. Tapia, 2002, pp.132-136.

72 "... la imagen del banco frente a los clientes se va a ver fortalecida, ..., permitiendo con esto evitar, en el futuro, eventuales reclamos por parte de los usuarios ..." Murillo, 1999, p.128.

73 Por ahí se encamina la legislación nacional. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.42 par.1.

Capítulo Segundo: Contrato de Cajas de Seguridad

Transitase ahora desde el precedente primigenio, pasando por su significado, peculiaridades y factores componentes, hasta llegar a la calificación jurídica asignable.

Sección I Delimitación de la Figura

El propósito siguiente, ulterior a entrever la expansión suscitada, es perfilarla cabal, teleológica y técnicamente.

A- Semblanza

La "Horrea Caesaris", también designada –en su caso- "Horrea Publica",[74] según fuera noble o plebeyo el usuario de ella, es el primer antecedente del que dan cuenta, sobre el contrato en observación, los especialistas. Data de la época del Imperio Romano[75] y consistía en un edificio amplio, muy fortificado, pudiendo ser de propiedad imperial o privada,[76] en el cual, cumpliendo condiciones de especial seguridad, se custodiaban bienes. Principalmente los comerciantes, mediante el pago de un precio, disfrutaban de un espacio; los había con distintos tamaños, pudiendo utilizarse libremente para guardar y conservar dinero, objetos preciosos u otros de gran valor. Su cometido era prevenir posibilidades nefastas, como por ejemplo: incendios o robos. Todo estaba a cargo de funcionarios públicos, especialmente designados al efecto, autorizados a disponer de ellas, cobrando diversos montos. Esto con arreglo a la dimensión del espacio y al nivel de amparo que su ubicación brindaba.[77]

El siguiente antecedente, y en este punto concuerda mucho la doctrina,[78] son las compañías anglosajonas[79] que, allá por la mitad segunda del siglo antepasado y de modo precursor, comenzaron a ofrecer la prestación acá examinada.[80] El servicio, proporcionado por ellas, se empezó a propagar internacionalmente, partiendo de Norteamérica y Europa al resto del orbe, hasta volverse más conocido. Hubo creación de grandes y muy protegidas construcciones, elevadas inversiones realizadas con la intención de tornarlas invulnerables; donde las cajas personales, de diferentes

---

74 Otros investigadores del tema hablan de: "Cellae", "Armaria" o "Arculae". Apuy, 1993, p.64 y Guzmán, 2002, p.209.

75 El contenido de la ley reguladora del servicio, según narran, no llegó a nuestros días. Aunque su nombre sí: "Lex Horrorum". Guzmán, 2002, p.209.

76 Cf. Martorell, 1996, p.499. De acuerdo con él, la categoría "imperial" o "privada" se refería -más bien- a los bienes confiados (no al edificio).

77 En esto apoyamos a calificada doctrina. Álvarez, 2001, p.272 y Bonfanti, 1993, p.311.

78 Muy aisladamente, para algunos por el cono sur, el segundo antecedente es la Orden de los Caballeros Templarios (Jerusalén, Siglo XII). Estos monjes guerreros se comprometían a custodiar, en sus instalaciones especialmente resguardadas y mediante cajas fuertes cerradas con llave, los bienes de valor que los particulares les confiaran. Fernández y Gómez citados por Loustaunau, 2002, pp.149-150 y Rodríguez, 2002, p.789.

79 A saber: Safe Deposit Company (Estados Unidos, 1861), National Safe Deposit Company Limited (Gran Bretaña, 1875) y Chancery Lane Safe Deposit and Offices Company Limited (Gran Bretaña, 1885). Guzmán, 2002, p.209 y Martorell, 1996, p.500.

80 La cual, conforme a autores foráneos y criollos, a evolucionado mucho hasta hoy: de aportar el recipiente el propio usuario a darlo el banco, del sistema de sellado pasar al mecanismo de las llaves, edificaciones –aunque costosas- cada vez más seguras, la incorporación de los cofres al inmueble bancario, etc. Álvarez, 2001, p.273 y Apuy, 1993, p.65.

dimensiones, a prueba de aire, agua y fuego, estaban disponibles para ser otorgadas a los interesados.[81] En otras palabras, las compañías pioneras divisaron la necesidad social, albergada por potenciales clientes, sobre tener la ocasión de poner a buen recaudo sus pertenencias. Ello en inigualables condiciones de garantía y confidencialidad.[82]

En el medio nacional las repercusiones esbozadas, mediante el párrafo predecesor, también han visto su reflejo y, desde mediados de la centuria anterior, la banca nacionalizada introdujo el contrato atípico y neutro aquí considerado.[83] El cual, con el transcurso de los años y para cubrir la progresiva demanda, fue ampliando su base de proponentes; involucrándose cada vez más las entidades particulares. Todo esto generado, en décadas recientes, a propósito del aumento poblacional y por el elevado índice delictivo que se observa. No obstante, sin importar la calidad del oferente, sea éste de naturaleza pública o privada, el funcionamiento contractual resulta bastante similar.[84]

Actualmente el quehacer no se percibe muy lejos de su veterano devenir.

B- Noción

Ya se había anotado, en alguna oportunidad precedente, la tipología atribuible al convenio estudiado.[85] De acuerdo con la división efectuada, según operación y contenido, se deducía que las cajas de seguridad alcanzan el calificativo de pactos neutros y complementarios.[86] Así el banco despliega gran variedad de servicios, entre ellos el de cofres, sufragados por sus clientes; aunque dichas remuneraciones suscitan una retribución modesta[87](ello al compararárseles con los ingresos provenientes de la contratación típica, por eso suelen ser menos sobresalientes para las instituciones bancarias[88]).

Sin embargo, allende del tema económico, se trata de una de las negociaciones de banca, por su pragmatismo y eficacia, más ampliamente difundidas. Tanto que gran cantidad de autores se ocupan de ella y de la concepción imputable.[89] De manera exhaustiva sería así:[90] contrato en que un sujeto, normalmente el banco, pone a disposición de otra parte, designada cliente (sea éste persona física o jurídica), por el período de tiempo adoptado y a cambio de un precio (que varía según las

81 Ver en igual sentido, Apuy, 1993, p.64; Guzmán, 2002, p.209 y Loustaunau, 2002, pp.149-150.
82 Véase supra Capítulo Primero, Sección II, Aparte B.
83 Véase supra Capítulo Primero, Sección II, Aparte A.
84 En esto seguimos una tesis autóctona. Apuy, 1993, pp.85-86.
85 Véase supra Capítulo Primero, Sección II, Aparte A.
86 Ver en igual sentido, Chuliá, 2000, p.779; Trimeloni citado por Ruiz, 1988, p.86 y Zunzunegui, 1997, p.509.
87 Véase infra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.
88 Ver en igual sentido, Bollini y Boneo, 1990, p.423; Martorell, 1996, p.500 y Vedrovnik, 2000, p.294.
89 De por medio muchas definiciones, las hay: completas, sencillas, acorde a su naturaleza jurídica y por prestaciones involucradas. Con escritores tan representativos como: Rodrigo Uría, Susana Quicios, Fernando Sánchez, Manuel Broseta, etc. En esto secundamos un punto de vista hispano. Álvarez, 2001, pp.273-274.
90 Ver en igual sentido, entre otros, Bollini y Boneo, 1990, p.423; Jiménez, 2000, p.203; Loustaunau, 2002, p.143; Ruiz, 1988, p.86; Tapia, 2002, p.237 y Vara, 1992, p.687.

dimensiones); el uso individual de un espacio o compartimiento cerrado,[91] generalmente construido e instalado en una bóveda o cámara acorazada[92](incorporada dentro del edificio de la entidad[93]); con la obligación para aquel de garantizar la vigilancia, custodia, integridad[94] y acceso controlado[95] del espacio (esto en condiciones de especial intensidad, respecto a protección y secreto).[96] Los bienes u objetos de valor,[97] guardados y contenidos en el compartimiento, solamente pueden ser conocidos y manipulados por el cliente (o persona que él debidamente autorizó).

Conforme al párrafo previo, menos cabal pero más manejable, conviene ofrecer una visión abreviada del acuerdo: puesta a disposición, que hace el banco, a plazo concertado y por precio cierto, de un espacio hermético, dentro del inmueble bancario, asegurando su inviolabilidad con guardia extrema.

Teleológicamente, aparte del beneficio patrimonial directo, por obtener ganancias gracias al cobro percibido;[98] la finalidad de la entidad banquera con las cajas de seguridad, mediante la seducción del prolijo servicio brindado, reside en acrecentar aún más el número de convenios firmados con el público. Es decir, promover la realización de otros pactos de diferente índole al de cofres.[99] Satisfaciendo todas las expectativas financieras del interesado, a través de las operaciones y los correlativos contratos,[100] se consolida su continuidad dentro del alero institucional.[101] Sin olvidar, por lo demás, que las cajas podrían actuar como atracción para nuevos usuarios. Pues aunque en algunos bancos la prestación es ofrecida sólo a clientes tradicionales, en otros no se requieren negocios previos con la entidad para obtener el compartimiento.[102]

Por su lado la clientela,[103] presenta como fin: cumplir con su cometido de preservar, en estado de máxima indemnidad,[104] bienes de gran valía material y hasta emotiva.[105] No se desea que ellos estén en movimiento. La aspiración,

---

91 Que muchas veces, relatan, es una caja fuerte. Sánchez, 1995, p.357 y Zunzunegui, 1997, p.509.

92 Habitualmente, refieren, son subterráneas. Bonfanti citado por Martorell, 1996, p.502 y Bonfanti citado por Vedrovnick, 2000, p.294.

93 Es decir, según cuentan, donde el banquero desarrolla sus actividades. Villegas citado por Brizzio, 1999, p.581 y Villegas citado por Vedrovnik, 2000, p.294.

94 También llamada, por varios, "inviolabilidad". Apuy, 1993, p.66 y Rodríguez, 2002, p.790.

95 Dentro del horario institucional. Así: Barbieri, 1998, p.358; Guzmán, 2002, p.210 y Quevedo, 1998,p. 241.

96 La idea, mencionan por allí, es contar con un lugar ultra seguro. Marqués, 1998, p.82

97 Serían cosas muebles, no necesariamente propiedad del usuario. Asimismo: Apuy, 1993, p.66; Bonfanti citado por Martorell, 1996, p.502; Bonfanti citado por Vedrovnick, 2000, p.294 y Quicios citado por Álvarez, 2001, p.274.

98 Cf. Álvarez, 2001, p.277 y Arrillaga citado por Álvarez, 2001, p.277. A juzgar por ellos el exiguo pago recibido, su escasa cuantía, no bastaría para alentar al banco a prestar el servicio.

99 "..., lo que realmente –se- pretende es ampliar el ámbito de las operaciones bancarias con los clientes ..." Vara, 1992, p.687 -lo entre guiones no es del original-.

100 Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte A.

101 El propósito sería "... fidelizar a la clientela ..." Tapia, 2002, p.237.

102 En esto apoyamos a un dueto. Apuy, 1993, p.86 y Barbieri, 1998, p.358.

103 No solo las clases altas hacen uso del servicio, éste cada vez se extiende más a otras capas de la población. En esto seguimos una opinión local. Apuy, 1993, p.84.

104 Ante, por ejemplo, "... fenómenos naturales o percances difícilmente previsibles, ..." Álvarez, 2001, p.275. Alguno considera a la guarda segura como el elemento causal del negocio. Barbier, 2000, p.314.

105 Ver en igual sentido, Tapia, 2002, p.237; Vara, 1992, p.687 y Zunzunegui, 1997, p.509.

resulta obvia, es resguardar las pertenencias de perecer o de una sustracción.[106] Además, el usuario actúa muy privadamente, maniobra con suma intimidad, al ser el único habilitado para incluir y retirar los objetos del cofre (tal y como fue indicado al cierre del concepto exhaustivo). El manejo, entonces, no le incumbe a terceras personas, ni al propio personal bancario (éste se limita a permitir el ingreso a la bóveda,[107] sin inmiscuirse para más nada). Resumiendo, es solamente el interesado quien puede alterar, a voluntad suya, el interior de la caja.[108]

En cuanto a la sistematización contractual del convenio, léase su ubicación dentro de la Teoría General del Contrato, procedería designarlo así:[109] adhesivo (su contenido está, en forma unilateral, predispuesto por la entidad; quedándole al público solicitante la alternativa de aceptar o rechazar lo estipulado),[110] bilateral (para ambos contratantes desde un inicio surgen prestaciones recíprocas, correspondiéndose unas a otras),[111] conmutativo (las ventajas y esfuerzos de las partes, son advertidas y apreciables con claridad en el establecimiento del acuerdo; cada derecho y obligación es cierto y determinado, no obedecen a ningún hecho dotado de incertidumbre),[112] consensual (alcanza pleno vigor, desencadena sus consecuencias, a partir de la simple manifestación de voluntades; este pacto de banca se perfecciona por el mero consentimiento),[113] de ejecución continuada (es constante, sus efectos son desplegados durante todo el plazo fijado al contratar; al no agotarse en una ejecución instantánea, es insuficiente realizar una sola prestación),[114] legislativamente atípico (carece de regulación legal especial, no aparece tipificado en el ordenamiento, sin un marco propio suele privar lo firmado)[115] y oneroso (en razón del espacio hermético disponible y del conjunto de situaciones anexas, el cliente paga un precio al banco; ello dentro de una negociación

---

106 Particularmente, relatan, por los problemas de seguridad referidos a los bienes muebles. Apuy, 1993, p.63. Recordando a los abuelos: "...; han pasado ya los tiempos en los cuales se guardaban los distintos objetos de valor en cajones o cofres en las propias viviendas, ..." Barbieri, 1998, p.357.

107 En los términos, según refieren, pactados con la institución. Apuy, 1993, p.63.

108 Ver en igual sentido, Marqués, 1998, p.82; Ortega, s.a., p.84 y Otero citado por Ruiz, 1988, p.85.

109 Más en minoría y diversamente, también se le nomina: administrativo, mercantil, no formal y principal. Asimismo: Álvarez, 2001, pp.289-290; Apuy, 1993, pp.68-69; Loustaunau, 2002, p.145; Martorell, 1996, p.507; Quevedo, 1998, p.242 y Zunzunegui, 1997, p.511.

110 "... (simplemente se toma o se deja)." Quevedo, 1998, p.242. "..., lo único que el cliente hace es firmarlo." Apuy, 1993, p.100. Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B.

111 Además llamado, por alguien, "sinalagmático". Quevedo, 1998, p.242. Véase infra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B.

112 "... no existe margen alguno para un posible componente aleatorio ..." Álvarez, 2001, p.288. Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte A.

113 "... no es necesaria la guarda efectiva de cosa alguna en el cofre cerrado ..." Loustaunau, 2002, p.144. "Para su existencia no se exige, como en el depósito, la entrega de la cosa." Zunzunegui, 1997, p.511. Véase infra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte B.

114 Denominase, igualmente, "De tracto sucesivo". Así: Loustaunau, 2002, p.145 y Quevedo, 1998, p.242. "... la obligación del Banco no cesa en ningún momento, independientemente de que el interior de la caja esté o no ocupado." Álvarez, 2001, p.289. Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte B.

115 No faltan quienes hablen de "innominado". Barbieri, 1998, p.358 y Brizzio, 1999, p.583. Cuentan que en otros lares, itálicos y latinoamericanos, es "típico". Martorell, 1996, p.507 y Rodríguez, 2002, p.793. Véase infra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte A.

verificada por mutuo interés -ya que los copartícipes obtienen alternamente provechos y cargas-).[116]

Hablando de involucrados, estos son el primer ingrediente a referenciar.

Sección II Elementos Integrantes y Naturaleza Jurídica

A continuación el examen de individuos, instalaciones, coste, anotaciones y también sobre la catalogación apropiada.

A- Elementos

Como primero de los elementos personales se encuentra la institución bancaria.[117] Aquella encargada de poner a disposición el compartimiento, asumiendo la correlativa defensa de éste. En otras palabras, platicase del sujeto provisor de un servicio, con su construcción apta para brindarlo, no importando que su aspecto sea privado o público.[118] Todo sin perjuicio de la probabilidad, nada común, de un empresario, ajeno al ámbito financiero,[119] dedicado a dicha labor por contar con los medios, económicos e infraestructurales, para hacerlo.

Seguidamente concurre el usuario.[120] La persona, física o jurídica, que contratando con la entidad, mediante el desembolso de un precio, tiene a su disposición el cofre. Al interesado en la caja, por motivos de celo comercial y renta, ha de practicársele un completo y cuidadoso examen de antecedentes y patrimonio. Pues la banca está muy atenta a la idoneidad contractual del cliente (considera su solvencia moral y material);[121] en consecuencia, se ha reservado la facultad de elegir, entre los diferentes peticionarios, a sus contrapartes.[122] Pasando a los elementos reales,[123] se presenta el conjunto conformado por el compartimiento y la estancia donde le ubican. Regularmente el cofre, con su distinto tamaño, es individualizado a partir de un numeral y tiene su propia combinación o llave.[124] Además, fabricado con algún metal que garantice fortaleza y consistencia, colocase bien firme en la pared o fijase con gran rigidez al suelo (en el férreo contenedor hecho a su medida). Lo sitúan, de manera permanente y por lo común subterránea, en una cámara acorazada;[125]

---

116 Mencionan que el pago, por lo general, es semestral o anual. Barbier, 2000, p.315. "... el banco descuenta el importe de la cuenta corriente o caja de ahorro del cliente." Loustaunau, 2002, p.144. Véase infra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

117 En la acepción más amplia del vocablo. Comprendiendo a cualquier entidad financiera preparada para proporcionar el servicio. Asimismo: Álvarez, 2001, p.293.

118 Legalmente, los distintos bancos pueden ejecutar las operaciones que estén autorizadas. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.150.

119 "Es una actividad que no esta reservada a las entidades de crédito." Zunzunegui, 1997, p.512.

120 Quien cuenta con la tutela de las normas protectoras de los consumidores. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, arts.1-2 par.3 y 31.

121 Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B.

122 "El banco puede rehusar, ..., locar la caja fuerte a quien no crea conveniente; para ello podrá hacer todas las averiguaciones que considere necesarias, ..." Bollini y Boneo, 1990, p.423.

123 En esta nomenclatura secundamos un pensamiento azteca. Quevedo, 1998, p.241.

124 Cuentan que el sistema tradicional de apertura es el de la doble llave, una del banco y otra del cliente. Sin embargo, tiende a ser desplazado por medios alternativos: claves de acceso, códigos digitales, tarjetas magnéticas, etc. Álvarez, 2001, p.296.

125 "La bóveda es un cuarto de concreto dentro del cual se guardan las cajas de seguridad ..." Apuy, 1993, p.92

obra sólida y compacta, incorporada al local del banco.[126] Los materiales que rodean a la caja deben reunir condiciones excepcionales.[127] Resistir, gracias a su espesor, armado y aleaciones: inundaciones, terremotos, fuegos, explosiones, asaltos, etc.[128] Así es asequible evitar sufrir perturbaciones de cualquier tipo (no importando si proceden de fuerzas naturales, desastres imprevistos o intentos humanos de irrupción).[129]

Las instalaciones, siempre en constantes reparaciones y remodelaciones para mantener su optimo estado, suelen contar, entre varios dispositivos de fuerte protección, con el siguiente detalle: alarmas contra robos, blindajes especiales, detectores anti-intrusos, equipos que miden humedad y temperatura, gases apaga flamas, mecanismos de ventilación, paredes reforzadas, placas metálicas, personal de vigilancia, puertas y rejas de acero, registros de identidades, regulación de acceso por computadora, relojes programables, reveladores de humo, sensores perceptores de movimientos y vibraciones, sistemas de transmisión de imágenes, unidades caninas, vidrios a prueba de balas y demás.[130]

El otro componente concreto es el precio. Se trata del monto monetario, cubierto por el interesado, a cambio del uso de un espacio hermético.[131] Los criterios para establecer el importe son: el plazo de vigencia concertado,[132] las dimensiones del compartimiento,[133] el número de usuarios.[134] Lo corriente es fragmentar la remuneración; ello en fracciones que van desde la mensualidad, cruzando por trimestres y semestres, hasta la anualidad.[135] También suele darse el cobro anticipado del servicio (práctica un tanto extraña, al considerar el procedimiento selectivo sobre la

---

126 "... en un lugar que debe ser especial y extremadamente seguro por su ubicación en el edificio, por el material con que está construido y por la vigilancia que le prestan." Barbier, 2000, p.315.

127 Siguiendo el consejo de los más novedosos avances científicos, según relatan, se utilizan las más modernas técnicas constructivas y las materias más fiables. Álvarez, 2001, p.302 y Vara, 1992, p.695.

128 No sucedió de este modo en un caso rioplatense: "... la calidad del hormigón, ..., es de baja resistencia, ya que se observa numerosa porosidad, bajo porcentaje de arena gruesa, y que al golpearse entre trozos se deshace." Cámara Nacional Comercial, Sala D, citada por Brizzio, 1999, p.602.

129 En esta apreciación apoyamos una opinión ibérica. Álvarez, 2001, p.279.

130 De tal forma, refieren, se concreta adecuadamente un servicio bien proveído y vigilado. Molle, 1994, p.188. Ver en igual sentido, entre otros, Apuy, 1993, pp.92-94; Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.268 y Rodríguez, 2002, pp.795-796.

131 Pagar, en forma oportuna, lo negociado; es obligación del interesado y derecho de la banca. Así: Quevedo, 1998, pp.241-242; Vara, 1992, p.697 y Zunzunegui, 1997, p.515.

132 "..., como suele ocurrir en todos los contratos de tracto sucesivo, se liquida en relación al tiempo de duración del negocio." Rodríguez, 2002, p.798.

133 "Nos podemos encontrar con que el pago del alquiler se define de distintas formas (por tramos, dm3), según la entidad." Marqués, 1998, p.84.

134 El mismo cofre puede inscribirse a nombre de una o varias personas. También se permiten unos cuantos sujetos autorizados, por el unitario y efectivo contratante, a acceder y abrir la caja (mediando el respectivo poder, o mínimo la correspondiente anuencia explícita, a satisfacción del banco). En ambos casos el precio se acrecentará, un cierto porcentaje, por cada individuo extra que utiliza el compartimiento. Asimismo: Barbier, 2000, p.315; Marqués, 1998, pp.84-85 y Martorell, 1996, p.508.

135 Habitualmente, mencionan por allí, es usado el sistema del debito automático. El precio se capta, de manera directa, de la cuenta del peticionario. Ella fue abierta, con ese fin, en la propia entidad. Barbieri, 1998, p.362; Brizzio, 1999, p.582 y Loustaunau, 2002, p.153.

idoneidad -humana y económica- del público solicitante),[136] así como la cancelación de sumas adicionales por visita (cada ingreso al recinto genera una recaudación extra).[137] Tampoco falta la institución bancaria que, con el ánimo de enfrentar eventuales incumplimientos del cliente, tome la opción de pedir cauciones.[138] Por último, al confrontarlos con la compleja prestación contratada, los montos a pagar resultan claros en su cortedad e incongruencia.[139] Sin embargo, el fin pretendido por la entidad, atraer y conservar usuarios (impulsándolos a rubricar nuevos y diversos convenios), explica la situación anotada.[140]

Para concluir, en virtud del elemento formal, entre otros aspectos, deben documentarse: los datos de ambos contratantes, la extensión temporal del convenio,[141] el precio, las disposiciones sobre el empleo del cofre,[142] temas de responsabilidad,[143] causales resolutorias,[144] etc. Implicando –entonces- una formulación escrita del contrato de cajas,[145] sin perjuicio de su apelativo como acuerdo consensual.[146] Lo anterior con sanas intenciones probatorias, ante la posibilidad de que surjan controversias. Así las cosas, se preparan dos ejemplares de este pacto adhesivo;[147] uno acaba en posesión de la banca y el restante termina en manos del peticionario.[148]

Vistos los factores, es tiempo de divisar el rango más pertinente.

B- Naturaleza

Siempre reviste importancia determinar la naturaleza jurídica de cualquier convenio, esto por su incidencia en cuanto al régimen jurídico a aplicar. Por lo tanto, tratándose del contrato en estudio, de ningún modo resulta inútil y baladí realizar el discernimiento respectivo.[149] Apreciación relacionada, de manera estrecha, con el dúo de prestaciones, prevalecientes y básicas, que ajustan el acuerdo. A saber: custodia y concesión de uso del espacio hermético.[150] Ambas muy relevantes para aprehender la designación atribuible al pacto.

---

136 Apunte, en párrafos recientes, ya hecho. Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B.

137 "El / la Titular estará también obligado a pagar la cantidad de ... ptas. / euros cada vez que proceda a utilizar el servicio, ..." Formularios, 2001, p.300.

138 A la finalización del contrato, en el caso de que no haya sido necesario utilizarlas (por no haber perdida de la llave, ni daño alguno, etc.), la institución procederá a devolverlas. De tal forma: Apuy, 1993, p.99 y Formularios, 2001, p.299.

139 "... la remuneración que recibe el banco por este servicio es muy escasa ..." Garrigues citado por Brizzio, 1999, p.598.

140 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

141 Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte B.

142 Véase infra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B.

143 Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte A.

144 Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte B.

145 Ver en igual sentido, Álvarez, 2001, p.299; Formularios, 2001, pp.299-304 y Quevedo, 1998, p.241.

146 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

147 Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B.

148 Que a la vez, relatan, recibe su indispensable: llave, clave, código, tarjeta, etc. Álvarez, 2001, pp.296 y 300.

149 De el depende: "..., el definitivo contenido obligacional del contrato, las perspectivas de los terceros acreedores, el problema de la prueba de la fuerza mayor o del caso fortuito a la hora de configurar el régimen de responsabilidad, la posibilidad de utilizar el derecho de retención por parte del banco, etc." Álvarez, 2001, p.278.

150 Procedente la dupla, refieren algunos, del depósito y el arrendamiento respectivamente. Molle, 1994, p.188; Tapia, 2002, p.238 y Vara, 1992, p.688. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

Ahora bien, relativo al convenio sobre compartimientos, ¿en virtud de la custodia citada se estará frente a un depósito?.[151] Ello por cuanto, uno y otro acuerdo contarían con la presencia del interesado que, en aras de estar tranquilo y seguro, persigue la vigilancia y conservación de los objetos muebles entregados mediante la tradición.[152] Allí habría un denominador común para el dueto contractual, además compatible con las diferentes modalidades de depósitos existentes.[153] El banco, por su lado, sería reconocido como un depositario, receptor y responsable, de aquellos bienes colocados en el cofre.[154]

Pues bueno, como aquí se dirá, no surge, refiriéndose a las cajas de seguridad, la figura de un contrato de depósito.[155] Acaba siendo infranqueable, para tal calificativo, el carácter real del segundo.[156] Su constitución indispensablemente requiere la entrega de un objeto para producir efectos jurídicos, en exclusiva emerge a partir de ese instante; sin alcanzar a perfeccionarse por el simple consentimiento de las partes.[157] El pacto de espacios herméticos, en cambio, es consensual; basta arreglar el otorgamiento del cofre, aunque ni siquiera se emplee.[158] Tampoco la restitución, importante nota distintiva del depósito, resulta algo observable en el convenio sobre compartimientos. La institución banquera, supuesta depositaria, no devuelve nada. Puesto que, de todas formas, no recibió ningún bien de su cliente.[159] Más aún, como se advirtió, es completamente posible la

---

151 Eso pensaban en España, durante la tercera década del siglo pasado (21/04/1933), generándose un legado sobre el particular. Sentencia del Tribunal Supremo citada por Álvarez, 2001, p.279. También, no hace mucho, opinaban igual en Alemania e Italia. Así: Guzmán, 2002, p.211 y Rodière y Houin citados por Garrone y Castro, 1996, p.961. Cuentan, en Buenos Aires, que se trata de una variante del depósito comercial. Barbieri, 1998, p.359. En fin, surgida de la época romana, resulta ser la tesis más remota. De esta forma: Guzmán, 2002, p.211. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte A. Ver en igual sentido, Código Civil, arts.1348-1359 y Código de Comercio, arts.521-529.

152 Comentan que, para los seguidores de esta postura, la cesión del uso, ocupando un segundo plano, es instrumental y accesoria. Lo principal es guardar la cosa. Álvarez, 2001, p.280 y Bollini y Boneo, 1990, p.427.

153 Por ejemplo, de modo solitario y tentativo, escritores australes inscriben a la caja de seguridad como una segregación de la figura del depósito cerrado (entrega de objetos, dentro de un sobre o saco debidamente sellado, para ser custodiados por un depositario que desconoce el contenido del envoltorio). De igual forma, con la ramificación, se tiende a conservar los bienes y mantenerlos en secreto. Barbier, 2000, pp.313-314; Martorell, 1996, pp.499-500 y Rodríguez, 2002, p.790.

154 Por allí, en forma más que aislada, lo consideran depositario del espacio hermético arrendado. Pues, luego de celebrarse el arrendamiento, se realiza el depósito del cofre. El depositante confiere la vigilancia del compartimiento al arrendador del mismo. Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.268.

155 De todos modos, según relatan, en la doctrina es muy común iniciar calificando como posible depósito al acuerdo sobre cofres; para, casi de inmediato, rechazar abiertamente tal circunstancia. Existe amplia unanimidad sobre que el pacto de cajas de seguridad, aunque parecido, no es un depósito. Álvarez, 2001, p.279 y Vara, 1992, p.688.

156 "..., la falta de entrega, elemento esencial en el contrato de depósito, se constituye en un obstáculo insalvable para poder calificarlo como tal." Rodríguez, 2002, pp.790-791. "No es un contrato real que se perfeccione con la entrega de la cosa al depositario." Zunzunegui, 1997, p.510.

157 Ver en igual sentido, entre otros, Apuy, 1993, pp.77, 105 y 108; Guzmán, 2002, p.211 y Quevedo, 1998, p.242. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B. Cf. Barbieri, 1998, p.360. Éste a pesar del carácter consensual del convenio de espacios herméticos, insiste en juzgarlo como depósito.

158 "..., el contrato se perfecciona y sigue en vigencia aunque la caja otorgada permanezca siempre vacía durante todo el transcurso o duración de la vinculación." Tunc citado por Martorell, 1996, p.503.

159 "Es que si no hay entrega, ¿cómo va a haber devolución?" Martorell, 1996, p.504. "Ni recibe la cosa ajena ni asume, por tanto, la obligación de restituirla." Zunzunegui, 1997, p.510.

falta de introducción de objetos en el cofre[160] (sólo el usuario sabe si incluyó o no alguna cosa en la caja).[161] Está fuera del compromiso de la entidad bancaria, entonces, cualquier reintegración; o si efectivamente se hace uso del servicio.[162] Le toca –en lo medular- poner a disposición el espacio hermético.[163]

Por lo visto, con ocasión del depósito, hay una custodia inmediata sobre bienes ajenos. El depositario se encuentra encargado de la directa salvaguarda de éstos.[164] Contrariamente, en el contrato de compartimientos, la guarda es colateral y relativa a propiedad de la misma banca (al recaer, dicha tutela, sobre el cofre y su exterior).[165] Aparte de lo expuesto, siempre en contra de la etiqueta como depósito, sumase la imposibilidad para el banco de disponer o manipular, de algún modo, los diversos objetos situados en la caja.[166] Por lo tanto, carece de la obligación (que tendría actuando como depositario) de realizar las diligencias tendientes a cobrar dividendos e intereses; relacionados ambos con títulos valores u otros documentos mantenidos en el espacio hermético.[167]

Conjeturando por otro lado; volviendo a la concesión de uso del compartimiento, ¿ésta

---

160 "... produce sus efectos –el contrato de compartimientos- aunque el cliente mantenga la caja vacía." Loustaunau, 2002, p.150 -lo entre guiones no es del original-. "... el contrato existe aún si nada se ha depositado e introducido en la cajilla ..." Rodríguez, 2002, p.791.

161 "En el servicio de cajas de seguridad, el banco no recibe cosa alguna para su guarda, ni sabe siquiera lo que el cliente coloca en la caja." Guzmán, 2002, p.211. "... el supuesto contenido, ..., por si fuera poco, es cambiante en virtud de la naturaleza del contrato." Rodríguez, 2002, p.791. "..., el banco, ..., no tiene conocimiento de los objetos que el cliente introduce y retira de las cajas de seguridad ..." Vara, 1992, p.688.

162 "Es más, se ha advertido que con la caja vacía el contrato igual existe, ..." Barbier, 2000, p.314. "... no es necesaria la guarda efectiva de cosa alguna en el cofre cerrado ..." Loustaunau, 2002, p.144.

163 Contrariamente sucede en el depósito cerrado, ahí no cabe la llana puesta a disposición. Refieren que los empleados bancarios, en la realidad, deben examinar el contenido del saco y ponerlo en cajas fuertes a las que solamente la institución tiene acceso. Todo lo cual resulta incompatible con la finalidad perseguida por la clientela en estos acuerdos relativos a cofres. Resumiendo, el pacto de cajas no converge dentro del tipo de depósito supraindicado. Polo citado por Álvarez, 2001, p.276 y Apuy, 1993, p.77. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

164 Por eso la tradicional obligación del depositario de conservar la cosa. Cuentan que no opera así en el convenio de espacios herméticos, al tener la entidad bancaria total ignorancia sobre los eventuales bienes guardados por el interesado. La banca, con simpleza, se compromete a tener al usuario en el sereno disfrute del compartimiento. Entre otros: Barbier, 2000, p.314; Quevedo, 1998, p.242 y Rodríguez, 2002, p.791. Cf. Barbieri, 1998, p.359. Él mantiene el encuadre jurídico como depósito, pese al "desconocimiento", en virtud de la responsabilidad bancaria.

165 "... el banco ejecuta una vigilancia del recinto donde se encuentra la caja, ..." Barbier, 2000, p.314. "No hay custodia directa de la cosa guardada dentro del cofre, sino indirecta referida a la vigilancia externa con prescindencia de su contenido." Loustaunau, 2002, p.150. "... la custodia que se presta en nuestros días -...- no es una custodia directa que actúe sobre el contenido del cofre o caja, sino de tipo indirecto; esto es, una vigilancia externa de ella, con abstracción total de su contenido." Martorell, 1996, p.503. "... la custodia no recae directamente en los objetos que se hayan introducido en la caja. La prestación de custodia tiene lugar sobre la caja fuerte y los locales donde ésta se encuentra." Zunzunegui, 1997, p.510.

166 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

167 También se cae aquí la probabilidad de hablar acerca de un depósito del cofre arrendado. Primero, por los mismos cuatro argumentos arriba invocados –en los cuerpos de las páginas-; segundo, por tratarse de un inmueble por incorporación que pertenece al banco (el depósito versa sobre muebles ajenos). Así: Álvarez, 2001, p.281; Apuy, 1993, p.104 y Vara, 1992, p.688.

implicaría para el acuerdo de cofres su identificación como arrendamiento?[168]

El planteo cuenta con comedido respaldo doctrinario.[169] Lo cual corresponde a un esquema contractual del arrendamiento semejante al del pacto aquí estudiado.[170] Ello por cuanto uno de los contratistas, la institución bancaria-arrendadora, daría al otro contratante, un interesado-arrendatario, el disfrute de una cosa, la caja de seguridad, durante un plazo, mediante el pago de un precio y manteniéndole en el goce efectivo de lo arrendado.[171] Como si fuera poco, ambos convenios revisten el carácter de consensual.[172]

Sin embargo, este postrero encuadre formulado tampoco es de recibo. No es el contrato de espacios herméticos un acuerdo de arrendamiento. Pues en el último mencionado, resultaría bastante insólita la posesión de la cosa (compartimiento) por parte del arrendador (entidad banquera); en vez de ser ésta detentada por el arrendatario (solicitante del cofre).[173] Además, la necesaria y permanente actuación de la banca para poder utilizar la caja,[174] a causa del riguroso control de acceso[175] al espacio hermético (dentro de un horario, con guardianes calificados, registro de firmas, regulación informatizada del ingreso, sistema cerrado de televisión, etc.), supone otro inconveniente para la equiparación entre los dos pactos. Ya que el conjunto de medidas exorbitantes recién apreciadas, en el convenio de compartimientos, restringen en exceso el pleno uso de la cosa, al supuesto cliente arrendatario, y eso no se ajusta al contrato de arriendo.[176]

---

168 Mencionan por allí que la mayor parte de las instituciones concuerdan con este epíteto. Por eso usan, en sus fórmulas, una terminología decididamente propensa a catalogar al contrato como un alquiler. Álvarez, 2001, p.282; Apuy, 1993, p.95; Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, pp.268-269. Inclusive, ello acontece con la legislación local (al hablar del "alquiler" de cajas de seguridad para la guarda de valores). Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, art.39 inc.a) y Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.116 inc.1. Regiría, entonces, la normativa propia del arrendamiento. Código Civil, arts.1124-1155 y Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, arts.26-43.

169 Quevedo, 1998, p.242; Rodríguez, 2002, pp.791-792 y Sánchez, 1995, p.358.

170 Entre otras coincidencias, los derechos de inspección y retención. "Incluso la eventual posibilidad de inspeccionar el contenido de la caja, ..., es absolutamente compatible con la usualmente prevista en los típicos contratos de arrendamientos de inmuebles." Álvarez, 2001, p.282. "... el derecho de retención ... se ejerce impidiendo al cliente hacer uso de su caja mientras no satisfaga las deudas provenientes del contrato." Apuy, 1993, p.108.

171 No muy diferente era la opinión de la justicia española antes de los treintas (14/12/1928). "..., sin más obligación por parte del dueño que la de cederla en alquiler y responder de que la caja cuyo uso cedía permaneciera cerrada en la forma en que la dejaran los abonados ... forzoso es reconocer que este convenio únicamente integra un contrato de arrendamiento de cosa ..." Sentencia del Tribunal Supremo citada por Álvarez, 2001, p.282. Ver en igual sentido, Apuy, 1993, pp.78-79; Broseta citado por el Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.268 y Fontanarrosa citado por Garrone y Castro, 1996, p.961.

172 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

173 "... no hay posesión de la cosa arrendada; ..." Garrigues citado por Barbier, 2000, p.314. "... en el servicio de cajas de seguridad, ..., el banco conserva siempre la posesión de la cosa ..." Guzmán, 2002, p.211. "No constituye un arrendamiento de cosas, dado que el titular no posee la cosa arrendada, ..." Zunzunegui, 1997, p.510.

174 "... cuando -el cliente- la utiliza lo hace bajo la vigilancia de la banca." Zunzunegui, 1997, p.510 –lo entre guiones no es del original-. Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

175 Véase infra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B.

176 "... en una locación el locatario normalmente no suele sufrir ninguna limitación en su derecho de uso, ..." Martorell, 1996, p.505. "... el cliente no tiene una real disponibilidad o goce de la cosa, pues siempre requiere del concurso del banco." Rodríguez, 2002, p.793. "... –hay- limitaciones al derecho de uso, al estar condicionado por la intervención constante del banco." Vara, 1992, p.689 –lo entre guiones no es del original-.

También obsérvese el ausente paralelismo entre el deber de vigilancia excepcional[177] del banco (reflejado en el elemento real que conforman la dupla cofre-estancia)[178] y la obligación clásica del arrendador (preservar el empleo pacífico de la cosa). Esta segunda es menos compleja, muchísimo más moderada. En el deber supracitado, la institución bancaria ampliamente pone su énfasis en una muy enérgica actividad de vigilancia; sin limitarse a una simple y ocasional asistencia en el disfrute.[179] Abreviando, por tratarse de un servicio demasiado enorme y particular, es insuficiente el acuerdo de arrendamiento para subsumir en él a las prestaciones típicas del pacto de cajas.[180]

Con estos apuntes efectuados, al no ser depósito, ni tampoco arriendo, el convenio de espacios herméticos se enfila inexorablemente a su contemplación como contrato unitario[181] (es decir: diferente, único). Luego de concurrir a un largo debate, creció la opción de asignar al acuerdo examinado una naturaleza jurídica original y exclusiva.[182] Ésta resulta consecuente con su propia y específica conformación histórica, conceptual y elemental.[183] Se trata de un pacto que, al fusionarlos coordinadamente,[184] acopla rasgos básicos de otras figuras; los distintos aspectos fundidos, por la reforma surgida, giran hacia la singularidad.[185] En suma, se ha erigido una modalidad contractual especial;[186] diversa respecto a los demás linajes existentes.

A los preceptos dirigidos al novel tipo, se dedican las próximas líneas.

Capítulo Tercero: Operatividad del Contrato

Las insuficiencias legislativas acaban realzando, sobre todo, el papel de los compromisos convenidos; incidiéndose en las repercusiones generadas, la responsabilidad y pormenores conclusivos.

---

177 Véase infra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B.

178 "... por parte del banco debe existir una vigilancia activa del recinto y de las cajillas en él contenidas, conducta que no corresponde en propiedad a la del arrendador ..." Rodríguez, 2002, p.791. Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

179 "...; existe un deber de vigilancia activa que no es propio de los deberes del arrendador ..." Garrigues citado por Barbier, 2000, p.314. "... el locador no tiene un deber de vigilancia activa sobre la cosa, ..." Loustaunau, 2002, p.151. "..., existe siempre en el contrato que nos ocupa un deber de custodia o vigilancia activa que no es característico de los deberes típicos del arrendador." Martorell, 1996, p.505.

180 En esto seguimos a un dueto. Fernández citado por Álvarez, 2001, p.285 y Bonfanti, 1993, p.312. Cf. Apuy, 1993, pp.80-81 y Rodríguez, 2002, pp.791-792. Ensayan una replica opositora. La cual está matizada por algún signo y otro aspecto teñido de sencilla peculiaridad conexa. La llave simbolizaría la entrega de la cosa y la excepcional actividad garante -de la entidad- en nada atentaría contra el calificativo de arriendo.

181 Designado igualmente "mixto". Asimismo: Álvarez, 2001, p.287; Barbier, 2000, p.314 y Garrigues y Uría citados por el Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.269. También nombrado, según relatan, "sui géneris". Varangot citado por Bollini y Boneo, 1990, p.428; Brizzio, 1999, p.584 y Vara, 1992, p.688.

182 Por esta alternativa pareciera decantarse cierta resolución judicial foránea (03/03/1989). Audiencia de Barcelona, Sección Segunda de lo Penal, citada por Vara, 1992, p.689.

183 Véase supra Capítulo Segundo.

184 Cuentan que hay teorías pluralistas limitadas simplemente a sumar prestaciones. Álvarez, 2001, p.287.

185 Ver en igual sentido, entre otros, Guzmán, 2002, p.212; Martorell, 1996, p.505; Molle, 1994, p.190; Ruiz, 1988, p.84; Tapia, 2002, p.238 y Zunzunegui, 1997, p.510.

186 Por eso refieren su establecimiento en el articulado del Código Civil Italiano. Martorell, 1996, p.505.

Sección I Marco Jurídico

Amén del dicho de las partes, es de recibo y adoptable el tratamiento similar y la codificación atinente; lo cual impregna a las consecuencias ligadas.

A- Disposiciones Aplicables

En el ordenamiento interno, desigual a como ocurre en otros lares[187] y salvo ciertos exiguos datos legales (para nada substanciales),[188] no se cuenta con una normativa concreta que estructuralmente rija el convenio de compartimientos de seguridad. Ante la carente estipulación, relativa a los preceptos ocupados de regular el contrato estudiado,[189] acontece el ajuste del acuerdo a esquemas conocidos. Por eso, en lo aplicable, se adaptan determinaciones comunes.

Primariamente, por ser pactos que ellos emiten, son las partes los personajes principales al momento de instituir las bases jurídicas del nexo.[190] Esto a partir del postulado nominado: autonomía de la voluntad.[191] Así, pese al predominio de la entidad bancaria en la negociación contractual, las primigenias reglas a seguir, dado el entendimiento que ambos contratantes tienen de las mismas, son las establecidas y firmadas, de manera estándar, en el formulario del convenio.[192] Debiendo respetarse -sin quebranto alguno- la moral, el orden público y a los terceros.[193] Sintetizando, se trata de atender primordialmente a las disposiciones convencionales; a lo arreglado entre la banca y el interesado en el cofre.

De resultar insuficiente; por ser compatibles teleológicamente,[194] se recurre al empleo analógico[195] del conjunto de normas provenientes de contratos afines al de cajas.[196] Pero no se imponen irracionalmente el depósito o el arrendamiento, procurándose ordenar su adopción según la situación fáctica a reglar.[197] Por eso, con respecto a la custodia del espacio hermético lo habitual es concurrir al depósito; actuándose igual en lo referido a

---

187 De nuevo, como lo hiciera Martorell, la alusión al Codice Civile y a su Servicio Bancario delle Cassette di Sicurezza. Así: Álvarez, 2001, p.290 y Vara, 1992, p.690.

188 Verbigracia un par de numerales patrios. Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, art.39 inc.a) y Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.116 inc.1.

189 Hispanamente: "... el Código de Comercio no lo incluye en las operaciones propias de la banca y la legislación mercantil especial no lo contempla ..." Tapia, 2002, p.237.

190 Ver en igual sentido, Apuy, 1993, p.110; Brizzio, 1999, p.585 y Loustaunau, 2002, p.152.

191 "... el Banco recurrido está sometido al derecho público –principio de legalidad inserto- en cuanto a su organización y a determinadas potestades exorbitantes más allá de su "régimen de conjunto" como empresa mercantil, mas no así en punto a la ejecución de un típico negocio bancario ..." Sala Constitucional, # 11535-00 –lo entre guiones y el subrayado no son del original-.

192 Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B.

193 Según mandato de la Ley Fundamental. Constitución Política, art.28 par.2.

194 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

195 "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, ..." Código Civil, art.12.

196 "... concuerdan con esta solución el Código Civil de Louisiana de 1989 (art. 1915) y el Código Civil de Québec de 1992 (art. 1377)." Brizzio, 1999, p.585. Igual aseveran en Mendoza. Loustaunau, 2002, p.152.

197 "... siempre teniendo presente la naturaleza atípica y distinta de la causa del contrato de Cajas de Seguridad, con lo que ello supone en cuanto a la aplicación mimética de normas provenientes de otras figuras contractuales." Álvarez, 2001, p.293.

la concesión de uso del compartimiento donde suele acudirse al arriendo.[198] Todo lo anterior sin olvidar que se arriba a la analogía tan solo de forma supletoria, al considerar únicamente algún grado de similitud con otros acuerdos, por lo tanto prevalece la presencia de un pacto unitario.[199] Entonces, en estos casos, habrá de procederse con mucha prudencia y cautela.

Si persistiera el vacío,[200] pese al intento de ensayar las enmiendas sugeridas en los dos párrafos previos; con la admisión de las variantes ciertamente suscitadas por los diferentes matices del convenio de cofres,[201] se apela a la ley ordinaria.[202] Es decir, a las pautas generales existentes en materia de obligaciones y contratos.[203] Por consiguiente, dado su carácter de consumidor,[204] también se tiene en cuenta la protección respectiva para el usuario de la caja.[205]

En algún grado, ello se refleja en las derivaciones arrojadas.

B- Efectos Contractuales

Los típicos bienes admisibles,[206] conforme a las disposiciones vistas,[207] para ser muy privadamente almacenados con todas las garantías, mediante el empleo del acuerdo bancario de espacios herméticos,[208] son los tradicionalmente colocados por el público peticionario del servicio:[209] colecciones, dinero, documentos, joyas, piedras preciosas, títulos valores u otros objetos preciados.[210] En particular resulta crucial, como un deber para

198 "... se aplicaran al contrato de cajas de seguridad, supletoriamente, las disposiciones sobre el tipo de contrato (arrendamiento o depósito) al que más se asemejen las prestaciones." Vara, 1992, p.691. "En lo no dispuesto en la convención contractual se aplica el régimen del contrato al que más se asemejen las concretas prestaciones, ya sea el de arrendamiento de cosas o el de depósito." Zunzunegui, 1997, p.511. Mencionan por allí, a manera de ejemplos, que priva el deposito tratándose del tópico responsabilidad; señalándose el arriendo al bregar con el mantenimiento del pacífico goce del espacio hermético. Álvarez, 2001, p.293 y Vara, 1992, p.692.

199 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte B.

200 Herencia, en todo caso, de un parco e insípido detalle legal. Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, art.39 inc.a) y Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.116 inc.1.

201 "... el cobro en dólares por los servicios de cajas de seguridad que el Banco recurrido presta a sus clientes, es atinente al giro propiamente bancario aunque se trate de un ente público, ..." Sala Constitucional, # 11535-00

202 "Los bancos o empresas que ofrecen el servicio recurren a la legislación civil y mercantil ..." Apuy, 1993, p.84.

203 Código Civil, arts.627 y siguientes. Ídem, arts.1007 y sucesivos. Código de Comercio, arts.411 y ulteriores. Ver en igual sentido, Brizzio, 1999, p.585; Vara, 1992, p.692 y Zunzunegui, 1997, p.510.

204 De hecho hay quien califica al acuerdo de compartimientos como un pacto de consumo. Asimismo: Loustaunau, 2002, p.147.

205 Ver en igual sentido, Álvarez, 2001, p.292; Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, arts.31 y siguientes y Loustaunau, 2002, pp.148-149.

206 Ver en igual sentido, entre otros, Barbier, 2000, p.313; De Chazal, 1997, p.235; Escoto, 2001, p.111; Guzmán, 2002, p.210; Marqués, 1998, p.82 y Vedrovnik, 2000, p.294.

207 Véase supra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte A.

208 Hace eco de ello la regulación nacional al hablar de cajas de seguridad para la guarda de valores. Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, art.39 inc.a) y Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, art.116 inc.1.

209 Aunque también se hallan bienes no tan tradicionales, como cuando: "... hay cajas especiales para guardar objetos que han sido grabados por medios electrónicos y que son susceptibles al magnetismo, llamadas "cajas antimagnéticas"." Apuy, 1993, p.89.

210 Apuntándose genéricamente a: "... toda clase de efectos cuyo comercio o tenencia sean lícitos y apropiados para este medio de conservación, ..." Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.268. Tales como, según relatan, cintas magnéticas, soportes informáticos, artículos concernientes a la intimidad personal y otros inocuos. Apuy, 1993, pp.89-90; Escoto, 2001, p.111 y Ruiz, 1988, p.85.

la clientela,[211] abstenerse de guardar, en los compartimientos de seguridad, aquellos bienes (corrosivos, ilícitos, inflamables, nocivos, perecederos, tóxicos y semejantes) que están prohibidos por su peligrosidad y sumo riesgo para la indemnidad de los demás cofres, el recinto y las restantes instalaciones ocupadas por el establecimiento del banco.[212]

Como fiscalizar el acatamiento de la exigencia es complicado, habitualmente surge la cláusula convencional otorgante de un derecho de inspección del contenido de la caja.[213] Éste se lo reserva la institución banquera para constatar, concurriendo la presencia del interesado,[214] que impera la observancia de lo preceptuado. La medida es eminentemente excepcional y por ende sólo aplicable, en respaldo a los corolarios de la contratación bancaria[215] y a la finalidad del usuario,[216] cuando de manera racional se presume -por indicios claros, sospechas suficientes o amplias evidencias- la existencia de un incumplimiento a la restricción (en virtud de los aromas, infiltraciones o sonidos, emanados del espacio hermético).[217]

La entidad supervisa, mientras dura el plazo contractual[218] y por medio de un severo control de acceso (determinación específica de un horario, atención con personal calificado, ingreso restringido, registro de identidades –vía contraseña especial, firma acreditada o tarjeta habilitante-, regulación computarizada de entradas y salidas, red televisiva cerrada, tiempo máximo de permanencia, etc.),[219] que solamente pase el cliente, o individuos autorizados,[220] a la bóveda de los compartimientos.[221] Está vetada la afluencia de extraños.[222] El funcionamiento de los mecanismos de accesibilidad es previamente comunicado,[223] así es factible valerse del cofre[224] –en condiciones de alta exclusividad y

---

211 "Se deriva de la obligación de usar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia, ..." Apuy, 1993, p.73. Ver en igual sentido, Código Civil, arts.698, 1138 y 1349.

212 Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.315; Loustaunau, 2002, p.154 y Martorell, 1996, p.508.

213 Ver en igual sentido, Bollini y Boneo, 1990, p.428; Formularios, 2001, p.301 y Marqués, 1998, p.82.

214 "Se suele recoger en el contrato la necesidad de requerir por escrito al titular comunicándole la intención de ejercitar la facultad de inspección señalando la fecha y hora en que se va a proceder a la apertura de la caja." Zunzunegui, 1997, p.515.

215 Véase supra Capítulo Primero, Sección II, Aparte B.

216 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

217 "En la empresa Boltec S.A. tienen perros guardianes amaestrados para detectar a distancia drogas y algunos explosivos, ..." Apuy, 1993, p.101. "Si el banco se percata de alguna manera sobre la existencia de tales circunstancias podría abrir la cajilla en guarda de la seguridad general ..." Rodríguez, 2002, p.798.

218 Véase infra Capítulo Tercero, Sección II, Aparte B.

219 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte B.

220 Refieren que junto al caso del usuario solitario están: la cotitularidad y la pluralidad de sujetos aprobados -por el interesado- para ingresar. Molle, 1994, pp.188-189; Rodríguez, 2002, p.799 y Zunzunegui, 1997, p.513.

221 Ver en igual sentido, entre otros, Bollini y Boneo, 1990, pp.423-424; Chuliá, 2000, p.780; Garrone y Castro, 1996, p.961; Jiménez, 2000, p.203; Ortega, s.a., p.84 y Sánchez, 1995, p.357.

222 "... puede suceder que entre éstas personas hubiera alguna con la intención de asaltar a otra mientras tuviera su caja abierta." Apuy, 1993, p.92. "No puede penetrar en el recinto donde está la caja de seguridad alquilada nadie más que el cliente." Marqués, 1998, p.82.

223 "... a fin de que la locación de la caja no quede en mera expectativa." Bonfanti, 1993, p.313.

224 Sin embargo, recuérdese: "La existencia del contrato no se condiciona a que el cliente haga uso efectivo de la caja. El contrato mantiene su vigencia aunque el cliente no utilice la caja." Zunzunegui, 1997, p.513. Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte B.

confianza- cuantas veces se quiera o necesite introducir o retirar objetos.[225]

De tal suerte que la banca tiene el deber de vigilar, en forma portentosa,[226] la cámara donde se encuentra la caja, al mismísimo espacio hermético y, como suplementaria consecuencia, a los bienes situados en su interior.[227] Ello significa establecer una integral y exhaustiva defensa (ante conductas y eventos perturbadores), principalmente en lo relativo al uso regular del servicio sólo por los legitimados.[228] Para todo lo cual implanta, con una adecuada organización,[229] patrones extremos de seguridad tendientes a mantener, en definitiva, la inmunidad del compartimiento puesto a disposición del público.[230]

No obstante, también se presentan los casos de apertura forzosa[231] del cofre por parte del banco (esto con una serie de cauciones, para el interesado, como las pertinentes notas preventivas y la participación de un notario inventariando, mediante acta, los distintos objetos).[232] Acontecen cuando el usuario incumple con el desembolso del precio,[233] por la inclusión de bienes inadmisibles,[234] para momentos de riesgo inmediato en los que la institución bancaria se ve sujeta a reubicar el contenido del espacio hermético[235] y contra la renuencia a desocupar voluntariamente la caja al expirar o resolverse el pacto.[236] La entidad alcanza su retribución,[237] tratándose del mal pagador, con el monto conseguido con la venta de los objetos encontrados a

---

225 "... el banco no puede negarse sin motivos justificados a las solicitudes de apertura de la caja por parte del cliente, ..." Apuy, 1993, p.70. "El banco tiene la obligación de mantener la clausura de la caja alquilada y permitir siempre su uso regular." Marqués, 1998, p.82.

226 ... el banco debe trasladar las cajas de seguridad a un local más seguro cuando en el que se encuentren corren serios peligros de ser dañadas." Vara, 1992, p.696.

227 "Carga en relación con la integridad misma de la cajilla, para evitar que ella sea abierta o se vea expuesta a daños o factores que puedan alterarla y afectar eventualmente su contenido." Rodríguez, 2002, p795. Ver en igual sentido, Brizzio, 1999, p.599; De Chazal, 1997, p.236 y Tapia, 2002, p.238.

228 Informándoles: "..., cualesquiera incidencias que puedan afectar al normal funcionamiento del servicio, ..." Álvarez, 2001, p.303.

229 "... la ecuación confianza-asunción de riesgo se traduce en una acción profesional de tutela; la oferta profesional de un servicio debe ser satisfecha de acuerdo a la expectativa que genera." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Barbieri, 1998, p.361.

230 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

231 No siempre media la rudeza: "... puede utilizarse el duplicado por el mismo banco en ciertas hipótesis en las que la ley -colombiana- lo autoriza a proceder unilateralmente a la apertura de la cajilla. En todos estos supuestos la existencia del duplicado evita la necesidad del empleo de la fuerza ..." Rodríguez, 2002, p.795 –lo entre guiones no es del original-. Ver en igual sentido, Barbier, 2000, p.316; Martorell, 1996, pp.507-508 y Vedrovnik, 2000, p.294.

232 "El Código Italiano prevé está circunstancia en su art. 1841 estableciendo una previa intimación mediante carta recomendada con aviso de recibo; luego de la cual se puede obtener la autorización de "Il Pretore" para abrir la caja en presencia de un Notario y darle al contenido la disposición necesaria para su conservación, ..." Código Civil Italiano citado por Loustaunau, 2002, p.153.

233 Cuentan que muchas veces, después de la cobranza, la banca se reserva la posibilidad de disponer o destruir los objetos sobrantes. Álvarez, 2001, p.328 y Vara, 1992, p.709.

234 Obedeciendo a la falta de colaboración del cliente para que el banco ejerza su derecho de inspección. Así: Zunzunegui, 1997, p.515.

235 Véase supra el párrafo inmediatamente anterior.

236 "Una vez finalizado o resuelto el contrato el/la Titular estará obligado a devolver la llave al Banco/la Caja, dejando el compartimento vacío, de tal manera que éste se encuentre apto para una próxima utilización." Formularios, 2001, p.303.

237 Añadiendo: "... los gastos, daños y perjuicios que se hubiese causado por abrir y desocupar la caja, ..." Guzmán, 2002, p.213.

lo interno del compartimiento (de quedar algún saldo residual correspondería tomarlo al cliente).[238] En la restante casuística los bienes desalojados permanecen en poder de la banca, a las órdenes del interesado, para ser devueltos.[239]

Pero siendo el cofre un sitio excelente para tener diversos objetos valiosos de un posible deudor[240] y resultando asequible el cobro por este medio,[241] los acreedores del público usuario de una caja pueden acudir al mecanismo del embargo.[242] Así, luego que hacen la respectiva solicitud al juez, el banco acaba dejando el espacio hermético a disposición de la autoridad jurisdiccional. Primeramente el proceder de la institución bancaria, tendiente a efectivizar y dar cumplimiento al mandato recibido, consiste en impedir –apoyado en toda su logística-[243] el acercamiento del cliente al cofre.[244] El inconveniente está en la acostumbrada lentitud judicial que podría conducir a frustrar la actividad procesal,[245] al proporcionarle suficiente tiempo a un sagaz interesado para extraer con prontitud los bienes del compartimiento.[246] No sucediendo lo anterior, erigiéndose además como un quinto caso de forzamiento, el ejecutor tomará los objetos susceptibles de remate hallados en la caja y prestará atención a su valor en procura de cubrir el adeudo reclamado.[247]

Arribase ahora, sin más dilación, a los postreros temas de interés.

Sección II Sistema de Responsabilidad y Modalidades de Finalización

Ambos tópicos, que tienden a la pluralidad de aristas, corresponde abordarlos con sumo detenimiento y congruencia.

A- Responsabilidad

Es función de la entidad banquera garantizar la integridad de la estancia, el espacio hermético

238 Mencionan por allí, sin ser categórico el consenso y en ausencia de mandatos convencionales, que la actuación estima fundamentarse en el derecho de retención y/o en la excepción de contrato no cumplido. Álvarez, 2001, p.306; Código Civil, arts.1072 y 1357; Código de Comercio, art.522 y Vara, 1992, pp.697-698.

239 Verbigracia, en materia liquidatoria, vencido un plazo de sesenta días a partir del aviso respectivo, pueden abrirse los cofres en condiciones muy similares a las reseñadas en este aparte. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, arts.167 inc.3–168.

240 "Es evidente el interés de los acreedores de apoderarse de los valores contenidos en la caja fuerte." Bollini y Boneo, 1990, p.426.

241 "Se trataría, ..., de una hipótesis bastante remota por cuanto en la práctica el deudor habría tomado sus precauciones ..." Bonfanti, 1993, p.316.

242 "Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas." Código Civil, art. 981. El contenido de la caja, como integrante del peculio, es prenda común de los acreedores. Asimismo: Loustaunau, 2002, p.164.

243 Véase supra este mismo aparte.

244 "..., el banco procede a pegar en la puerta de su caja de seguridad un sello o calcomanía de seguridad para que la misma no pueda ser abierta, en la cual se lee que dicha caja está embargada." Apuy, 1993, p.98.

245 "..., ante una infidencia que alertara al deudor de la inminencia de la medida, ..." Martorell, 1996, p.517.

246 Ver en igual sentido, Bonfanti, 1993, p.316; Garrone y Castro, 1996, p.961 y Molle, 1994, p.191.

247 Código Procesal Civil, arts.272 y siguientes. Ídem, art.440. Ídem, arts.631 y sucesivos.

y adjuntamente su contenido.[248] Nada de violaciones contra los compartimientos de seguridad,[249] aperturas indebidas,[250] alteraciones, siniestros, pérdidas[251] o circunstancias semejantes.[252] En ese sentido, la banca es responsable por los daños experimentados por el usuario[253] y le debe a éste una reparación.[254] También está visto que, ante la consumación del menoscabo para el público interesado,[255] el banco se eximiría[256] cuando haya mediado caso fortuito,[257] fuerza mayor o hecho de la propia víctima.[258]

El párrafo anterior explicase por la intención de no desproteger o atentar contra la finalidad del cliente suscriptor del pacto en estudio (asegurar sus pertenencias de fenecer o de un saqueo).[259] Entonces, más inclusive que establecer la presencia de una obligación de resultados,[260] la propensión es a alcanzar la

---

248 "El Banco/la Caja, ... -es- responsable de los daños que hubiesen sufrido los objetos guardados ..." Formularios, 2001, p.302 –lo entre guiones no es del original-. "Para la Jurisprudencia dominante, el banco garantiza la integridad de las cajas y el contenido de ellas, ..." Loustaunau, 2002, p.158. "La entidad de crédito asegura la integridad de la caja como medio para conservar el contenido." Zunzunegui, 1997, p.513. Véase supra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B. Ver en igual sentido, Chuliá, 2000, p.780; Garrone y Castro, 1996, p.961 y Vedrovnik, 2000, p.294.

249 "..., la generación de estas circunstancias implica el incumplimiento del deber del banco de guarda y custodia de los objetos depositados dentro de las cajas de seguridad." Barbieri, 1998, p.363.

250 Relatan como una institución bancaria le permitió a un heredero, de aquel cotitular fallecido, sin la presencia del otro supérstite, vaciar el aforo del espacio hermético. Audiencia Provincial de Lugo citada por Tapia, 2000, p.239.

251 ... que las cosas depositadas en la caja han sido robadas ..." Bonfanti, 1993, p.313.

252 "Los tribunales han declarado la responsabilidad del banco que incumple sus deberes de disponer de cámaras de filmación y vigilantes." Audiencias Provinciales de Alicante y Madrid citadas por Tapia, 2002, p.239.

253 Quien presta el servicio, según refieren, responde por la idoneidad de la custodia del local y por la indemnidad del compartimiento y lo en él guardado. Artículo 2238 del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial citado por Barbier, 2000, p.316 y numeral 1839 del Código Civil Italiano citado por Loustaunau, 2002, p.155.

254 "..., es preciso establecer una responsabilidad a su cargo –de la entidad- consistente en la necesidad de indemnizar a su clientela por el equivalente de los perjuicios causados." Rodríguez, 2002, p.796 –lo entre guiones no es del original-.

255 Cuentan que la banca suele alegar atenuadamente que su compromiso es con la exterioridad del cofre. Apuy, 1993, pp.96 y 100.

256 El cumplimiento de requisitos técnicos preventivos no exonera al banco de responsabilidad. Así: Álvarez, 2001, p.296.

257 No lo sería, mencionan por allí, el accionar por propia iniciativa de los empleados bancarios. Situación del funcionario infiel que se hace de una copia de las llaves de la caja. Cámara Nacional Comercial, Sala C, citada por Brizzio, 1999, pp.602-603.

258 "... sólo deja de responder por fuerza mayor o ... por demostración de culpa de su cliente." Bollini y Boneo, 1990, p.424. El ordenamiento jurídico arroja igual resultado, en caso de asignarle al contrato de espacios herméticos la naturaleza de depósito cerrado. Código de Comercio, art.524 par.1. Ver en igual sentido, Código Civil, art.702.

259 Si se opta por señalar que a la institución banquera le basta con probar diligencia, muy fácilmente conseguirá su exención. Asimismo: Álvarez, 2001, pp. 308-309. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

260 "... la obligación del banco de asegurar la vigilancia diurna y nocturna de los locales bancarios, para impedir que quien no sea locatario pueda abrir una caja de seguridad es una obligación "de resultado", ..." Cámara Nacional Civil, Sala F, citada por Barbieri, 1998, p.363. "La jurisprudencia francesa ha establecido que es de resultado, ..." Gavalda y Stoufflet citados por Bollini y Boneo, 1990, p.424. "En general se considera que la obligación del banco es de resultado; la doctrina es conteste en el punto." Bonfanti, 1993, p.313. "... –una- calificación de la custodia como obligación de resultado, parece seguir el sistema del Código Civil Italiano (art. 1839) ..." Código Civil Italiano citado por Loustaunau, 2002, p.158 –lo entre guiones no es del original-. "La jurisprudencia penal, ..., afirma que la banca "no se compromete a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado que consiste en la conservación del statu quo de la caja, ...""" Sentencia del Tribunal Supremo citada por Zunzunegui, 1997, p.513. Cf. Brizzio, 1999, p.592. Considera a la presente obligación como de medios.

máxima objetivación posible.[261] Por lo tanto, prevalece una firme tendencia inclinada en torno a erigir un régimen de responsabilidad objetiva (apartado de la negligencia y la culpabilidad);[262] que haga simple al damnificado, acreditando la lesión sufrida, exigir el resarcimiento al responsable. Por eso el incumplimiento bancario, plasmado en un daño, va seguido de la indemnización al usuario.[263] Este sistema encuentra fundamento en la obvia desigualdad imperante entre ambos contratistas,[264] diferencia que beneficia al prestador del servicio (institución banquera) y desfavorece a su receptor final (público adquirente).[265]

Dicho lo previo y para efectivizar el régimen, al cobrarle lo perdido a la entidad, el cliente debe demostrar que su cofre permanecía ocupado con bienes y ha sido transgredido.[266] Recuérdese como la banca no es depositaria de los objetos,[267] el propio interesado es quien ejecuta movimientos en la caja; provocando modificaciones en el interior del espacio hermético (sin que los empleados del banco sepan nada).[268] En consecuencia, los bienes contenidos en el receptáculo -su índole y valía- son del entero desconocimiento de la institución.[269] Por ende, el usuario carga con la prueba de lo almacenado en el cofre.[270]

261 "... la obligación de custodia del banco lleva a asignarle responsabilidad objetiva por el incumplimiento, ... Prevalece en la Jurisprudencia actual la idea de que el banco asume una obligación de resultado, que para el caso de ser incumplida, le ha de generar una responsabilidad objetiva ..." Loustaunau, 2002, p.151. "... en las obligaciones de resultado es inoperante la prueba de la falta de culpa ... –pues- comporta un supuesto de responsabilidad objetiva ..." Cámara Nacional Comercial, Sala A, citada por Loustaunau, 2002, p.157 –lo entre guiones no es del original-.

262 "Se trata de una custodia "efectiva" y no meramente "disuasiva"." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Loustaunau, 2002, p.160. "... la culpa ... deviene irrelevante, porque el programa de prestación comprometido por el deudor tiene un objetivo concreto y determinado que no ha sido alcanzado." Martorell, 1996, p.512.

263 "... el profesional banquero que lucra con el arrendamiento de cajas de seguridad ofrece a su clientela "seguridad", de lo que se sigue responsabilidad en caso de daño." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Barbieri, 1998, p.363. "..., por lo tanto, garantiza a sus clientes la conservación y custodia de los bienes en óptimas condiciones de seguridad, por lo cual los daños eventuales sufridos implican un incumplimiento de su obligación." Garrigues citado por Rodríguez, 2002, p.796.

264 "Tanto el diferente potencial económico de las partes contratantes, como la predisposición de las condiciones del servicio unilateralmente por parte del banco, hacen que la igualdad no se produzca en ningún caso." Álvarez, 2001, p.310. Véase supra Capítulo Primero, Sección I, Aparte B e ídem, Sección II, Aparte B.

265 "... preceptos propios de derecho de consumo, ... consagran ya sin complejos una responsabilidad objetiva cuando el cliente sea considerado como destinatario último ..." Álvarez, 2001, p.310. "..., el término "cliente" y todas sus expresiones equivalentes, ..., se considerará equivalente a "consumidor" ..." Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.40 par.2. Ver en igual sentido, Código Civil, art.702 y Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, arts.2 par.3, 31, 32 inc.b) y f), 34 inc.a) y 35 par.1-2.

266 "Uno de los requisitos del daño para ser indemnizable es que sea cierto, ..." Loustaunau, 2002, p.163. "Corresponde al titular, ..., describir las cosas sustraídas de la caja y probar que estaban en la caja en el momento de la perdida o sustracción." Zunzunegui, 1997, p.514. Ver en igual sentido, Bollini y Boneo, 1990, p.424; Garrone y Castro, 1996, p.961 y Molle, 1994, p.190.

267 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte B.

268 "..., puede suceder que el cliente, en un determinado momento, haya retirado los efectos que había introducido a la caja, ..." Vara, 1992, p.700. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

269 "... (el cliente no notifica al banco qué guarda en la caja, y cuál es el valor pecuniario de ello) ..." Vedrovnik, 2000, p.295. Por tanto: "... tiene que demostrar la preexistencia de las cosas dentro de la caja y el valor de las mismas." Tapia, 2002, p.239.

270 "No solo porque las cláusulas más usuales en los contratos así lo dispongan, sino fundamentalmente, porque por la naturaleza de la operación -...– sólo el usuario está en condiciones de demostrar que había en la caja." Vedrovnik, 2000, p.295. Ver en igual sentido, Código de Comercio, art.431 y Código Procesal Civil, arts.317-318 y 330.

Esto último no resulta sencillo.[271] La comprobación de perdidas o sustracciones es una cuestión harto difícil.[272] Curiosamente predispone a dicha situación el notable esmero en ofrecer total privacidad con el control de acceso.[273] Entonces, hay gran complicación para hacer ver lo existente en la caja al momento del episodio dañino (¿sí es qué había algo?).[274] De allí los esfuerzos, muy bien encausados, para aportar algunas soluciones al problema; tratando con eso que no se vuelva utópica la responsabilidad bancaria.[275]

Sin perjuicio del desenlace arrojado por la investigación técnico-policial,[276] entre las respuestas planteadas están: el adjudicarle un mayor credo a las presunciones[277] e indicios[278] (que por su gravedad, precisión y concordancia ratifiquen la versión del afectado),[279] concederle más crédito a las declaraciones del quejoso[280] (cuyo historial y antecedentes, idoneidad moral y material, condujeron decisivamente al otorgamiento del servicio)[281] y la intervención del fedatario en la introducción de los objetos al espacio hermético (tomaría apunte, levantando la respectiva acta notarial,[282] de lo recién guardado y de lo que ya estaba ahí).[283] Se ha optado por las anteriores medidas, incluso por parte de jurisprudencia foránea,[284] ante la necesidad de aminorar el excesivo rigor

---

271 "Sólo quienes utilizan la caja conocen su contenido ..." Bonfanti, 1993, p.314.

272 "Muchas veces, serán las circunstancias de hecho (solvencia del cliente, situación económica, manifestaciones de bienes hechas al banco, frecuencia con la que asiste a la caja a efectuar operaciones, etc.) las que definirán la cuestión." Vedrovnik, 2000, p.295.

273 Véase supra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B.

274 "..., en la práctica forense se –le- denomina habitualmente una probatio diabolica." Álvarez, 2001, p.313 -lo entre guiones no es del original-.

275 Como sucedería con: "... aquellos autores que demandan sin concesiones la prueba por parte de la víctima, ..." Garrigues y Añoveros citados por Álvarez, 2001, p.313.

276 Relatan, por ejemplo, que con un incendio, o una inundación, es posible contar con rastros de lo contenido por el compartimiento. Así documentos o joyas, parcialmente destruidas, permiten determinar el resarcimiento respectivo. Rodríguez, 2002, p.797.

277 "..., siendo la prueba directa extremadamente dificultosa o casi imposible, adquieren pleno valor las presunciones, ..." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Barbieri, 1998, p.364. Ver en igual sentido, Código de Comercio, art.431 inc.g) y Código Procesal Civil, arts.318 inc.7 y 414-417.

278 "... el destino habitual de una Caja de Seguridad es justamente albergar objetos preciosos y valiosos del tipo de los que los clientes decían haber perdido ..." Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, citada por Álvarez, 2001, p.313 –lo subrayado no es del original-.

279 Siempre que, según refieren, no vean degradado su valor al ser confrontadas con otras probanzas. Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Loustaunau, 2002, p.164.

280 Ver en igual sentido, Código de Comercio, art.431 inc.g) y Código Procesal Civil, arts.318 inc.1 y 333-350.

281 "... -el- juramento por parte de los denunciantes, ... resulta avalado por la especial "respetabilidad" de los mismos ..." Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, citada por Álvarez, 2001, p.313 –lo entre guiones no es del original-. Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

282 También pudiera ser: "..., documento o prueba equivalente que compruebe que fueron colocados en la caja los objetos cuya perdida se reclame, ..." Guzmán, 2002, pp.212-213. "-es- prueba suficiente la documental aportada por el titular, presentando sus libros de comercio y documentación fiscal." Audiencia Provincial de Madrid citada por Zunzunegui, 1997, p.515 -lo entre guiones no es del original-. Ver en igual sentido, Código Notarial, arts.101-107.

283 "Si como suele ser habitual el servicio se utiliza para guardar bienes cuyo uso no va a ser muy frecuente, el coste de tal práctica no se elevaría demasiado, ..." Álvarez, 2001. p.314.

284 "... si se exigiera ... una prueba rigurosa e inequívoca sobre la veracidad del contenido que ha sido sustraído, recaería sobre el invocante del hecho una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente impracticable, ..." Cámara Nacional Comercial, Sala D, citada por Barbieri, 1998, p.364. Cuentan que los tribunales españoles han apreciado las dificultades demostrativas y como una severa rigidez podría llevar a la irresponsabilidad de la entidad bancaria. Zunzunegui, 1997, p.515. Ver en igual sentido, Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Bonfanti, 1993, p.317; Loustaunau, 2002, pp.163-164 y Martorell, 1996, p.516.

probatorio. Ello en atención a la singularidad del convenio de compartimientos,[285] el fin pretendido por el público con éste y al marcado desequilibrio entre el dueto contratante.[286]

Así las cosas, como se desprende de lo expuesto y con antelación se había anotado,[287] la entidad es liberada por la presencia del caso fortuito, fuerza mayor o hecho de la propia víctima.[288] El marco de valoración de las circunstancias exoneratívas,[289] en virtud de la conformación del elemento real contractual,[290] es bastante restrictivo.[291] De ordinario no eximen: incendios, vendavales, aluviones, derrumbes, sismos, huelgas, atracos, etc.[292] Todo al comprenderse que la infraestructura y los cofres son supremamente capaces de resistir esas adversidades con plenas garantías (sólo de manera aislada y como una calificadísima excepción,[293] es que alguna de ellas alcanzaría a constituirse en causal salvadora).

Este esquema de responsabilidad, aprovechando que el de cajas es un contrato adhesivo,[294] muchas veces se pretende alterar con la inclusión de ciertas disposiciones en exclusivo beneficio de la banca.[295] Las cuales, siendo su contenido abusivo,[296] podrían devenir en nulas.[297] Como lo es aquella

---

285 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte B.

286 Véase supra el párrafo segundo de este aparte.

287 Véase supra el párrafo inicial de este aparte.

288 "... de ninguna manera es sostenible que el banco sea siempre, o en cualquier circunstancia, responsable ..." Brizzio, 1999, p.599. Ver en igual sentido, entre otros, Código Civil, art.702; Arias, 1996, pp.260-286; Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, 1992, T. I, p.268; Rodríguez, 2002, p.797; Tapia, 2002, p.238 y Zunzunegui, 1997, p.514.

289 Por la objetivación, el probar diligencia no significa liberarse. Así: Álvarez, 2001, p.311.

290 "..., -que garantiza- la salvaguardia de la caja de seguridad y de los objetos que contiene." Mazeaud y Tunc citados por Brizzio, 1999, p.599 -lo entre guiones no es del original-. Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

291 "... esta censura –la crítica a los medios defensivos desplegados para la protección- es posible, a fin de contrarrestar la eventual prueba liberatoria del banco, ..." Cámara Nacional Civil, Sala F, citada por Barbieri, 1998, p.363 –lo entre guiones no es del original-.

292 "Siendo precisamente la intención del cliente ..., el evitar a toda costa que los objetos incluidos en la caja sufran este tipo de ataques, se hace muy difícil considerarlos entonces como caso fortuito o fuerza mayor ..." Álvarez, 2001, pp.311-312. El cofre está destinado, mencionan por allí, a sustraer a los bienes de tales peligros. Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Brizzio, 1999, p.603.

293 "... como son las guerras y las revoluciones, ... tradicionalmente consideradas como supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, ..." Álvarez, 2001, p.312. "... ha sido juzgado que la orden dada por el ejercito de ocupación de abrir una caja de seguridad constituía un caso de fuerza mayor, ..." Bonfanti, 1993, p.314. "No se puede pretender que resista el ataque en banda armada esperando como un cuartel de ejercito, ..., pero sí que no permita que los ladrones se pasen el fin de semana saqueando las cajas ..." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Loustaunau, 2002, p.160.

294 "..., implicativo de un "plus" de accionar por parte del juez, a fin de enmarcar y limitar cualquier posible abuso por el predisponente; ..." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Bonfanti, 1993, p.317. Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

295 "Los banqueros, generalmente, mediante cláusulas, atenúan su responsabilidad, pero su eficacia es la del derecho común." Bollini y Boneo, 1990, p.425. Estipulaciones abusivas, de este tipo y que serán examinadas enseguida, deben declararse nulas y excluirse de los acuerdos bancarios. En razón de sus irracionales y desproporcionados textos. Asimismo: Sala Constitucional, # 5719-97.

296 Disposiciones que van en detrimento del consumidor, conforme relatan, por el importante desequilibrio contractual existente entre los derechos y obligaciones de las partes. Directiva de la Comunidad Económica Europea citada por Rodríguez, 2002, p.190. Tal cual sucede, como refieren, con las cláusulas eximentes tan asiduas en los formularios estandarizados de cajas. Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Corvalán, 2002, p.272.

297 Ver en igual sentido, Código Civil art.1023 y Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, arts.42, 46 par. final y 53 par. último.

estipulación,[298] deformante a todas luces del acuerdo (piénsese en corolarios,[299] noción,[300] elementos,[301] etc.), que carente de rubor, con ocasión de verificarse un hecho lesivo, libra completamente al banco de ser responsable.[302] Ante el eventual incumplimiento bancario la desconcertante respuesta, advertida desde el inicio en la documentación del pacto, sería la irresponsabilidad.[303] La institución banquera, absurdamente, contrae así una obligación sin ningún grado de responsabilidad por faltar a ella; esto conlleva a una contradicción inaceptable. Permitirle a la entidad el empleo de cláusulas exonerativas respaldaría un manejo inicuo de su postura como parte preponderante del convenio.[304]

Similar consideración puede efectuarse en cuanto a la también rutinaria disposición limitativa de responsabilidad.[305] Aquí se está frente al establecimiento de una cuantía máxima por la que responderá la banca. Es decir, apuntase a una suma límite.[306] Acá igualmente repite la invalidez, ello en tutela del contratista débil.[307] No resulta factible admitir que el banco, en caso de un acontecimiento dañoso, esquivamente cubra hasta determinado monto definido por él mediante contrato. Le corresponderá, a dicha institución, indemnizar con el importe genuino derivado de las evidencias.[308]

Siempre en este orden de ideas, en un nuevo afán de escapismo,[309] la entidad frecuentemente adopta la estipulación relativa a no exceder cierta cifra en el valor global de los bienes colocados adentro del espacio hermético.[310] Por eso le pide al cliente una declaración del

---

298 "... la resistencia a responder con apoyo en cláusulas exonerativas, constituyen el mayor desencuentro entre bancos y usuarios, ..." Barbier, 2000, p.316.

299 "... el ordenamiento no puede autorizar esa renuncia –a los derechos patrimoniales- anticipadamente, ni incentivar desequilibrios o desproporciones irrazonables, o que alteren los principios ... en que se fundamentan los negocios jurídicos." Sala Constitucional (# 6515-93) citada por Sala Primera, # 35-95 –lo entre guiones y el subrayado no son del original-. Véase supra Capítulo Primero, Sección II, Aparte B.

300 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

301 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

302 "... las cláusulas de exoneración de responsabilidad, por el banco, no tendrán valor alguno; ..." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Bonfanti, 1993, p.317. "Las cláusulas que de forma absoluta supriman la responsabilidad del Banco se deben tener por no puestas ..." Vara, 1992, p.701.

303 "... -desnaturalizándose- el objeto esencial del contrato y el principio de la buena fe, ya que implica, ab initio, una renuncia anticipada del derecho de exigir la reparación de los daños ..." Cámara Nacional Comercial, Sala D, citada por Corvalán, 2002, p.271 –lo entre guiones no es del original-. "... se trata de una renuncia anticipada de derechos por parte del cliente que desvirtúa el objeto del contrato, ..." Cámara Nacional Comercial, Sala B, citada por Laguinge, 2002, p.190. Cuentan sobre la presencia de antecedentes judiciales argentinos declarantes reiterados de la invalidez de aquellas estipulaciones que libran de responsabilidad a la banca. Loustaunau, 2002, p.162.

304 Ver en igual sentido, Álvarez, 2001, p.321; Martorell, 1996, p.516 y Cámara Nacional Comercial, Sala D, citada por Vedrovnik, 2000, p.296.

305 "... incompatible con el esquema típico del contrato, ... también inconciliable con la función que se ha querido asignar a las cajas de seguridad." Papanti-Pelletier citado por Vara, 1992, p.703.

306 Ver en igual sentido, Brizzio, 1999, p.591; De Chazal, 1997, p.237 y Loustaunau, 2002, p.162.

307 "... según ha determinado la Justicia en Italia, las cláusulas contractuales que limitan la responsabilidad a un importe prefijado son nulas, ..." Tribunal de Milán citado por Martorell, 1996, p.515. Ver en igual sentido, Código Civil art.1023 y Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.42.

308 Véase supra los párrafos tercero a quinto de este aparte.

309 Perseguido ahora indirectamente. Así: Álvarez, 2001, p.322.

310 "Este tipo de limitaciones no pueden ser utilizadas por la banca para excluir su responsabilidad." Zunzunegui, 1997, p.515.

total estimado que encierra el compartimiento (aunque no un detalle exacto de los diferentes objetos) y se confiere el posible ejercicio de un cuestionable derecho de inspección (para así constatar la obediencia fiel al impedimento).[311] De este modo, ante una probable reparación, sólo cancelaría -como tope- la cantidad oportunamente declarada. Otra vez distorsión del acuerdo, de nuevo un clausulado en neto provecho de la banca y el rasgo abusivo, continúa el actuar indebido de la parte dominante y la necesidad de prestar atención a la endeble; entonces, como en la dupla de párrafos precedentes, nuevamente aplica la nulidad y el resarcimiento acreditado.[312]

También está muy difundido que el banco,[313] para cubrir su responsabilidad y respaldado por la pertinente disposición en el pacto,[314] adquiera un seguro por si sucede alguna situación lesiva.[315] Siendo el usuario quien resulta protegido por esta póliza.[316] Pero, aún suponiendo dicho espíritu, no es tolerable que la institución bancaria, sin saberlo el interesado, tome parte del precio sufragado por el cofre[317] para costear el seguro. Y, aún peor, que las compensaciones concertadas sean de proporciones ínfimas e incluso simbólicas[318] (lo cual vendría a ser equiparable con las estipulaciones precitadas). De darse esas maniobras, conducen a la invalidez de tal cláusula aseguradora.[319]

Expuesta la materia antecesora, sólo resta postular el epílogo.

B- Finalización

Las modalidades de terminación del convenio presentan como la más cotidiana de ellas al cumplimiento del período de duración designado previamente (estilase señalar un plazo anual, establecido a partir de la fecha del firmado; sin embargo, nada objeta otros lapsos

---

311 "El Banco no puede exigir, so pena de la desnaturalización del contrato, conocer el contenido de la caja." Vara, 1992, p.704. La facultad fiscalizadora arriba mencionada difiere mucho con respecto a la del tema de los bienes admisibles (y la consecuente prohibición consagrada): "Aquí sí existe un interés del Banco en tutelar la incolumidad de las personas o cosas, propias y de los demás, ..." Ídem. Véase supra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B.

312 Ver en igual sentido, Código Civil art.1023 y Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.42.

313 "… es permisible la contratación de un seguro que brinde la cobertura y libere al banco de responsabilidad." De Chazal, 1997, p.237. Cf. Brizzio, 1999, p.597. No está de acuerdo con que sea el banco quien asegure, considerando su desconocimiento referente al aforo del espacio hermético; el indicado para obtener la póliza, hasta con gran certeza en cuanto a la suma apropiada, es el público interesado.

314 "... un contrato paralelo de seguro, ... podría ser hecho ... a través de una cláusula inserta en el mismo contrato de caja de seguridad, ..." Cahali citado por Loustaunau, 2002, p.163.

315 Práctica garante que, mencionan por allí, podría suscitar flaqueza en la conformación de las instalaciones y del compartimiento. Ello por estar la institución banquera disculpada de cualquier percance. Álvarez, 2001, p.325.

316 "Es conveniente que el cliente tenga los objetos depositados cubiertos por un seguro ... Éste es contratado a través del banco con una compañía, aunque cabe la posibilidad de que el cliente lo haga por su cuenta." Marqués, 1998, p.83. Eso sí: "... –nunca- está justificado que la entidad de crédito condicione la contratación del alquiler de cajas fuertes a una cobertura a cargo del titular ..." Zunzunegui, 1997, p.514 –lo entre guiones no es del original-.

317 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

318 Hay poco reproche cuando la cuantía, si bien fija, es elevada. Asimismo: Apuy, 1993, p.101.

319 "... supone un claro engaño al usuario quien, además de desconocer para qué se está utilizando parte de su dinero, debido a la falta de transparencia, puede haber elegido el contrato de Cajas de Seguridad en la confianza de que, de esa manera, no sería necesario suscribir seguro alguno." Álvarez, 2001, pp.324-325 –lo subrayado no es del original-. Véase supra Capítulo Primero, Sección II, Aparte B. Ver en igual sentido, Código Civil art.1023; Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.42 y Vara, 1992, p.706.

-incluso hasta el indeterminado-).[320] Una vez concluido el espacio temporal dispuesto en el contrato,[321] operaría de forma irremisible la extinción.[322] No obstante lo apuntado, por renovación implícita, cuando de las partes no surja un mandato o proceder opuesto,[323] sin precisar de ningún requisito adicional, el acuerdo de cajas continuará con otra temporalidad idéntica a la precedente.[324] Entonces, se tornaría imperiosa la acción de advertir desde antes la negativa a prolongar el pacto; fijando con detalle, en los albores contractuales, como formalizar dicho anuncio (anticipación, medio, saldos, etc.).

Otra vía de clausura destacada es la resolución del convenio.[325] Por la determinación de alguno de los contratistas[326] se anticipa la supresión del servicio.[327] Habitualmente el cliente reacciona así: frente al destrozo o desmejora severa del espacio hermético que lo dejen estropeado, por el menoscabo en la calidad de la restante infraestructura, ante controles de indemnidad disfuncionales.[328] La antelación bancaria, por su lado y en general, obedece a la ausencia de cancelación del público contratante.[329] Aunque también otras faltas del interesado llevan a resolver este contrato bilateral:[330] colocar en el compartimiento bienes vedados (es decir, incluir objetos contrarios a lo comprometido),[331] condena de cárcel (con el notorio quebranto en la consideración moral) y apertura del concurso de acreedores[332] o proceso de quiebra[333] (surgiendo un obvio deterioro en la situación material).[334]

---

320 "El contrato se puede renovar indefinidamente por períodos anuales; ..." Bollini y Boneo, 1990, p.428. "Por lo general, el contrato tiene una duración anual ..." Marqués, 1998, p.83. Cf. Guzmán, 2002, p.213. Para él, habitualmente, la celebración es por tiempo indefinido.

321 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

322 Ver en igual sentido, Loustaunau, 2002, p.165; Molle, 1994, p.191 y Zunzunegui, 1997, p.515.

323 "Una de las formas más habituales de dar por finalizado el contrato es la entrega de la llave al Banco por parte del abonado ..." Álvarez, 2001, nota al pie 79, p.315. "... –si las llaves no son devueltas en las condiciones preestablecidas- el contrato habrá de considerárselo prorrogado ..." Martorell, 1996, p.517. "... si al vencimiento no se devuelve la llave el establecimiento podrá tenerlo por prorrogado ... o si ..., el banco procede a recibir la suma correspondiente a un nuevo período." Artículo 1436 del Código de Comercio de Bolivia citado por Rodríguez, 2002, p.800.

324 Ver en igual sentido, Álvarez, 2001, p.315; Bollini y Boneo, 1990, p.425 y Martorell, 1996, p.510.

325 Igualmente denominada, según relatan, "unilateral". Bollini y Boneo, 1990, p.425; Formularios, 2001, p.302 y Martorell, 1996, p.511.

326 Con la entidad bancaria existen reservas. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, art.42 inc.e). Ver en igual sentido, Álvarez, 2001, p.316; Código Civil, art.692 y Zunzunegui, 1997, p.516.

327 "En estos contratos las partes pueden ponerle fin en cualquier momento, ..." Apuy, 1993, p.99. "... ; algunos bancos se reservan el derecho de rescindir el contrato con o sin aviso previo al finalizar el período, o de rescindirlo cuando les plazca ..." Bollini y Boneo, 1990, p.428. "El banco se reserva, comúnmente, el derecho de dar por terminado el contrato, previo aviso." Guzmán, 2002, p.213. "... cualquiera de las partes puede dar lugar a su terminación mediante el preaviso ..." Rodríguez, 2002, p.800.

328 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A. Ver en igual sentido, Álvarez, 2001, p.316; Formularios, 2001, p.302 y Loustaunau, 2002, p.165.

329 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A. Ver en igual sentido, Bollini y Boneo, 1990, p.425; Formularios, 2001, p.302 y Martorell, 1996, p.518.

330 Véase supra Capítulo Segundo, Sección I, Aparte B.

331 Véase supra Capítulo Tercero, Sección I, Aparte B. Ver en igual sentido, Formularios, 2001, p.302 y Loustaunau, 2002, p.165.

332 Código Civil, arts.884 y siguientes. Código Procesal Civil, arts.760 y sucesivos.

333 Código Civil, art.898. Código de Comercio, arts.851 y siguientes. Código Procesal Civil, art.818.

334 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A. Ver en igual sentido, Formularios, 2001, p.302; Loustaunau, 2002, p.165 y Martorell, 1996, p.518. Cf. Molle, 1994, p.190. Discrepa, sin mucho abundamiento, en relación con la bancarrota mercantil.

Participan también dentro de las circunstancias extintivas del acuerdo, pero con menor resonancia que el dueto predecesor: la desaparición -entiéndase ausencia,[335] disolución,[336] fallecimiento-[337] o incapacidad[338] del único usuario[339] (el aspecto personalísimo[340] del pacto resulta demasiado enérgico como para la asimilación, así sin más, de alguien ajeno al convenio), el cierre de la gestión banquera (una liquidación y desligue total de este giro comercial, implica consecuentemente el cese del contrato),[341] y aquella finalización por consentimiento recíproco (la decisión conjunta de las partes en esa dirección postrimera).[342]

CONCLUSIÓN

Es la terminación del presente estudio el instante propicio y pertinente para, planteando un balance de lo realizado, resaltar aquellas cuestiones fundamentales vertidas. En otras palabras, a esta altura, conviene apreciar el pensamiento esencial expuesto.

El contrato de banca, contribuyendo sobre todo a la función básica crediticia, es la implementación jurídica de la operación bancaria.

La relación jurídica banco-cliente, procedida de lo anterior, termina plasmándose en un documento de carácter serial y adhesivo.

Las divisiones contractuales, en esta materia, son más bien aparentes.

Viene a ser ratificado lo pretérito con la coincidencia aplicativa de corolarios comunes.

El actual acuerdo de cajas de seguridad, en lo medular, no dista tanto de lo que ha sido su acontecer histórico.

La columna vertebral del convenio estudiado, en cumplimiento de la finalidad pretendida por los contratantes, es la puesta a disposición de un compartimiento garantizando su indemnidad.

Las partes, estancia, cofre, precio y el ejemplar impreso constituyen los componentes que conforman la fisonomía del pacto en examen.

El contrato de espacios herméticos, por peculiaridad, no accede al calificativo de depósito o arriendo; designándosele como una categoría especial y nueva.

Ante la carencia de normativa específica, las estipulaciones concertadas, los acuerdos similares y la legislación genérica; acaban regulando el funcionamiento del convenio considerado. Las consecuencias suscitadas (objetos almacenables, facultad fiscalizadora, ingreso selectivo, articulación de la vigilancia, forzamiento y embargabilidad)

---

335 Código Civil, arts.67 y siguientes. Código Procesal Civil, arts.871-875.

336 Refieren esto, obviamente, para el caso de una persona jurídica. Formularios, 2001, p.302. Código Civil, arts.1237 y siguientes. Código de Comercio, arts.201 y sucesivos. Código Procesal Civil, arts.542-546.

337 "... no se rescindirá por la muerte de uno de los locatarios; continuaría con los sobrevivientes, ..." Bollini y Boneo, 1990, p.426. "... –el contrato- habrá de continuar con los restantes, ..." Martorell, 1996, p.509 –lo entre guiones no es del original-. Ver en igual sentido, Código Civil, art.34.

338 Ver en igual sentido, Código Civil, arts.36 y 41 y Código Procesal Civil, arts.847-853.

339 "La doctrina señala que la locación puede hacerse a un titular o a varios; ..." Bonfanti, 1993, p.315.

340 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A.

341 Véase supra Capítulo Segundo, Sección II, Aparte A. Ver en igual sentido, Bollini y Boneo, 1990, p.425 y Loustaunau, 2002, p.165.

342 Ver en igual sentido, Loustaunau, 2002, p.165 y Martorell, 1996, p.518.

resultan congruentes con la estructura del pacto referido.

La responsabilidad de la entidad por daños, pese a la problemática demostrativa y a la inserción de cláusulas abusivas, tiende a ser de índole objetiva.

Verificación del plazo y resolución unilateral son habitualmente las modalidades extintivas del contrato enfocado.

Así es como se consolidan, llegado este punto, las diversas propuestas sostenidas desde los albores de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Barbier (Eduardo) **Contratación Bancaria**, Buenos Aires, Editorial Astrea, s.n.e., 2000.

Barbieri (Pablo) **Contratos de Empresa**, Buenos Aires, Editorial Universidad, s.n.e., 1998.

Bollini (Carlos) y Boneo (Eduardo) **Manual para Operaciones Bancarias y Financieras**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tercera Edición, 1990.

Boneo (Eduardo) y Barreira (Eduardo) **Contratos Bancarios Modernos**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.n.e., 1994.

Bonfanti (Mario) **Contratos Bancarios**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s.n.e., 1993.

Chuliá (Francisco) **Introducción al Derecho Mercantil**, Valencia, Tirant Lo Blanch, 13ª edición, 2000.

De Chazal (José) **Contratos de Empresa**, Santa Cruz, UPSA, Primera Edición, 1997.

De Chazal (José) **Mercado de Valores, Banca y Comercio Internacional**, Santa Cruz, UPSA, 2da. Edición, 1996.

Díaz (Enrique) **Contratos Bancarios**, Bogotá, Editorial Temis, s.n.e., 1993.

Diccionario de Términos Bancarios, Madrid, Editorial Paraninfo, s.n.e., 1994.

Diccionario Enciclopédico Profesional de Finanzas y Banca, Madrid, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, Primera edición, T. I y II, 1992.

Escoto (Roxana) **Banca Comercial**, San José, EUNED, Primera edición, 2001.

Farina (Juan) **Contratos Comerciales Modernos**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2º edición, 1997.
Garrone (José) y Castro (Mario) **Manual de Derecho Comercial**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición, 1996.

Guzmán (Rogelio) **Derecho Bancario y Operaciones de Crédito**, México, Editorial Porrúa, s.n.e., 2002.

Jiménez (Humberto) **Derecho Bancario**, San José, EUNED, Tercera reimpresión de la 1 ed., 2000.

Marqués (Juan) **Servicios Bancarios**, Madrid, Ediciones Pirámide, s.n.e., 1998.

Méndez (Odilón) **La Investigación Científica**, San José, Investigaciones Jurídicas, 2 ed., 2002.

Molle (Giacomo) **Manual de Derecho Bancario**, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Reimpresión de la Segunda Edición, 1994.

Ortega (Luis) **Derecho Bancario**, Guayaquil, Edino, s.n.e., s.a.

Quevedo (Ignacio) **Compendio de Derecho Mercantil**, México, Addison Wesley Longman, Primera Edición, 1998.

Rodríguez (Sergio) **Contratos Bancarios**, Bogotá, Legis, Quinta Edición, 2002.

Ruiz (José) **Secreto Bancario y Hacienda Pública**, Madrid, Editorial Civitas, Primera edición, 1988.

Sánchez (Fernando) **Instituciones de Derecho Mercantil**, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Decimoctava Edición, 1995.

Tapia (Alberto) **Derecho Bancario**, Barcelona, Cálamo, s.n.e., 2002.

Zunzunegui (Fernando) **Derecho del Mercado Financiero**, Madrid, Marcial Pons, s.n.e., 1997.

Tratados

Martorell (Ernesto) **Tratado de los Contratos de la Empresa**, Buenos Aires, De Palma, s.n.e., T. II, 1996.

Obras Colectivas

Álvarez (Julio) El contrato de Cajas de Seguridad, **Contratación Bancaria**, Valencia, Tirant Lo Blanch, s.n.e., T. I, 2001, pp. 271-330.
Arias (Luis Albán) Un Comentario de Sentencia a Propósito de la Fuerza Mayor, las Obligaciones de Resultado y la Distribución del Riesgo, **Estudios de Derecho Mercantil**, San Ramón, Sección de Ciencias Jurídicas, Sede de Occidente, Universidad de Costa Rica, s.n.e., 1996, pp. 260-286.

Brizzio (Claudia) Alquiler de Cajas de Seguridad, **Derecho Bancario y Financiero Moderno**, Buenos Aires, Ad-Hoc, Primera edición, 1999, pp. 579-604.

Campobasso (Gian Franco) La Evolución de los Servicios Bancarios y Financieros en el Ordenamiento Italiano, **Derecho Bancario y Financiero Moderno**, Buenos Aires, Ad-Hoc, Primera edición, 1999, pp. 137-166.

Corvalán (Juan) Síntesis Jurisprudencial sobre Abuso en los Contratos, **El Abuso en los Contratos**, Buenos Aires, Ábaco, s.n.e., 2002, pp. 243-282.
Formularios, **Contratación Bancaria**, Valencia, Tirant Lo Blanch, s.n.e., T. II, 2001, pp. 299-304.

Gerscovich (Carlos) Marcos del Derecho Bancario y Financiero, **Derecho Bancario y Financiero Moderno**, Buenos Aires, Ad-Hoc, Primera edición, 1999, pp. 33-113.

Laguinge (Esteban) El Abuso en la Contratación Bancaria y la Protección de la Ley de Defensa del Consumidor, **El Abuso en los Contratos**, Buenos Aires, Ábaco, s.n.e., 2002, pp. 157-199.

Loustaunau (Roberto) Contrato de Servicio Bancario de Caja de Seguridad, **Manual de Operaciones Bancarias y Financieras**, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, s.n.e., 2002, pp. 143-165.

Ramos (Isabel) Contratación Bancaria Electrónica, **Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores**, Madrid, La Ley, 1ª edición, 2001, pp. 795-825.

Sánchez-Calero (Juan) El Derecho de la Competencia y la Contratación Bancaria, **Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil**, Madrid, Civitas, Primera edición, 1994, pp. 267-297.

Vara (Nemesio) Las Cajas de Seguridad, **Contratos Bancarios**, Madrid, Civitas, primera edición, 1992, pp. 683-710.

Vara (Nemesio) Las Cajas de Seguridad, **Estudios de Derecho Bancario y Bursátil**, Madrid, La Ley, s.n.e., T. III, 1994, pp. 2705-2721.

Vedrovnik (Marcelo) Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras, **Derecho y Empresa**, Rosario, Universidad Austral, s.n.e., 2000, pp. 247-299.
Trabajos Finales de Graduación

Aguilar (Viviana) y Vargas (Viviana) **Las Cláusulas Leoninas en los Contratos Bancarios de Crédito de Formalidad Necesaria**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, 2000.
Apuy (Erick) **Las Cajas de Seguridad y su Naturaleza Jurídica en Costa Rica**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1993.

Barrantes (Silvia) **Las Condiciones Abusivas de Crédito a la Luz de la Ley de Protección al Consumidor**, San Isidro, Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Latina de Costa Rica, 2002.

Marenco (Rodolfo) **El Contrato de Leasing: Sus Repercusiones Económicas y Jurídicas en La Sociedad Costarricense**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Central, 2000.

Morales (Marcela) **El Contrato de Underwriting**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de las Américas, 2002.

Murillo (Oscar) **Realidad Sociojurídica del Contrato de "Factoring" en Costa Rica**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San José, 1999.

Navarro (Giovanni) **Instrumentalización Jurídica de Créditos Bancarios en la Legislación Costarricense, Redacción y Utilización**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Colegio Justiniano de la Universidad Panamericana, 2003.

Vargas (Salvador) **Responsabilidad Civil Extracontractual del Notario Externo del Departamento Hipotecario del Banco Crédito Agrícola de Cartago**, San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San José, 1999.

Constitución

Constitución Política, 7 de noviembre de 1949, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 22 ed., 2005.

Códigos

Código Civil, s.n.l. del 26 de abril de 1886, San José, Porvenir, 14 ed., 2000.

Código de Comercio, ley #3284 del 30 de abril de 1964, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 19 ed., 2005.

Código Notarial, ley #7764 del 02 de abril de 1998, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1 ed., 1998.

Código Procesal Civil, ley #7130 del 16 de agosto de 1989, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 15 ed., 2005.

Leyes

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, #7472 del 20 de diciembre de 1994, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 8 ed., 2005.

Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, #7527 del 10 de julio de 1995, San José, Editorial Porvenir, 1ª Edición, 1995.

Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, #5435 del 29 de noviembre de 1973, San José, en: www.pgr.go.cr/scij, 2006.

Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, s.n.l., s.f., San José, en: www.pgr.go.cr/scij, 2006.

Reglamento

Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Decreto #25234-MEIC del 25 de enero de 1996, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 8 ed., 2005.

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional, #700 de las 17:24 hrs. del 2 de febrero de 1994. Recurso de Amparo de D.C.F. c/ B.N.C.R.

Sala Constitucional, #3650 de las 15:42 hrs. del 21 de julio de 1994. Recurso de Amparo de C.P.I.M.M.S.A. c/ B.A.C.

Sala Constitucional, #5015 de las 16:02 hrs. del 6 de setiembre de 1994. Recurso de Amparo de G.G.S. c/ B.P.D.C.

Sala Constitucional, #504 de las 11:15 hrs. del 27 de enero de 1995. Recurso de Amparo de O.B.F. c/ B.N.C.R. y E.

Sala Constitucional, #4297 de las 10:57 hrs. del 4 de agosto de 1995. Recurso de Amparo de E.P.M. c/ B.P.D.C.

Sala Constitucional, #4394 de las 15:15 hrs. del 9 de agosto de 1995. Recurso de Amparo de E.C.M. c/ B.P.D.C.
Sala Constitucional, #4627 de las 10:54 hrs. del 18 de agosto de 1995. Recurso de Amparo de O.S.C. c/ B.P.D.C.

Sala Constitucional, #5088 de las 19:03 hrs. del 13 de setiembre de 1995. Recurso de Amparo de F.A.A. c/ B.P.D.C.
Sala Constitucional, #5944 de las 11:12 hrs. del 1 de noviembre de 1995. Recurso de Amparo de G.S.G. c/ B.P.D.C.

Sala Constitucional, #4185 de las 10:27 hrs. del 18 de julio de 1997. Recurso de Amparo de C.I.E.S.A. c/ B.I.S.A. y F.I.T.S.A.

Sala Constitucional, #4186 de las 10:30 hrs. del 18 de julio de 1997. Recurso de Amparo de C.I.E.S.A. c/ B.I.S.A. y F.I.T.S.A.

Sala Constitucional, #5719 de las 18:09 hrs. del 17 de setiembre de 1997. Recurso de Amparo de M.T.P.U. c/ B.P.D.C.

Sala Constitucional, #11535 de las 14:59 hrs. del 21 de diciembre del 2000. Recurso de Amparo de S.A.C. c/ B.N.C.R.

Sala Constitucional, #6675 de las 15:02 hrs. del 11 de julio del 2001. Acción de Inconstitucionalidad de A.B.C.

Sala Constitucional, #10266 de las 09:37 hrs. del 12 de octubre del 2001. Recurso de Amparo de L.V.V. y M.M.M. c/ B.P.D.C.

Sala Primera, #35 de las 14:59 hrs. del 08 de marzo de 1995. Proceso Ordinario Contencioso Administrativo de R.C.M. y otros c/ B.N.C.R.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, #187 de las 09:15 hrs. del 29 de mayo del 2002. Proceso Ordinario de B.S.J. c/ J.J.C.R.S.A.

Periódicos

Informe al público de la Superintendencia General de Entidades Financieras, **La Nación** (periódico), viernes 31 de marzo del 2006, p. 40-A.

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DIVERSIDAD BIOLÓGICA: COSIDERACIONES PARA AMÉRICA LATINA”

Lic. Jorge Cabrera Medaglia
Especialista en Derecho Comercial y, especialmente, en Derecho Ambiental.

I. Introducción.

El tema de los derechos de propiedad intelectual (DPI) se ha encontrado inmerso en intensos debates y polémicas respecto a la conveniencia y la oportunidad de vincular esta temática con los Tratados de Comercio, como componente imprescindible en las agendas y mesas de negociación comerciales. En diferentes foros nacionales e internacionales[1], se están discutiendo las transformaciones legales e institucionales provenientes de los acuerdos a ser concretados, y los efectos que tendrán en tópicos tan relevantes como la competitividad de las naciones, el desarrollo industrial, la salud pública, la educación, la seguridad alimentaria y más recientemente sobre el ambiente[2]. Con relación a este último aspecto, y debido al surgimiento de un marco legal internacional contemplado en las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y Tratado de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI), se ha insistido en la existencia de un conflicto entre ciertas tendencias orientadas al fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual y los objetivos de conservar, utilizar sosteniblemente la biodiversidad y distribuir equitativamente los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. En este sentido, si bien consideramos que la implementación práctica de ciertas formas de propiedad intelectual puede tener consigo efectos negativos, el presente trabajo parte de la premisa de que existe un margen de maniobra adecuado para establecer sinergias apropiadas entre las obligaciones comerciales en materia de DPI y aquellas contenidas en los tratados ambientales citados.

El debate en torno al tema de la propiedad intelectual ha sido intenso y parte de consideraciones mucho más amplias relativas

---

1 Por ejemplo, el Consejo del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Comité de Comercio y Medio Ambiente de dicha Organización, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Organización Mundial para la Propiedad Industrial (OMPI), entre otros.

2 Sobre las implicaciones de los derechos de propiedad intelectual sobre el desarrollo en general y en particular en el caso de la biodiversidad y la seguridad alimentaria, se recomienda ver el trabajo de ICTSD-UNCTAD, Intellectual Property Rights: implications for development. Policy Discussion Paper, Geneva, 2003 y el Reporte de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, “ Integrating intellectual property rights and development policy”, Londres, Setiembre del 2002, disponible en www.iprcomission.org. Ambos documentos proveen un detallado y objetivo análisis de las implicaciones de ciertas tendencias en materia de propiedad intelectual sobre el desarrollo, incluyendo: agricultura y recursos genéticos, conocimiento tradicional, acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

al papel de estos derechos en la difusión de las innovaciones y el conocimiento, como agentes importantes para el desarrollo de los países. En gran medida las discusiones giran en torno a las consecuencias que el fortalecimiento de los DPI pueden tener sobre la posibilidades de desarrollarse mediante el uso de tecnología, el acceso a instrumentos básicos para la educación (bases de datos, software, entre otros) y para la salud (v.g. medicamentos) y sus impactos en la biodiversidad. No es de extrañar que a la vinculación del tema con las agendas de comercio (en forma reciente) y de desarrollo (desde mediados de los 60) se le agregue ahora un nuevo elemento de importancia: el ambiental.

La mayoría de los autores y organizaciones que se refieren al tópico (en el marco de las disposiciones existentes en el ADPIC), consideran especialmente los efectos que los derechos de propiedad intelectual sobre formas de vida (y en concreto lo dispuesto en el artículo 27.3.b) tendrían sobre la biodiversidad y sobre las comunidades indígenas y campesinas. Los argumentos cubren un amplio espectro, desde el fomento a la biopiratería sobre los recursos y conocimientos tradicionales, hasta la imposibilidad de los campesinos para guardar e intercambiar semillas de variedades protegidas por estos derechos, pasando por las implicaciones y consecuencias de los organismos genéticamente modificados. En definitiva, la relación entre propiedad intelectual, recursos genéticos, distribución de beneficios y conocimiento tradicional resulta compleja.[3]

II. La relación entre la biodiversidad y los derechos de propiedad intelectual: sinergias y oportunidades. Foros internacionales.

Previo al análisis de los vínculos existentes es importante mencionar algunas palabras sobre algunos instrumentos internacionales. En este sentido se deben destacar: a) la Convención sobre la Diversidad Biológica y las diferentes resoluciones en materia de propiedad intelectual y biodiversidad provenientes de la Conferencia de las Partes y las implicaciones que podría tener la negociación en curso de un régimen internacional de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en lo relativo a los derechos de propiedad intelectual; b) las disposiciones del Tratado de la Organización de la Agricultura y la Alimentación (FAO) sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, particularmente las derivadas del acceso a los recursos genéticos (arts 10 a 14), los derechos del agricultor (art, 9) y la imposibilidad de otorgar derechos de propiedad intelectual a los materiales en “la forma recibida” del Sistema Multilateral de acceso (art. 12.1.d). C) Adicionalmente, se indicarían, en la medida en que son pertinentes para la investigación, los debates en el seno de la OMC y su Acuerdo ADPIC a la luz de la Declaración de Doha (párrafo 19) y los aspectos técnicos relacionados estudiados en el Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicional y Folklore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

---

3 Downes, David, Integrating implementation of the Convention on Biological Diversity and the rules of the World Trade Organization, IUCN, Gland, 1999.

A. El Convenio sobre la Diversidad Biológica.

La riqueza biológica de los países tropicales como los ubicados en América Latina y el Caribe y las posibilidades de utilización de los recursos genéticos, bioquímicos y del conocimiento tradicional asociado, constituyen hoy por hoy una realidad incontestable. Los avances en las técnicas de exploración de organismos y las posibilidades de las "nuevas biotecnologías" han abierto las puertas a una consideración diferente del valor "oculto" de estos recursos y conocimientos tradicionales.

Sin embargo, por las disposiciones legales que luego comentaremos, existe la obligación de que el acceso a estos recursos y conocimientos cumpla con varios requisitos:

a) La obtención del consentimiento fundado previo del Estado y demás titulares del conocimiento o del recurso biológico, genético y bioquímico (conocido por sus siglas en inglés como PIC).

b) La negociación de la distribución de beneficios derivados del acceso a la biodiversidad y el conocimiento tradicional asociado, por medio de un acuerdo o contrato que contemple los "términos mutuamente acordados" en que el acceso se celebra.

c) La conservación de la biodiversidad y la creación de capacidades nacionales para dar valor agregado a los recursos naturales propios de cada país.

Este Acuerdo internacional reafirma la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales (art. 3). Dicha soberanía conlleva la posibilidad de regular el acceso a esos recursos y el conocimiento asociado, sujetando el Acuerdo a lo que disponga la legislación nacional y a una distribución justa y equitativa de los beneficios entre los diversos actores (arts. 15, 16 y 19). Asimismo, los objetivos del convenio están constituidos por la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

El artículo 3 establece que de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental. Esta declaración, reiterada en el preámbulo, debe ser complementada por las disposiciones del artículo 15 del Convenio (Acceso a los Recursos Genéticos).

Este artículo regula lo concerniente a la facultad de cada gobierno, de conformidad con su legislación nacional, para controlar el acceso a los recursos genéticos (inciso 1). No obstante, cada parte contratante deberá facilitar el acceso a esos recursos para utilizaciones ambientalmente adecuadas y no imponer restricciones contrarias a los objetivos de la Convención (inciso 2).

El acceso se encuentra sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante, salvo que ésta disponga otra cosa y se efectuará en condiciones mutuamente acordadas (incisos 4 y 5).

Por último, cada parte podrá tomar las medidas legislativas, administrativas o de políticas, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 para compartir en forma justa y equitativa, los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole con la parte contratante que aporta esos recursos. Esta participación se efectuará en condiciones mutuamente acordadas. La idea de estas disposiciones es clara: si se realizan investigaciones que tienen como fundamento recursos genéticos, tanto los resultados (un nuevo conocimiento) como los beneficios (un porcentaje de eventuales *royalties*) deben de ser compartidos entre quien aportó los mismos y quien obtuvo los resultados o se aprovechará de los beneficios. Por supuesto que esta disposición se encuentra calificada por la existencia de términos mutuamente acordados.

El acceso a los recursos genéticos se complementa con las disposiciones de los artículos 16 y 19 del texto. Los países en desarrollo, utilizaron su capacidad de detentadores de recursos genéticos para negociar normas internacionales para adquirir tecnología y su transferencia, preocupación común desde los años 70, ahora agravada por dos motivos. Primero, la utilización de recursos genéticos como materia prima para una de las tecnologías más importantes del futuro: la biotecnología. No obstante, el valor de esa materia prima así como la contribución de los agricultores y pueblos indígenas en el mejoramiento de cultivos y animales o en la medicina natural y el combate de plagas, no resulta compensado. Segundo, más que nunca esta nueva tecnología está en manos del sector privado. Esta posición, de incluir normas referentes a la tecnología y la distribución de los beneficios derivados del uso de diversidad biológica, fue rechazada en un principio por varias naciones desarrolladas, que buscaban un convenio " más clásico" referido a temas de conservación y de utilización de la biodiversidad, como había sido la tónica de otros tratados internacionales. Por supuesto que surgieron también las indicaciones a los derechos de propiedad intelectual y la necesidad de garantizar su adecuada protección. Máxime cuando a raíz de las negociaciones comerciales, fundamentalmente la Ronda Uruguay del GATT y el Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica, uno de los puntos que se negociaban era el fortalecimiento de la normativa sobre derechos de propiedad intelectual.

Por su parte, el artículo 19 (Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios), se enmarca por la misma línea del artículo 15, restringida eso sí, a la investigación biotecnológica (inciso 1). Asimismo, menciona la potestad de cada parte para adoptar las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, en particular países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes. La misma clarificación, en términos mutuamente acordados, se emplea en este artículo.

Quizá, el artículo más controversial de este Convenio es el 16 (Acceso a la tecnología y transferencia de tecnología). El origen de esta norma, demuestra cuál ha sido la discusión de fondo de este convenio: los países en desarrollo utilizaron su potencial de dueños de los recursos biológicos, para negociar un convenio que se refiera a una preocupación común desde los años 70: la transferencia de tecnología en particular la situación de la biotecnología. Ello, no sólo por la importancia

de esta tecnología para el desarrollo sino también porque su propiedad se ubica esencialmente en manos privadas.

Según este texto, cada Parte Contratante, reconoce que la tecnología incluye la biotecnología y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia son elementos esenciales para el logro de los objetivos del convenio, y se compromete a asegurar y/o facilitar a las otras Partes Contratantes, el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como la transferencia de esas tecnologías.

El acceso de los países en desarrollo a la tecnología y la transferencia de tecnología a esos países, se asegurará o facilitará en condiciones justas y en los términos más favorables, incluidas las condiciones preferenciales y concesionarias que se establezcan de común acuerdo y cuando sea necesario a través del mecanismo financiero de los artículos 20 y 21.

La discusión de esta cuestión fue particularmente conflictiva y de un claro matiz Norte-Sur. Surgió entonces la referencia a las obligaciones derivadas de los derechos de propiedad intelectual. Por ello se determinó que en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz (misma terminología del acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la Ronda Uruguay del GATT) y sean compatibles con ella.

Este artículo 16 permite que cada Parte Contratante tome las medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con el objeto de que se asegure a las Partes Contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan esos recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, incluyendo la tecnología protegida por patentes y otros derechos de propiedad intelectual .Cada parte podrá asimismo tomar las medidas antes referidas, para que el sector privado facilite el acceso a la tecnología, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo.

Por último, el párrafo 5 de esta norma reconoce que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio y cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del mismo.
Por su parte, el artículo 8 dispone:

“Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible, y según proceda:

J) Con arreglo a la legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y fomentará

que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente"

Algunas otras normas relevantes están constituidas por el artículo 10 inciso C (proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con prácticas culturales tradicionales compatibles con la conservación o la utilización sostenible), 17 inciso 2 (intercambio de información sobre conocimientos tradicionales y autóctonos) y 18 inciso 4 (fomentar y desarrollar métodos de cooperación para el desarrollo de tecnologías, incluidas las tradicionales y autóctonas).

Resoluciones de las Conferencias de las Partes del CBD.

Las Conferencias de las Partes del Convenio también han abordado la relación entre DPI y biodiversidad. Por ejemplo, en la III Conferencia de las Partes la Decisión III-15 (acceso a recursos genéticos) solicitó al Secretario Ejecutivo cooperar con la OMC a través de su Comité de Comercio y Ambiente para explorar la medida en qué puedan existir vínculos entre el artículo 15 del Convenio y el ADPIC. Igualmente en la Decisión III-17 reconoció, entre otros aspectos, que se requería mas investigación para desarrollar una apreciación sobre la relación entre las provisiones del ADPIC y el CDB, particularmente los puntos relativos a la transferencia de tecnología y la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, la distribución justa y equitativa de beneficios, la protección del conocimiento tradicional, etc. La IV Conferencia de las Partes (1999 Bratislavia) además de reiterar algunos de los llamados anteriores, enfatizó la necesidad de asegurar consistencia en la implementación de la Convención y el ADPIC, con el fin de incrementar el apoyo recíproco entre ambos regímenes y la integración de las preocupaciones relativas a la biodiversidad y la protección de los DPI (IV-15). La V Conferencia (2000, Kenia) en la Decisión V-26 solicita a la OMPI y la UPOV que en su labor tengan debidamente en cuenta las disposiciones pertinentes del Convenio, incluídas las repercusiones de los DPI sobre la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y en particular el valor de los conocimiento tradicionales. Más adelante invita a la OMC a que tenga en cuenta que el ADPIC y el CBD están mutuamente relacionados y llama a que se explore más a fondo esa relación mutua. La Resolución VI/24/C 1 "El papel de los DPI en la implementación de acuerdos de distribución beneficios": invita a los gobiernos y Partes ha promover la revelación del origen de los recursos genéticos en aplicaciones de derechos de propiedad intelectual, cuando la materia protegida consista o haga uso de recursos genéticos en su desarrollo, como una posible contribución al rastreo del cumplimiento del consentimiento informado previo y las condiciones mutuamente acordadas bajo las cuales el acceso a esos recursos fue otorgado. El numeral 2 contempla la misma invitación en términos de conocimiento tradicional asociado. En la VII Conferencia de las Partes, la Decisión VII/ 19 solicita al Grupo de Trabajo identificar los aspectos relativos a la revelación del origen de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociados en las solicitudes de DPI, incluyendo aquellas relativas al certificado de origen/fuente/legal procedencia. Igualmente solicita a la OMPI y la UNCTAD a preparar estudios sobre la revelación del origen en las solicitudes de DPI, basados en una lista de tópicos a ser abordados.

Como se indicó resoluciones de las Conferencias de las Partes (COP) del CBD han hecho mención a la revelación del origen,

al menos desde la COP VI. Igualmente las Guías de Bonn contienen una referencia al tema al indicar que, como parte de las medidas en países usuarios, se debe promover medidas para promover la revelación del origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas en solicitudes de derechos de propiedad intelectual (16.d.ii).

La negociación de un régimen internacional (RI) y sus implicaciones para los DPI.

Los países en desarrollo durante las negociaciones que precedieron la redacción del Convenio sobre la Diversidad Biológica justamente lucharon- y lograron- por incluir como uno de los objetivos de este tratado, la distribución de los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos. De esta manera a la par de los objetivos de relacionados con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, participar en los beneficios se convierte en una de las metas que deben guiar el accionar de la CBD. A pesar de que el tratado recogió los intereses de estas naciones, poco se ha hecho para llevar a la práctica este postulado. Dicho grupo culminó su labor en Octubre del 2000 en Bonn, finalizando las Guías de Bonn Sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, las cuales, con diversos cambios y adiciones, fueron finalmente aprobadas en la VI Conferencia de las Partes celebrada en La Haya en el 2002[4]. Si bien es cierto estas orientaciones o lineamientos fueron bienvenidos por países desarrollados y empresas usuarios de estos recursos, para algunos países en desarrollo, este esfuerzo resultaba insuficiente fundamentalmente por dos razones: 1) son de naturaleza voluntaria; 2) las guías prestan poca atención a las medidas a ser emprendidas por los países donde se ubican usuarios (países desarrollados con empresas que usan recursos genéticos) para cumplir sus obligaciones en el marco del Convenio, especialmente las relativas a tomar medidas administrativas, de política y legislativas para compartir beneficios.

De forma paralela, en enero del 2002 se conforma en México el Grupo de Países Megadiversos Afines o GAPMA (creado mediante la Declaración de Cancún)[5].

En la Cumbre de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, el GAPMA se apuntó un importante éxito al impulsar, de conformidad con lo dispuesto en la Declaración de Cancún, el establecimiento de un régimen internacional que promueva y salvaguarde efectivamente la distribución justa y equitativa de beneficios, de beneficios, el cual quedó recogido en el párrafo 42 inciso O del Plan de Acción de Johannesburgo. La Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 57-260 del 20 de diciembre del 2002 invita a la Conferencia de

---

4 Las Guías de Bonn en su párrafo 16. d, establece que las Partes con usuarios de recursos genéticos deberían considerar medidas para apoyar el cumplimiento con el consentimiento informado previo de la Parte que provee los mismos y los términos mutuamente acordados bajo los cuales el acceso tiene lugar. Entre estas medidas se cita: fomentar la revelación del país de origen de los recursos y del conocimiento tradicional en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

5 Véase www.megadiverse.com

las Partes para tomar las medidas necesarias con relación al compromiso de la Cumbre para negociar dicho régimen[6].

La VII Conferencia de las Partes, acuerda iniciar dichas negociaciones. De esta forma, la Decisión VII/19 reconoce como uno de los elementos del Régimen Internacional: xiii) un certificado internacionalmente reconocido de origen/fuente/legal adquisición de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado y en el xiv) la revelación del origen/fuente/legal adquisición de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado. Igualmente el punto E (medidas para apoyar el cumplimiento del consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados bajo los cuales el acceso se concedió, sección conocida como Medidas de Países Usuarios) de la misma Decisión establece la necesidad de abordar aspectos como la revelación del origen como mecanismos para apoyar el cumplimiento de la legislación de acceso y el consentimiento informado previo y los términos mutuamente acordados. El punto 6 requiere al Grupo de Trabajo de Acceso a Recursos Genéticos analizar el tema del certificado de origen incluyendo su factibilidad, costo y practicidad.

La Decisión VII/19 acuerda convocar nuevamente al Grupo de Trabajo sobre ABS para que "…en colaboración con el Grupo de Trabajo del artículo 8 inciso J sobre conocimiento tradicional y asegurando la participación de comunidades y pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, industria e instituciones académicas e intergubernamentales, elabore y negocie un régimen internacional sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios con el propósito de adoptar un instrumento o instrumentos para efectivamente implementar las disposiciones del artículo 15 y 8 inciso J y los 3 objetivos de la Convención." El grupo operará de conformidad con los términos de referencia que constituyen el anexo de la resolución.

Estado actual de las negociaciones del RI

La VIII Conferencia de las Partes del CBD se reunió en Curitiba, Brasil para analizar el tema del RI, el cual ocupó uno de los aspectos centrales del debate. Si bien es cierto fundamentalmente se discutieron aspectos de proceso y no sustantivos, algunos temas de interés fueron acordados.

Por medio de la decisión VIII/4 se decide transmitir el Anexo (los resultados de la reunión de Granada) al Grupo de Trabajo sobre ABS en su quinta reunión para que, de conformidad con la Decisión VII/19, continué la elaboración de un RI, incluyendo además los siguientes insumos:

a) Los resultados del Grupo de Expertos Técnicos sobre el certificado de origen/ fuente/legal procedencia.

b) El reporte de progreso del análisis de lagunas y la matriz.

c) Otros aportes sometidos por las Partes relacionados con ABS.

---

6 Aunque el lenguaje de la Cumbre se refiere solo a distribución de beneficios, la reunión del Programa de Trabajo del Convenio (Montreal Marzo del 2003), recomendó que el Grupo de Trabajo en su segunda reunión considerar el proceso, naturaleza, ámbito, elementos y modalidades de un régimen internacional de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios.

Se indica que dicho anexo refleja las perspectivas de las Partes sostenidas en la reunión de Granada.

Entre los elementos del Anexo, contemplados bajo el título distribución justa y equitativa de beneficios: se incluye la revelación del origen o fuente en solicitudes de DPI que hagan uso o consistan en recursos genéticos y conocimiento tradicional (CT) incluyendo evidencia del cumplimiento de la legislación del país proveedor en materia de consentimiento informado previo (PIC) y distribución de beneficios; etc.

En el Acápite D - Medidas para apoyar el cumplimiento con el PIC y los TMA de las Partes proveyendo recursos genéticos en las Partes con usuarios de tales recursos genéticos en su jurisdicción-, se reafirma que la revelación del origen en solicitudes de DPI constituye un elemento de los términos de referencia del Anexo a la Decisión VII/19 D para la elaboración del RI. Se reconoce que el tema ha sido tratado en la OMPI y en la OMC y se invita a los foros relevantes a abordar (o continuar) el tema de la revelación del origen en solicitudes de DPI, considerando la necesidad de asegurar que el trabajo apoya y no contraviene los objetivos del CBD. Se requiere al Secretario Ejecutivo a renovar su solicitud de acreditación como observador ante el Consejo del ADPIC.

En general las principales disposiciones del CBD que pueden tener relevancia para los DPI:

1. El respeto a la soberanía nacional sobre la biodiversidad (recursos genéticos).

2. La prevención de la denominada biopiratería y el apoyo a los esfuerzos de los países por establecer un sistema de acceso a recursos genéticos que incluya la obligación de obtener el consentimiento informado previo y una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

3. La protección del conocimiento tradicional, en este caso el tocante a las variedades tradicionales (recursos filogenéticos)

4. La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad en general.

B. El Tratado Sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura[7]

El Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos fue adoptado por la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) en 1983. El principal objetivo de este instrumento, jurídicamente no vinculante, consistía en “asegurar que los recursos fitogenéticos de interés económico o social, particularmente para la agricultura, sean explorados, preservados, evaluados y hechos disponibles para el mejoramiento y propósitos científicos”. El Compromiso Internacional declaraba de libre acceso y Patrimonio Común de la Humanidad a los recursos genéticos

7 Sobre la evolución y actividades realizadas por la Comisión de Recursos Genéticos cfr www.fao/ag/cgrfa. Véase además Mohamed Ali Mekour, A global instrument on agrobiodiversity: the international treaty on plant genetic resources for food and agriculture, Environmental Law and Policy, FAO, 2002 y Cooper, David, The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, RECIEL, London, 11(1), 2002.

vegetales. Sin embargo, este instrumento consideraba bajo la misma categoría a las líneas de élite y las variedades mejoradas, estas últimas protegidas mediante derechos de propiedad intelectual. En razón del potencial conflicto de algunas legislaciones, fundamentalmente de países desarrollados, un total de ocho naciones registraron sus reservas al mismo. A la vez, ciertos países en desarrollo comenzaron a cuestionar el paradigma del libre acceso y la ausencia de distribución de beneficios derivados del uso de sus recursos fitogenéticos. Ello dio pie a la negociación y aprobación de clarificaciones del alcance del Compromiso por parte de la FAO. La Resolución 4-89 (denominada "la Interpretación Acordada") estableció que los derechos de obtención Vegetal establecidos por la UPOV no eran incompatibles con el Compromiso y además dispuso que los Estados deberían de imponer únicamente las restricciones mínimas para el libre intercambio de materiales, con el fin de cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales. Esta Resolución reconoció la enorme contribución de los agricultores de todas las regiones a la conservación y el desarrollo de los recursos genéticos. Finalmente la Interpretación Acordada aclaró que el término "libre acceso" no significa libre de costo y que los beneficios bajo el Compromiso son parte de un sistema recíproco. El mismo año y como contraparte al reconocimiento de los derechos de obtención vegetal, se adopta la Resolución 5-89 (sobre Derechos de los Agricultores). Se afirma que "en la historia de la humanidad innumerables generaciones de agricultores han conservado, mejorado y hecho disponibles los recursos fitogenéticos, sin que se haya reconocido la contribución de esos agricultores. Se arriba al concepto de los derechos del agricultor definiéndolos como los "derechos que surgen de la contribución pasada, presente y futura de generaciones de agricultores en la conservación, mejoramiento y disponibilidad de los recursos genéticos vegetales". Tales derechos eran atribuidos a la comunidad internacional, (Trustee) para las generaciones presentes y futuras de agricultores, con el fin de asegurar beneficios para los mismos.

Por otra parte, pese a los nuevos enfoques, el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad continuaba vigente. Por lo anterior, en 1991 la Resolución 3-91 de la Conferencia de la FAO reconoció que el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad se encuentra sujeto a los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos. La Resolución estipuló que las condiciones de acceso a los recursos requerían ulterior clarificación, que las líneas mejoradas y el material de mejoramiento de los agricultores estarían disponibles a discreción de sus creadores durante el tiempo de desarrollo y por último que los derechos de los agricultores se implementarían por medio de un Fondo Internacional. Este no ha funcionado en la práctica.

Por último, cabe mencionar la Resolución 7-93 emitida como reacción a la firma del Convenio sobre la Diversidad Biológica, especialmente a la Resolución No 3 del Acta de Nairobi, que establecía la necesidad de resolver en el marco de la FAO el acceso a las colecciones ex situ no cubiertas por el Convenio y la cuestión de los derechos de los agricultores. La Resolución 7-93 solicitó al Director General de FAO proveer un Foro de Negociaciones entre los gobiernos para adaptar el Compromiso a la Convención

sobre la Diversidad Biológica,[8] considerar los temas del acceso en términos mutuamente convenidos a los recursos fitogenéticos, incluyendo el caso de las colecciones ex situ y la manera de concretar los derechos de los agricultores. Desde entonces en el seno de la FAO la Comisión de Recursos Genéticos ha venido revisando el Compromiso y ha logrado finalizar un Tratado sobre los Recursos Fitogenéticos para la para la Alimentación y la Agricultura.[9]

Fundamentalmente, los temas más importantes han sido el acceso a los recursos genéticos, los derechos de los agricultores, la posibilidad de conceder derechos de propiedad intelectual sobre los materiales del Sistema Multilateral, las relaciones entre este instrumento y otros acuerdos internacionales especialmente el Acuerdo ADPIC de la OMC y la lista de especies por ser cubiertas.

Con relación al concepto de derechos de los agricultores las disputas se centraron en la naturaleza de los mismos: sea como un mero concepto abstracto (propuesto por algunos países desarrollados) o bien como un derecho concreto a ser realizado. En definitiva, que pese a las discrepancias sobre los alcances y naturaleza de estos derechos, se ha logrado acordar una solución de compromiso. Las Partes han acordado que la responsabilidad de hacer realidad los derechos de los agricultores incumbe a los gobiernos nacionales. Cada Parte según su legislación nacional deberá adoptar las siguientes medidas: la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos; el derecho a participar equitativamente en la distribución de beneficios; el derecho a participar en la adopción de decisiones. Nada de lo anterior se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda (artículo 9)[10]

Respecto al acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, se crea un Sistema Multilateral para las especies cubiertas por el mismo (unos 35 cultivos y 29 especies forrajeras contenidas en el Anexo I), “eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos” (artículo 10). El Sistema Multilateral deberá comprender todos los recursos del Anexo I que se encuentren bajo la Administración y el Control de las Partes Contratantes y son del dominio público (art. 11). El acceso se realizará en las condiciones facilitadas indicadas en el artículo 12 y la distribución de los beneficios en el Sistema Multilateral incluye el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia, el fomento de la capacidad y la distribución de beneficios monetarios derivados de la comercialización (art. 13). En este aspecto, cuando el producto incorpore material al que ha tenido acceso al amparo del Sistema Multilateral deberá pagar un parte “equitativa” de los beneficios al Fondo

---

8 La Decisión II-7 de la Segunda Conferencia de las Partes en 1995 ya había reconocido las características diferenciales de los Recursos Genéticos Agrícolas.

9 El Tratado entro en vigencia el día 29 de julio del 2003 al recibir la ratificación No 50.

10 El Preámbulo estipula que los derechos reconocidos en el presente Tratado a conservar, utilizar, intercambiar y vender semillas y otro material de propagación conservados en las fincas es fundamental para la aplicación de los derechos de los agricultores.

o Fideicomiso creado, excepto en los casos en los cuales el producto este a disposición de otras personas sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores, en cuyo caso deberá alentarse al receptor a que efectúe dicho pago. En otras palabras, si el producto se encuentra protegido por patentes, dicho pago resulta obligatorio y en principio si se encuentra protegido por derechos de obtención o carece de algún tipo de derecho, el pago es voluntario.[11] La cuantía, forma y modalidad de pago de acuerdo con la práctica comercial deberán ser definidas luego por el Órgano Rector del Tratado (art. 13)

En lo concerniente al punto de los derechos de propiedad intelectual se plantearon durante la negociación propuestas diversas. Por una lado, se ha indicado que únicamente deberían prohibirse los DPI sobre los recursos genéticos tal y como son recibidos por el Sistema Multilateral. Tal propuesta no menciona a sus componentes (genes, células, etc.) o derivados. Por otra parte, se ha señalado que la exclusión debe comprender a los materiales recibidos, sus partes y componentes, limitándose la protección por esos derechos y por tanto afirmándose las posibilidades de utilizar los recursos fitogenéticos libremente para una conjunto de cultivos importantes.

El texto final establece que los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura o sus partes o componentes genéticos en la forma recibida del sistema multilateral (art. 12).

A la fecha la Comisión de Recursos Genéticos, actuando como Órgano Interino del TI, ha avanzado en la redacción del Acuerdo de Transferencia de Materiales, sobre el cual existe un borrador surgido a la segunda reunión del Grupo de Contacto sobre el Acuerdo de Transferencia, realizada en Suecia. Dicho Acuerdo contiene los términos estándares que regirán la transferencia de recursos genéticos realizada mediante el Sistema Multilateral de Acceso. El tema será debatido en la primera reunión del Órgano Gubernativo a ser realizada en Madrid, España del 12 al 16 de Junio de este año.

En síntesis las principales disposiciones del Tratado relacionadas con la biodiversidad son siguientes:

1. Las restricciones al otorgamiento de derechos de propiedad intelectual sobre el material tal cual recibido por el Sistema Multilateral. No obstante, esta restricción debe incorporarse en las cláusulas del Acuerdo de Transferencia de Material que autorice el acceso y por ende su redacción escapa a la normativa de propiedad intelectual.

2. La realización del derecho del agricultor. En este sentido son de interés: a) la extensión y alcance del derecho del agricultor a reutilizar, intercambiar o vender semillas protegidas; b) el derecho del agricultor a proteger sus variedades tradicionales por medio de un sistema de derechos exclusivos similar al de los DPI.

---

11 En principio pues a pesar de estar patentado podrían contemplarse excepciones amplias en materia de investigación. Y aún en caso no estarlo, mediante contratos podría restringirse el acceso al material.

3. Compatibilidad del contenido del Tratado con la protección de las variedades vegetales de conformidad con el Convenio para la Protección de las Nuevas Variedades de Plantas (UPOV).

4. El apoyo a la conservación, el uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del acceso, de conformidad con los objetivos del Tratado de la FAO (art. 1).

C. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC).[12]

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (IGC) de la OMPI fue establecido por la Asamblea General de la OMPI en octubre de 2000 como foro para el debate y el diálogo acerca de la relación entre propiedad intelectual, y los conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales. Se consideraba que estos temas no caían dentro del ámbito de otros órganos de la OMPI.[13] Su mandato consiste en analizar aspectos de propiedad intelectual relacionados con los recursos genéticos, el conocimiento tradicional y la protección de las expresiones del folklore. En sesión de la Asamblea General de la OMPI en el 2005 se decidió extender el mandato por otros dos años, incluyendo la posible redacción de instrumentos jurídicamente vinculantes. Precisamente uno de los tópicos que el Comité había considerado- y continúa haciéndolo bajo su nuevo mandato- lo constituye la revelación del origen en aplicaciones de patentes y la protección del conocimiento tradicional. El Comité se ha reunido en nueve ocasiones[14].

A la fecha las principales labores de la OMPI relacionadas con el tema de recursos genéticos y conocimiento tradicional pueden sintetizarse en las siguientes:

Recursos genéticos

1. En materia de acceso a recursos genéticos la OMPI ha preparado diversos análisis sobre las cláusulas relativas a DPI en los acuerdos de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios incluyendo, acuerdos de transferencia de materiales y cláusulas modelo. Una base de datos de ejemplos públicos ha sido igualmente creada, con énfasis en cláusulas de DPI. Igualmente se han preparado borradores de lineamientos sobre cláusulas de DPI en acuerdos de acceso y distribución de beneficios

2. Igualmente atendiendo a la Decisión VI/24 de la COP se invitó a la OMPI a preparar un estudio sobre la revelación del origen en solicitudes de patentes que incluyera entre otros aspectos a) los recursos genéticos utilizados en las invenciones; b) el país de origen de los recursos genéticos utilizados en las invenciones;

---

12 Otros aspectos relacionados con este tópico de la revelación del origen también se discuten en otros Comités de la OMPI, como el Comité Permanente de Derecho de Patentes en su trabajo de elaboración de un Tratado Sustantivo en Derecho de Patentes y en Grupo de Trabajo para la Reforma del Tratado de Cooperación de Patentes.

13 Véanse otros detalles en www.wipo.int/tk/en/igc/

14 En su última sesión el Comité se limitó a tomar nota de los documentos y propuestas de decisión que revisó, sin tomar ninguna decisión sustantiva respecto a los temas de recursos genéticos y propiedad intelectual, conocimientos tradicionales y folklore.

c) el conocimiento tradicional asociado, innovaciones y prácticas utilizados en las invenciones; d) la fuente del conocimiento tradicional asociado; e) evidencia del consentimiento informado previo. Dicho estudio denominado Estudio Técnico de los requisitos de revelación del origen en solicitudes de patentes fue presentado a la VII COP en Malasia recibido con aprecio por la COP (Decisión VII/19/E). Adicionalmente, la COP VII solicitó a la OMPI preparar un nuevo estudio técnico que incluía examinar y abordar según fuera apropiado, los aspectos relativos a la relación entre el acceso a los recursos genéticos y la revelación del origen en solicitudes de patentes, incluyendo, entre otros, los siguientes aspectos:

a. Opciones de disposiciones modelo para los requisitos de revelación.

b. Sugerencias prácticas para los procedimientos de solicitud de DPI con relación a la revelación.

c. Opciones de incentivos para los solicitantes.

d. Identificación de las implicaciones de los requisitos de revelación en los tratados administrados por la OMPI.

e. Aspectos de propiedad intelectual que se originan por la propuesta del certificado de origen/fuente/ o legal procedencia.

En respuesta[15] la OMPI ha preparado un nuevo documento técnico (WO/GA/32/8) denominado “Examen de las cuestiones relativas a la interrelación entre el acceso a los recursos genéticos y los requisitos de revelación del origen en solicitudes de derechos de propiedad intelectual” el cual responde a la invitación realizada por la COP.

3. Igualmente la OMPI, de manera conjunta con UNCTAD y la Secretaría del CBD, ha preparado un estudio sobre el papel de los DPI en materia de transferencia de tecnología en el contexto del CBD (en febrero del 2006).

4. A pesar de la abundante información generada por la OMPI, en alguna medida en respuesta a las solicitudes del CBD, y el intercambio de opiniones y posiciones constatado en las sesiones del Comité, estos debates no se han traducido en iniciativas de reforma a los sistemas legales, nacionales o internacionales, para contemplar la revelación del origen en las solicitudes de DPI.[16] Por tal razón, algunos países han cuestionado que sea la OMPI y

15 Para preparar el documento un procedimiento de consulta e intercambio de información fue especialmente establecido.

16 Sin embargo, cabe destacar la propuesta elaborada por la Unión Europea y presentada al Comité, en materia de revelación del origen o fuente de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en solicitudes de patentes (del 16 de noviembre del 2004), que en síntesis propone: un requisito obligatorio debería ser introducido para revelar el país de origen o fuente en solicitudes de patentes; el requisito aplicaría a las solicitudes nacionales, regionales e internacionales; el solicitante debe declarar el país de origen y si no es conocido, la fuente específica de la cual el inventor ha tenido acceso físico; la invención debe estar basada directamente en recursos genéticos; el requisito aplicaría en el caso de conocimiento tradicional, concepto que aún requiere de mayor estudio; si el solicitante de la patente no presenta la información, a pesar de habérsele otorgado la posibilidad de remediar la omisión, la solicitud no será procesada; si la información es incorrecta o incompleta, deberían preverse sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, fuera del derecho de patentes; se debe introducir un procedimiento de notificación a ser realizado por las Oficinas de Patentes por ejemplo al Mecanismo de Intercambio de Información (CHM) del Convenio de Biodiversidad, con el propósito de poner en conocimiento del país de origen la respectiva solicitud.

no la OMC la entidad encargada de discutir los temas de revelación del origen, con el temor de que las discusiones no generen avances normativos concretos.

5. Asimismo, en el marco de las revisiones del Tratado Sustantivo del Derecho de Patentes se ha discutido el tema de la revelación del origen. De conformidad con el mandato de la Asamblea General del 2005 se estableció un proceso de dos sesiones del Comité Permanente de Derecho de Patentes, una formal y otra informal para analizar esta propuesta de instrumento.[17] Igualmente, este tema, debido a propuestas suizas, se discute en el seno del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes. En conclusión, propuestas para incluir la revelación del origen, prueba del PIC y de la distribución de beneficios, así como mecanismos efectivos para cuestionar la validez de las patentes, han sido sugeridas por países en desarrollo en el contexto de la OMPI por armonizar las patentes.[18]

Conocimientos tradicionales

Con relación a la protección del conocimiento tradicional la OMPI ha preparado una extensa cantidad de documentos sobre medidas positivas y defensivas para su protección[19]. Adicionalmente ha realizado diversas actividades de interés en la materia tales como:

a. Estudio sistemático y clarificación de las opciones legales para la protección del conocimiento tradicional.

b. Análisis de casos del uso de DPI para la protección del conocimiento tradicional, así como del establecimiento de sistemas sui generis de protección.

c. Estudios de casos y análisis de experiencias prácticas.

d. Un borrador de Manual de Herramientas (tool kit) al documentar conocimiento tradicional asociado a recursos genéticos.

e. El reconocimiento progresivo de los conocimientos tradicionales en los sistemas de patentes, mediante el desarrollo de lineamientos para los examinadores de patentes; mecanismos para asegurar la mejor comprensión del conocimiento tradicionalcomo arte previo, mediante vínculos con bases de datos; incorporación del conocimiento tradicionalen los estándares mínimos de búsqueda de novedad por las autoridades del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT).

f. Desarrollo de un borrador de objetivos de política y principios fundamentales en materia de conocimiento tradicional. Estas disposiciones se consideran compatibles con el CBD aunque su ámbito es más

---

17 Incluso la India ha propuesto que el Comité de Recursos Genéticos tenga reuniones conjuntas con el Comité sobre Derecho de Patentes.

18 Adicionalmente deben al menos considerase las implicaciones del Comité Provisional para propuestas relacionadas con la Agenda de Desarrollo establecido en la Asamblea General de la OMPI en el 2005 a raíz de las solicitudes de diversos países para incorporar en el sistema de la OMPI la dimensión del desarrollo.

19 Cfr WIPO; Intellectual Property and Traditional Knowledge, Booklet No 2.

amplio que los conocimiento tradicional relacionados con la biodiversidad y han considerado los aportes y desarrollos del Grupo de Trabajo del Artículo

8 J. Estos lineamientos son particularmente relevantes desde la perspectiva del establecimiento de normas nacionales, más que las internacionales.[20]

D. La Organización Mundial del Comercio. Principales posiciones en el seno de la OMC. Las normas relevantes del ADPIC y las discusiones de la Organización Mundial del Comercio.

El ADPIC negociado durante la Ronda Uruguay del entonces GATT, establece en su artículo 27 la obligación de todos los Estados Miembros de conferir protección por medio de patentes en todos los campos de la tecnología, sin discriminación alguna.[21]

Las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar, sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o fabricados en el país.

Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad de las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

Esta disposición de naturaleza genérica, sin contar con un conjunto apropiado de excepciones y limitaciones, conllevaría, por ejemplo, la necesidad de los países miembros de otorgar protección por medio del sistema de patentes a las invenciones relacionadas con la biotecnología moderna. No obstante, debido a la discrepancia en cuanto al alcance de la protección de las invenciones relacionadas con plantas y animales (fundamentalmente los productos y procesos que involucran actividades de índole biotecnológica), el acuerdo dispone en su artículo 27.3.b, lo siguiente:

Los Miembros podrán asimismo excluir de la patentabilidad:
a)….
b) las plantas y los animales excepto los microorganismos y los procedimientos

---

20 Asimismo, el Comité ha desarrollado un borrador de objetivos y principios fundamentales en materia de expresiones culturales tradicionales o Folklore, que puede ser parte de los mecanismos para la protección del conocimiento tradicional en sentido lato, diferencia que el Comité ha venido realizando entre protección en sentido estricto (conocimiento tradicional) y lato (expresiones culturales tradicionales).

21 El Foro para tratar los temas relacionados con la propiedad intelectual había sido tradicionalmente la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. No obstante, debido a la ausencia de mecanismos eficaces de solución de controversias ante los casos de incumplimientos de la legislación, el entonces GATT se considero la alternativa más viable para cambiar de foro las negociaciones y establecer estándares mínimos en el GATT, así como mecanismos de observancia de los derechos conferidos. No obstante, parece que recientemente se busca otorgar a la OMPI un rol como regulador principal de los temas de propiedad intelectual, especialmente si consideramos la propuesta de negociar un Tratado Sustantivo en Materia de Patentes (conocido por sus siglas en inglés como el SPLT), cfr Correa Carlos y Mussungu, Sisule, The WIPO patent agenda: the risks for developing countries, South-Centre Working Paper, Nov. 2002

esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección mediante patentes a todas las obtenciones vegetales, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de ambos. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

En general, de conformidad con el ADPIC existen tres posibilidades para proteger las variedades vegetales: mediante el sistema de patentes, por medio de un sistema sui generis o mediante una combinación de ambos. Probablemente esta última opción se redactó considerando la existencia de la legislación de Patentes de Plantas de 1930 de los Estados Unidos. El sistema sui generis más conocido consiste en la Convención Internacional para la Protección de las Variedades de Plantas (UPOV), el cual, esencialmente impone requisitos menos onerosos para obtener un certificado o derecho de obtentor[22], pero a la vez contiene mayores limitaciones y excepciones y en general los derechos conferidos se reputan menores, desde el punto de vista del titular, que aquellos otorgados por el mecanismo de las patentes. La Convención de UPOV, como se analizará más adelante con detalle, tiene dos Actas o versiones, la de 1978 y la de 1991, está última es la única a la cual es posible acceder hoy en día por aquellos países que aún no han ratificado el Convenio. No obstante, el ADPIC no menciona a la Convención de la UPOV ni requiere que los países miembros promulguen legislación basada en los principios que ésta posee. Lo anterior es particularmente relevante en el tanto, el artículo 27.3.b fue negociado con entero conocimiento de la existencia del sistema sui generis de la UPOV. Consecuentemente, tampoco se menciona en la lista de tratados internacionales que se contemplan en el texto del ADPIC. [23]

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, resulta claro que los países pueden establecer sus propios sistemas sui generis a condición de que estos sean “efectivos”. Pero exactamente cuáles son las implicaciones, requisitos y condiciones, si alguna, que deben tener dichos sistemas para ser conformes con las reglas del sistema multilateral de la OMC, no posee una respuesta unívoca. De hecho, pocos estudios se han realizado para responder a dicha interrogante. En definitiva, además del reconocimiento de que un sistema sui generis implica un sistema de su “propia naturaleza”, no existen mayores lineamientos respecto a cuál es exactamente su contenido.

---

22 Básicamente se requiere que la variedad sea homogénea, estable, nueva (en sentido comercial) y distinta. Debe además poseer una denominación.

23 No obstante, en general se considera que la UPOV no es necesaria ni suficiente para cumplir con tal disposición por las razones siguientes: 1. No es necesaria pues no es requerida por el artículo 27.3.b; 2. No es suficiente pues el mandato del ADPIC requieren un sistema que debe diferir del de UPOV 91. Por ejemplo, el otorgamiento del Trato Nacional solo a los miembros de UPOV (con base en el principio de reciprocidad) sería violatorio del ADPIC. Asimismo, la UPOV permite la protección inicial de una cantidad reducida de variedades, mientras que el artículo 27.3.b se refiere a todas las variedades vegetales.

Las excepciones conferidas a los derechos se regulan en el artículo 30[24] el cual permite prever excepciones limitadas a los derechos exclusivos conferidos por la patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de misma. La más generalizada de las excepciones se refiere a los actos realizados con fines de investigación o de enseñanza, la cual resulta común en la mayoría de las legislaciones sobre la materia.

El Acuerdo regula con detalle aspectos referidos a la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, lo cual incluye normas sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos ante la infracción de los derechos, pruebas, mandamientos judiciales, daños y perjuicios, decomisos, medidas provisionales, medidas en frontera, sanciones penales, etc. Esto pretende que las disposiciones de carácter sustantivo posean adecuados procedimientos para hacerlas valer en la sede administrativa y judicial del caso.

En caso de que algún país incumpla con lo dispuesto en el Acuerdo, se establece la posibilidad de iniciar un proceso de solución de controversias, a tenor de lo establecido en esta materia en la OMC. Precisamente este procedimiento, el cual se ha recurrido con cierta frecuencia, permitiría imponer sanciones comerciales a un país que no respetara los DPI y con ello utilizar el acceso a mercados (piénsese en el caso del mercado de los Estados Unidos) para obligar a la adopción de cambios en los sistemas de derechos de propiedad, acordes con el ADPIC.

Los países en virtud de la dimensión de algunos de los cambios gozaban plazos transitorios para la aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo, a saber: Países desarrollados: un año a partir de la vigencia del Acuerdo de la OMC, es decir enero de 1996. Países en desarrollo: 5 años a partir de la fecha antes dicha. Los países menos adelantados gozarán de 11 años para modificar su legislación, los cuales eventualmente pueden ser prorrogados. Si se trata de ampliar la protección mediante patentes a sectores de la tecnología que antes no gozaban de tal protección, se establece un período de 10 años.

1. El concepto de sistema sui generis.

Como indicamos, el artículo 27.3.b del ADPIC menciona la opción de proteger las variedades vegetales por medio de un sistema sui generis efectivo. Las únicas clarificaciones para tal esquema lo constituyen precisamente la referencia a la característica de especial o particular del sistema y por otra parte la necesidad de que el mismo sea efectivo. Pocos análisis se han realizado sobre los requisitos de este mecanismo sui generis a la luz del acuerdo ADPIC. [25]

---

24 En un caso llevado ante el Mecanismo de Solución de Disputas de la OMC, el Panel concluyó que cualquier excepción de los derechos del titular que sustancialmente reduzcan los derechos del inventor sería inconsistente con el artículo 30 de la OMC. Ello implica que aún en el caso de patentes como vía escogida de solución para el caso de las variedades, las excepciones típicas del DOV podrían considerarse incompatibles con el artículo 30 del ADPIC. Caso de la Ley Canadiense de Patentes del año 2000.

25 Aunque el ADPIC no menciona a los derechos del obtentor expresamente, en un caso ante la OMC el Organo de Apelación manifestó al analizar la sección 211 de Ley Ómnibus de 1998 de los Estados Unidos que los derechos sui generis indicados en el artículo 27.3.b constituyen una forma de propiedad intelectual cubierta por el ADPIC.

Por ejemplo, Leskien y Flitner [26] establecen como condiciones del mismo:

a. Debe proteger todas las variedades vegetales.

b. Tratarse de una forma de propiedad intelectual, es decir debe ser tal que permita excluir a terceros del uso del material protegido o al menos conceda una remuneración por ciertos usos del mismo.

c. El respeto a los principios de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida.

d. La existencia de procedimientos de observancia de los derechos.

Tal sistema sui generis, puede apartarse de los requerimientos de la UPOV en cualquiera de sus Actas de 1978 o 1991 e incluir disposiciones adicionales sobre: la protección de los derechos del agricultor, es decir, sobre las variedades tradicionales (landraces), para lo cual los requisitos exigidos deben variarse; sobre los mecanismos de distribución de beneficios por el uso del material genético, por ejemplo a través de fondos u otros esquemas; debe contemplar instrumentos como el certificado de origen; y debe modificar los requisitos y derechos otorgados a los titulares de las variedades y por ende las acciones que requieran de su autorización.

Incluso Leskien y Flitner proponen un esquema sui generis que se separa de los requerimientos de UPOV, pero que contiene definiciones precisas sobre la materia protegible, los requisitos para la protección, la inclusión de nuevos elementos como el certificado de origen y el valor de cultivo y uso, el ámbito de la protección (los actos que requieren autorización o remuneración al titular), la duración de los derechos, el "interface" con otros derechos de propiedad intelectual y por último consideraciones sobre registros, fondos y mecanismos de distribución de beneficios.

En términos generales se han propuesto múltiples construcciones de derechos sui generis con las más variadas denominaciones, con el fin de proteger los derechos de los agricultores y los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y los pueblos indígenas. Algunos han hablado de un sistema que proteja no solo a los obtentores sino también a los derechos del agricultor, y establezca modalidades de distribución de beneficios.

Si bien es cierto, dicha disposición debió haber sido revisada en 1999 en seno del Consejo del ADPIC, los Miembros se limitaron a recopilar información sobre el estado de cumplimiento de los países con el mandato contenido en dicho artículo.[27] Cabe indicar que los países en desarrollo contaban hasta el 1 de enero del 2000 para promulgar legislación que protegiera

---

26 Leskien, Dan and Flitner, Michael, Intellectual property rights for plants: options for a sui generis system, *Issues in Plant Genetic Resources*, No 6, junio de 1997.

27 Debe destacarse que en dicho momento existían importantes divergencias respecto al alcance de la revisión. Para algunos, especialmente países desarrollados, la misma debía centrarse en aspectos de implementación. Por su parte, mayoritariamente los países en desarrollo abogaban por una revisión sustantiva, que incluso pudiera concluir con una modificación del texto. Véase los documentos y resúmenes presentados por los países y elaborados por el Consejo del ADPIC en www.wto.org y en el sitio del Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible www.ictsd.org

las variedades de plantas, excepto que la alternativa escogida fuera la patentabilidad de las variedades vegetales en cuyo caso, al tratarse de materia no sujeta a patentes previamente en el país de que se tratare, podía gozar de un plazo mayor hasta el 2005.

La Ronda de Doha: vínculo entre el ADPIC y el CBD

La Declaración de Doha que lanza la actual Ronda de Negociaciones Comerciales (párrafo 19) específicamente encomienda al Consejo del ADPIC que al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la Declaración, examine entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo de los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar dicha labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión del desarrollo.

Una de las primeras medidas sugeridas para lograr una relación sinérgica entre la CBD y los sistemas de propiedad intelectual (en particular el ADPIC de la OMC) fue la revelación del origen de los recursos genéticos o el conocimiento tradicional asociado en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente patentes. Desde hace varios años en el seno del CBD, en la OMC, la OMPI y en numerosas actividades e Informes se ha venido insistiendo en la necesidad de impulsar la revelación del origen en solicitudes de DPI.[28]

---

28 Sobre los aspectos técnicos y legales concernientes a la revelación del origen se refiere a los siguientes estudios-mismos que además de comprensivos, presentan, en algunos aspectos, conclusiones divergentes-: WIPO, Technical Study on patent disclosure requirements related to genetic resources and traditional knowledge, Study No 3, 2005; Sarnoff, Joshua y Correa, Carlos, Analysis of Options for implementing Disclosure of origin requirements in intellectual property applications; UNCTAD, February 2006; Rojas, Martha et al, Disclosure Requirements, op cit; Sarnoff, Joshua, Compatibility with existing international property agreements of requirements for patent applications to disclose the origins of genetic resources and traditional knowledge and evidence of legal access and benefit sharing, disponible en www.piipa.org; Ho, Cynthia, Disclosure of Origin and Prior Informed Consent for applications of intellectual property rights based on Genetic Resources. A Technical Study of Implementations issues. Final Report, July, 2003; y Hoare, Alison, Background Paper for the Chatham House Workshop: "Disclosure Requirements in Patent Applications - Options and Perspectives of Users and Providers of Genetic Resources." 9-10th February 2006, Energy, Environment and Development Programme, Chatham House.

Cuadro. 1 La revelación del origen en los DPI.

Aunque la idea de la revelación del origen/evidencia del consentimiento informado previo/ evidencia de la distribución de beneficios, ha sido discutida en el marco del sistema de patentes fundamentalmente, es aplicable-teniendo en cuenta diferencias técnicas- a los sistemas de variedades vegetales y en general a los procesos aprobatorios.

Como objetivos de la propuesta se enumeran[29]:

1. **Transparencia:** permitir a las autoridades nacionales que otorgan el acceso a los recursos genéticos rastrear el uso de estos recursos en las solicitudes y títulos de patentes.

2. **Cumplimiento con las condiciones del acceso**: permitir rastrear el cumplimiento con el consentimiento informado previo y las condiciones mutuamente otorgadas bajo las cuales el acceso fue otorgado.

3. **Determinación del arte previo:** La revelación permitiría un mejor análisis de la novedad y el nivel inventivo por parte de las Oficinas de Patentes.

4. **Relación entre el Acuerdo TRIPS y el CBD:** la revelación del origen permitiría prevenir conflictos entre el ADPIC y el acuerdo TRIPS y apoyaría la implementación recíproca de ambos.

5. **Biopiratería:** la revelación detendría la biopiratería o apropiación indebida de recursos genéticos o conocimientos tradicionales mediante el otorgamiento de "malas patentes"

En el caso de variedades vegetales, el Convenio de la UPOV 1991 específicamente establece que los requisitos para otorgar o cancelar un derecho de obtención vegetal no deben desviarse de aquellos previstos por la UPOV. Expresamente se indica que los derechos de los fitomejoradores no deben ser sujetos a condiciones adicionales (art 5), cumplidas las **formalidades** nacionales y el pago de las tasas. Igualmente se dispone que los derechos no se cancelarán o anularán por motivos diferentes a los indicados en el artículo 21 y 22. Cabe indicar que la UPOV ha mencionado que no se opone a la revelación que facilite el examen pero no a considerar la misma un requisito o condición adicional de protección.

En este orden de ideas, primeramente, es importante enfatizar que el artículo expresamente prevé se estará sujeto a las formalidades del país. Por ende, estipular como un requisito de forma y no sustantivo la revelación del origen es legalmente posible. En caso de no presentarse no se daría trámite a la solicitud. En segundo aspecto a considerar radica en el caso de falsa declaración del origen. En los países donde el requisito de ha exigido se ha optado por dos soluciones: la nulidad o cancelación de la patente (India, Brasil, la Comunidad Andina, etc) o sanciones penales, administrativas o civiles, fuera del derecho de patentes (países europeos como Noruega, Dinamarca, Bélgica y Suecia y en general la posición de la Unión Europea). En tercer lugar, es importante considerar las particularidades del origen de las variedades vegetales y en que medida se estaría salvaguardando la legalidad del acceso al material de origen doméstico o extranjero, siendo esto último lo más probable en el caso de materiales importados.

El Informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual afirmó al respeto que" los países deberían proveer en su legislación la revelación obligatoria en las aplicaciones de patentes del origen geográfico de los recursos genéticos de los cuales la invención deriva**"**

Fuente: Girbesger, Martín, 2004 y elaboración propia.

---

29 Girsberger, Martin, Transparency measures under patent law regarding genetic resources and tradicional knowledge, The Journal of World Intellectual Property, July 2004, Vol. 7, No 4, Ginebra.

En la OMC se ha discutido el tema de la revelación del origen en solicitudes de DPI, basados en el mandato establecido en Doha. Las principales posiciones de los diferentes grupos o países pueden sintetizarse la siguiente forma[30]:

a) El Grupo Africano ha propuesto la eliminación de las patentes sobre formas de vida en el contexto del ADPIC. Igualmente afirman que debe incluirse la revelación del origen en solicitudes de DPI.

b) Los Estados Unidos, en alguna medida con el apoyo de Japón, se ha opuesto a esta modificación y a incluir la revelación del origen en las patentes, por considerar que no resolvería los problemas derivados de la apropiación indebida de recursos genéticos y conocimiento tradicional y ocasionaría incertidumbre y problemas prácticos en el funcionamiento de los sistemas de DPI. Por el contrario, se muestran favorables a mejorar la calidad del proceso de otorgamiento de patentes, al establecimiento de bases de datos de búsquedas y otros mecanismos que permitan eliminar los problemas asociados a las "malas patentes", utilizar sistemas de nulidad y revocación existentes, etc. No consideran que exista un conflicto entre el ADPIC y el CBD y por el contrario ven la solución en el fortalecimiento de las leyes de acceso y el uso de contratos como medios para evitar la apropiación indebida.

c) Suiza ha propuesto modificar PCT (debido a que considera a los requisitos de revelación del origen de naturaleza formal y no sustantiva) y sus regulaciones para permitir -no obligar- a los países a incluir la revelación de la fuente de los recursos genéticos en solicitudes de DPI basadas directamente en esos recursos.

d) Los llamados "Amigos de la revelación" un grupo de países en desarrollo que incluye a Brasil, China, Cuba, República Dominica, Ecuador, India, Kenia, Pakistán, Perú, Tailandia, Venezuela, Zambia, Zimbague y apoyada ocasionalmente por otros países, ha expresado que el ADPIC y la CBD deben apoyarse mutuamente.[31] Por tal razón sugieren modificar el ADPIC. Argumentan que mediante el patentamiento de recursos biológicos pueden permitirse actos de biopiratería o apropiación indebida, en detrimento del reconocimiento de la soberanía nacional establecido en el CBD. Indican además

30 Para un análisis de las diferentes propuestas presentadas hasta febrero del 2006 cfr The relationship between the TRIPS Agreement and The Convention on Biological Diversity. Summary of issues raised and points made. Note by the Secretariat. Documento IP/C/W/368/Rev.1, February 2006. Compleméntese con IP Quarterly Update, South Centre and CIEL, First Quarter, 2006.

31 Los principales impulsores de estas propuestas son el Grupo de Países Africanos mediante el documento denominado "Taking Forward the Review of Article 27.3.b of the TRIPS Agreement" y de un Grupo de Países en Desarrollo, algunos de ellos Megadiversos, encabezados por Brasil y la India (más Bolivia, Cuba, Ecuador, República Dominicana, Perú, Tailandia y Venezuela). Veáse en http://docsonline.wto.org/DDFDocuments. Aunque las propuestas difieren en su lenguaje y en ciertas consideraciones legales, en general buscan introducir el requisito de la revelación del origen y la prueba de la legalidad del acceso en el sistema de patentes. Véase un resumen de las respuesta de diferentes países sobre el otorgamiento de patentes a plantas y animales o las características del sistema de protección de las variedades vegetales existentes en IP/C/W/273/Rev., febrero del 2003. Algunos países en desarrollo presentaron a principios del 2004 un" Check list" de los elementos que deberían ser discutidos, el cual ha servido de base para orientar las discusiones.

que el ADPIC no contiene elementos que aseguren el PIC de los titulares del material biológico usado en las invenciones patentadas ni que les permita a los países de origen reclamar la distribución de beneficios. Por ello este Acuerdo debe ser modificado para incluir la obligación de: a) revelar la fuente y el país de origen de los recursos biológicos y el conocimiento tradicional utilizados en las solicitudes de patentes; b) evidencia del consentimiento informado previo obtenido de conformidad con los sistemas nacionales; c) prueba de la justa y equitativa distribución de beneficios obtenida de conformidad con los regímenes nacionales.

e) La Unión Europea ha indicado su disposición a tratar el tema en la OMC, aunque considera que el foro más apropiado resulta la OMPI. Sin embargo, cabe destacar la propuesta elaborada por la Unión Europea en materia de revelación del origen o fuente de recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado en solicitudes de patentes presentada al Comité de la OMPI (del 16 de noviembre del 2004), que en síntesis propone: un requisito obligatorio debería ser introducido para revelar el país de origen o fuente en solicitudes de patentes; el requisito aplicaría a las solicitudes nacionales, regionales e internacionales; el solicitante debe declarar el país de origen y si no es conocido, la fuente específica de la cual el inventor ha tenido acceso físico; la invención debe estar basada directamente en recursos genéticos; el requisito aplicaría en el caso de conocimiento tradicional, concepto que aún requiere de mayor estudio; si el solicitante de la patente no presenta la información, a pesar de habérsele otorgado la posibilidad de remediar la omisión, la solicitud no será procesada; si la información es incorrecta o incompleta, deberían preverse sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, fuera del derecho de patentes; se debe introducir un procedimiento de notificación a ser realizado por las Oficinas de Patentes por ejemplo al Mecanismo de Intercambio de Información (CHM) del Convenio de Biodiversidad, con el propósito de poner en conocimiento del país de origen la respectiva solicitud. En síntesis la Unión Europea parece dispuesta a discutir la revelación del origen-como requisito obligatorio- en solicitudes de patentes, si la información no se presenta no se daría trámite a misma. Debe existir una relación directa entre la invención y el recurso genético. Las consecuencias de no respetarlo se ubicarán fuera del sistema de patentes.

f) Aunque Noruega no considera que exista una contradicción entre el ADPIC y el CBD y ha indicado su preferencia por acciones nacionales, ha indicado su acuerdo a discutir la revelación en la OMC, aunque posiblemente con un lenguaje más limitado y consistente con su normativa nacional (la cual exige evidencia del PIC, pero no de la distribución de beneficios).

Con respecto al tema en la Ministerial de Hong Kong a pesar de la insistencia de India, Brasil y Perú no se logró incluir una propuesta para iniciar una negociación con base en un texto.

No obstante la Declaración Ministerial adoptada en el país asiático dispone según el párrafo 44 que se toma nota del trabajo realizado por el Consejo de los ADPIC, de conformidad con el párrafo 19 de la Declaración de Doha, y acuerda que el trabajo continuará sobre la

base de este párrafo y del progreso realizado a la fecha. Adicionalmente de conformidad con el párrafo 39, relativo a los aspectos de implementación, se decidió abordar - mediante el procedimiento de consultas sobre aspectos de implementación (párrafo 12 de la Declaración de Doha)- la relación entre el Acuerdo ADPIC y el CBD, lo cual se realiza mediante la intervención del Director Adjunto de la OMC.[32]

Por último, a finales de mayo seis países, entre ellos India, Brasil y Perú, sometieron una propuesta al Consejo de ADPIC sugiriendo cambios concretos al ADPIC (un nuevo artículo 29 Bis) para apoyar la revelación del origen.

La Comunicación[33], pretende incorporar un nuevo artículo 29 bis, cuyas principales disposiciones son:

1. El propósito consiste en establecer una relación de apoyo recíproco entre el CBD y el ADPIC.

2. Comprende los recursos biológicos y el conocimiento tradicional asociado.

3. Debe revelarse en los casos en que las solicitudes de patentes consistan (concerns), se deriven de (derived from) o hayan sido desarrolladas con recursos biológicos o conocimiento tradicional asociado.

4. Debe revelarse el país que provee los recursos o el conocimiento; de quién en dicho país fueron obtenidos; y después de una investigación razonable, el país de origen. Debe suministrarse evidencia respecto al cumplimiento con los requisitos legales aplicables del país proveedor respecto al consentimiento informado previo y la justa y equitativa distribución de beneficios derivados de la utilización de los recursos o conocimiento tradicional asociado.

5. Las Partes deben requerir al solicitante complementar o corregir la información descrita anteriormente si éste tuviere conocimiento de nueva información.

6. Los Miembros deben publicar la información revelada conjuntamente con la publicación de la solicitud o el otorgamiento de la patente. Lo mismo se dispone en el caso de la información proveída para complementar o corregir la inicialmente revelada.

7. Igualmente las Partes deben prevenir el procesamiento de la patente o su otorgamiento o revocar o declarar no ejecutable la patente cuando el solicitante no haya cumplido con las obligaciones de revelación comentadas o cuando haya suministrado información falsa o fraudulenta.

32 El Director Adjunto ha iniciado las mismas mediante la presentación de un documento conteniendo 11 diferentes preguntas relacionadas con el tema, a ser respondidas por los Miembros como parte del proceso de consultas.

33 WT/GC/W/564, de fecha 31 de mayo del 2006.

Revelación del origen y los Tratados de Libre Comercio (TLC)[34].

Igualmente debe considerarse las implicaciones de los TLC- suscritos y ratificados por numerosos países con los Estados Unidos y la Unión Europea- y sus correspondientes disposiciones sobre DPI. Por ejemplo, con relación al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (conocido por sus siglas en inglés como DR-CAFTA) se ha indicado que se establece una limitación en materia de divulgación o revelación del origen. El lenguaje utilizado en el DR-CAFTA proviene directamente de la legislación de los Estados Unidos al decir que "Cada Parte establecerá que la divulgación de una invención reclamada debe considerarse que es suficientemente clara y completa si proporciona información que permite que la invención sea efectuada o utilizada por una persona diestra en el arte, sin experimentación indebida, a la fecha de presentación (art. 15.9.9). En este orden de ideas, la duda que surge es si el texto impide solicitar mayor información al momento de divulgar la patente? Tampoco se menciona la necesidad de indicar cuál es el mejor modo de llevar a cabo la invención, como se requiere en numerosas leyes nacionales.

III. Puntos de conexión entre DPI y Biodiversidad.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica ha reafirmado los derechos soberanos de los países sobre sus recursos naturales, soberanía que poseía un fuerte arraigo y aceptación en el derecho internacional. A la vez establece como uno de sus objetivos la distribución justa y equitativa de beneficios resultantes del uso de los recursos biológicos, genéticos y bioquímicos. Ninguno de estos aspectos son considerados por el Sistema de Propiedad Intelectual. En este orden de ideas no han faltado quienes vean entre el sistema de propiedad intelectual (especialmente por sus extensiones a la materia viva) y el CDB un conflicto.

Si los derechos de propiedad intelectual sobre material biológico representan una contradicción con el derecho soberano de cada Estado sobre los recursos genéticos, y en general si la extensión de la protección por patentes y derechos de obtención vegetal al material biológico se oponen a los objetivos del Convenio, es un tema de un alto contenido emocional y político.

En este sentido, la aplicación de la propiedad intelectual a la biodiversidad, conlleva nece-

34 No existe, sin embargo, una interpretación unívoca respecto a las consecuencias de este lenguaje sobre la posibilidad de exigir la revelación del origen.

sariamente hablar de la protección mediante la misma de material vivo o como se ha denominado la «patentabilidad de la vida».[35] La controversia suscitada con especial fuerza en los noventas y en el presente siglo se puede sintetizar como sigue[36]:

a) Las implicaciones morales de tratar como propiedad las invenciones relativas a las plantas, animales, microorganismos sus componentes como genes, secuencias de genes, proteínas, células, etc.

b) La forma como dichas patentes cuestionan consideraciones básicas del derecho de patentes como la novedad, el nivel inventivo, la descripción de la invención, el agotamiento de los derechos, etc., y en algunos casos parecen eliminar la distinción entre invención y descubrimientos.

c) La posibilidad de que la investigación básica y la comercialización sean desincentivadas debido a las amplias reivindicaciones de las patentes, mediante el patentamiento de instrumentos de investigación biotecnológica y debido a la existencia de patentes que se contraponen.

d) La posibilidad de que los derechos de propiedad intelectual sobre formas de vida apoyen la denominada «biopiratería», es decir la apropiación de material genético y conocimientos tradicionales sin el consentimiento de los países y las comunidades y pueblos indígenas o sin una adecuada distribución de beneficios

e) La forma como los derechos de propiedad intelectual pueden impedir o limitar los derechos de los agricultores a guardar, reutilizar, intercambiar o incluso vender las semillas y otro material de propagación conservado en sus fincas.

Para comprender con mayor profundidad las implicaciones del debate pasamos a indicar algunos de los puntos que se han mencionado como parte de esta discusión.

DPI y descubrimientos/ invenciones. Como ha sido ampliamente aceptado, los DPI confieren derechos a excluir a terceros del uso de las invenciones que sean nuevas, posean un nivel inventivo y tengan aplicación industrial. Ello excluye los descubrimientos. Los recursos genéticos y biológicos en su estado natural no son protegibles por medio de DPI y por ende hablar de la privatización de la biodiversidad mediante la extensión del sistema de patentes a la materia viva es, en principio, inexacto. Sin embargo, las modalidades e interpretación que las patentes en el área de la biotecnología han ido adquiriendo en naciones desarrolladas, especialmente en Estados Unidos, cuestionan seriamente los límites entre las invenciones y los descubrimientos. Por ejemplo, un material biológico que ha sido modificado, una secuencia genética natural alterada, cumple con los requerimientos básicos de la protección por

35 Según un cuestionario de la OMPI WIPO/GRTKF/IC/1/6 de abril del 2001 que recopila información sobre prácticas de varios países relativas protección de las invenciones biotecnológicas, se cita como tópicos de interés por ser conocidos: la posibilidad de patentar o no plantas y animales si reúnen los requisitos básicos; la extensión de la negativa a realizarlo (plantas y animales per se, variedades y razas, etc); la protección de nuevos usos del material biológico, de los microorganismos y los procesos microbiológicos, incluyendo aquellos solo aislados, de procesos esencialmente biológicos, de secuencias genéticas aun aquellas que son idénticas a las existentes en la naturaleza, etc.

36 Dutfield, Protecting Traditional Knowledge and Folklore. A review of progress in diplomacy and formulation, ICTSD, UNCTAD, Issue Paper, 1, Geneva, 2002.

patentes y no afecta los derechos soberanos sobre el material natural original.

No obstante tratándose de sustancias vivas no modificadas la situación no es tan clara. La protección de genes y microorganismos no modificados es posible, por ejemplo, en Estados Unidos y en la Unión Europea en la medida en que sean aislados de su ambiente, su existencia no haya sido previamente conocida y se determine cual es su utilidad.

Con esta interpretación del término invención, la línea entre la misma y el descubrimiento se adelgaza y los reclamos de apropiación de materia existente en la naturaleza cobran mayor fuerza.

Como afirma Correa[37] "En los Estados Unidos, según los principios desarrollados para las patentes químicas, una forma aislada y purificada de un producto natural es patentable. El requisito de "nuevo" exigido no significa "preexistente" sino "novedoso" en relación al estado del arte, de modo que la existencia desconocida pero natural de un producto no puede excluirlo de la categoría de materia patentable. En razón de esta interpretación la línea divisoria entre descubrimientos e invenciones es muy delgada en Estados Unidos. Una sustancia natural, simplemente aislada o purificada, puede ser patentada (…) "Este principio y el enfoque descrito más arriba han hecho posible el patentamiento de células y genes, entre otras sustancias, sean preexistentes o modificadas. En Estados Unidos, por ejemplo, son patentables los genes producidos por mutagénesis o técnicas de ingeniería genética, e incluso aquellos cuya existencia natural se ignoraba con anterioridad. Lo habitual en estos casos es que las reivindicaciones se refieran a una secuencia aislada de ADN, construcciones de ADN y a nuevas plantas transformadas derivadas, aunque también incluyen a menudo secuencias naturales de ADN sin limitaciones."

Un ejemplo de una reivindicación de un gen per se es el del gen de la sintetasa resistente al glifosato, cuya expresión brinda protección contra la acción herbicida. He aquí el texto de una de las reivindicaciones pertinentes:

"Una secuencia de ADN de menos de 5kb con un gen estructural que codifica la 5-enolpiruvil-3-fosfohikimato sintetasa de resistencia al glifosato."

Con relación a las plantas debe considerarse que las patentes pueden aplicar para una amplia variedad de material biológico y procedimientos, entre ellos:

- secuencias de ADN aislado que codifican para ciertas proteínas,
- proteínas aisladas o purificadas,
- semillas,
- células vegetales y plantas,
- variedades vegetales, incluyendo líneas parentales,
- procesos para modificar genéticamente las plantas,
- procesos para obtener híbridos.

---

37 Correa, Carlos, *Normativa nacional, regional e internacional sobre propiedad intelectual y su aplicación en los INIAs del Cono Sur*, PROCISUR, Uruguay, 1999.

En enero del 2000 en los Estados Unidos la Corte de Apelaciones determinó la validez de las patentes sobre variedades de plantas reproducidas sexualmente, rechazando el argumento de que únicamente los derechos de obtención vegetal resultaban apropiados para proteger las nuevas variedades. Con anterioridad, dicha política había sido establecida por autoridades administrativas. En Europa la situación ha resultado un tanto confusa, aún si recientemente el "Enlarged Board of Appeal" de la Oficina Europea de Patentes, dio la razón a Novartis y aceptó la patentabilidad de reinvindicaciones que cubran más de una variedad. Esta disposición se encuentra en congruencia con la adopción por parte del Consejo Administrativo de la Oficina de nuevas "reglas de implementación" de junio 16 de 1999, las cuales reflejan las disposiciones de la Directiva Europea de Patentes las que se aceptan con medios suplementarios de interpretación. En definitiva parece que la exclusión o no de la protección por patentes de las variedades de plantas depende en gran media de las "habilidades verbales del abogado de patentes."[38]

El desarrollo de la genómica (genomics) también abre las puertas para ulteriores discusiones. La genómica es decir el estudio de todos los genes de una especie y de cómo interactuan entre sí originando las características de la misma, se presenta como una de las herramientas más importantes para la investigación y el desarrollo de productos en el campo agrícola y farmacéutico en los próximos años. "El acceso a, y el control de una información genómica compleja se percibe ahora como la piedra angular del desarrollo de plantas transgénicas en el futuro; y las compañías de punta del complejo agroindustrial genético han iniciado una auténtica carrera para identificar – y poder adueñarse de- los genes que intervienen en la regulación de rasgos de interés comercial y sus interacciones". Los avances obtenidos por la genómica estructural (mapeo y secuenciación de genes), funcional (identificación de las funciones de los genes, cuándo, cómo y qué genes actúan juntos para generar una característica) y la bioinformática (el manejo y análisis por medio de sistemas informáticos de lo datos resultantes de las secuencias genéticas), se constituyen en otra fuente de polémica. Lo anterior debido a la posibilidad de que el acceso y utilización de los mismos sea controlado por DPI. El costo y capacidades requeridas puede agravar la situación de los países en desarrollo y la relación de dependencia respecto a las naciones industrializadas.[39]

Tratándose de este tópico, la protección otorgada a las bases de datos deviene importante. Sin embargo, los tratados de la OMPI sobre derechos de autor y los desarrollos en diferentes legislaciones o bloques regionales como la Unión Europea en general no permiten apropiarse de los datos contenidos en las

---

38 Llewelyn, Margaret, The patentability of Biological Material: continuing contradiction and confusion, en European Intellectual Property Review , Vol. 22, Issue 5, may 2000, Sweet and Maxwell, London.

39 Esta investigación no tratará de las implicaciones éticas, legales y económicas relacionadas con la revelación del genoma humano en febrero del 2001 por dos equipos de investigadores y publicado en la revista Nature. Este tópico y la apropiabilidad de los resultados y su protección mediante los DPI sin duda son de gran interés, para la genómica vegetal. En este campo la descripción del genoma del Arabidopsis y los trabajos en curso en el caso del maíz y el arroz, hacen prever que los debates relativos a los proyectos del Genoma Humano, serán vistos en el caso de las plantas.

bases, es decir no establecen derechos sobre los datos, únicamente sobre la base de datos en sí misma. Es decir si bien la información genética derivada del la genómica puede ser almacenada y su uso mediante bases de datos sujeta un precio, ello no conlleva per se derechos sobre las secuencias y los genes, excepto que de forma independiente existan patentes sobre ellos.

Soberanía sobre los recursos genéticos. Por otra parte, en tanto la soberanía de los Estados que menciona el Convenio sobre la Diversidad Biológica se refiera a los recursos genéticos (e incluso bioquímicos), los derechos de propiedad intelectual al aplicarse a las modificaciones que cumplan con los requisitos básicos de protección, no afectan los derechos sobre la materia viva no modificada. Pero, ¿qué sucede, si las definiciones de soberanía amplían el concepto hasta abarcar productos sintetizados o derivados (ejemplo el Régimen Común de Acceso del Pacto Andino), y por lo tanto sujetos de derechos de propiedad intelectual? Podría presentarse un conflicto derivado de la extensión del concepto de soberanía más allá de los recursos genéticos (art. 2 del Convenio). Probablemente una clara distinción entre aquellos derivados, tales como recursos bioquímicos, sujetos al régimen de acceso y los que consisten en productos finales o sintetizados, fuera del ámbito de aplicación del marco legal del acceso, requiera ser efectuada.[40] En todo caso, estos últimos bien pueden ser objeto de negociaciones para distribuir beneficios tratándose de productos que hayan hecho uso de recursos genéticos y bioquímicos.

Protección de microorganismos; definición de procesos esencialmente biológicos y microbiológicos.[41] Adicionalmente, la obligación de proteger los microorganismos puede resultar conflictiva debido a la ausencia de indicaciones sobre el concepto de microorganismos, de manera que en ciertas naciones una amplia interpretación permite proteger material subcelular tales como genes, secuencias genéticas y plásmidos. De conformidad con la Oficina Europea de Patentes el término microorganismo incluye no solo bacterias y yeasts sino hongos, algas, células, protozoarios, plásmidos y virus.

Sin embargo, los países en forma compatible con el ADPIC pueden decidir, por ejemplo, solo proteger microorganismos modificados (solución de la ley brasileña de propiedad industrial), interpretar en forma restringida el concepto (excluyendo genes y secuencias genéticas), limitar el ámbito de la patente a un uso específico del mismo.

Si bien el ADPIC obliga a la protección de microorganismos, no menciona a los genes, las secuencias genéticas, etc. en específico, sin olvidar que el citado Acuerdo manda otorgar patentes en todas las áreas de la tecnología, lo cual parece permitir su protección. Incluso, la consideración de que el ADN es tan solo una estructura química parece sostener dicha tesis. Por ejemplo, no existiría problema legal

---

40 Glowka, Lyle, A guide to designing legal frameworks to determine access to genetic resources, Environmental Policy and Law Paper, No 34, IUCN, 1998

41 Según Tansey, las expresiones del artículo 27 del ADPIC sujetas a interpretación son: plantas, animales, microorganismos, procedimientos esencialmente biológicos, no biológicos, microbiológicos, variedades vegetales, eficaz y sui generis. Tansey, Geoff, Key Issues and options for the 1999 review of article 27.3 (b) of the TRIPs agreement, A discussion paper, 1999

alguno en permitir patentar secuencias de ADN producidas en laboratorio y las cuales son diferentes a las naturales en el tanto algunas secciones de la molécula han sido eliminadas. Contraargumentos importantes existen. Por ejemplo, es posible argumentar que la eliminación del ADN inservible (Junk DNA) resulta obvio para alguien « experto en el arte » máxime que las técnicas de aislamiento y purificación de DNA son bien conocidas y utilizadas comúnmente. Aún más las patentes para genes y secuencias genéticas deben ser analizadas desde dos ópticas. Primero, la imposibilidad de otorgarlas si no tiene una función conocida, evitando las prácticas inapropiadas verificadas en algún momento en ciertas Oficinas de Patentes.[42] Segundo, la opción de otorgar protección a secuencias, es decir parte de genes, conlleva una peligrosa fragmentación en la materia patentable que puede implicar contar con numerosos titulares de patentes cuya licencia o permiso es requerido, si no para investigar, sí para llevar al mercado un bien o producto, con las consecuencias negativas en los procesos de investigación y desarrollo que se generan. Tal punto se explicará más adelante.[43]

Por último, las definiciones y límites de los procesos esencialmente biológicos, los procesos microbiológicos y los procesos no microbiológicos (químicos, etc.) no son sencillas de efectuar especialmente en el área de la biotecnología ni existen soluciones uniformes al rededor del mundo.

No es del todo claro hasta donde la doctrina que pregona la imposibilidad de patentar recetas de la naturaleza[44] está siendo transgredida por las nuevas interpretaciones y reglas jurídicas y por ende afecta la soberanía nacional.

Rasgos patentados presentes en forma natural. Es conveniente reflexionar sobre los efectos de los sistemas de propiedad intelectual que cubren recursos biológicos. Por ejemplo, si un rasgo patentado (el gen y la proteína para la cual codifica) se manifiestan o expresan en forma natural y es posible incorporarlo a plantas por medio de métodos convencionales de mejoramiento, inclusive en manos de agricultores, se presenta una interfase no del todo claro entre el titular de la patente y el mejorador tradicional.[45] Barton afirma que en este caso el titular de la patente está protegido contra el uso del gen por parte de otro biotecnólogo pero deja a cualquiera en libertad de usar y mejorar organismos que contengan el gen naturalmente.[46]

---

42 Tratándose de genes humanos, los fragmentos sin utilidad conocida se denominan “expresed séquense tags “ y como afirma Bergel “ Conceder patentes sobre estos fragmentos de ADN , es decir, monopolizar en sus inventores casi todos lo avances técnicos siguientes (secuencia completa del ADN, productos que codifican y los usos de estos productos), a juicio de Strauss, contravendría el principio básico del derecho de patentes acerca de que el alcance de la protección que brinda una patente debe ser proporcional a la contribución que efectúa el inventor al estado de la técnica.

43 Desde los noventas el número de patentes de secuencias ha aumentado dramáticamente. En el 2000 más de 355.000 secuencias fueron publicadas en las patentes, un incremento del 5000 por ciento sobre 1990 y que todo hace esperar irá en aumento debido a la expansión de la genómica.

44 Gollin, Michael, “Patenting recipes from nature´s kitchen. How can naturally ocurring chemical like taxol be patented?”, *Biotechnology Today*, Vol 12, abril de 1994.

45 Correa, Normativa… op cit,

46 Barton, John The impact of contemporary patent law on plant biotechnology research, 1997.

Aunque no constituye un antecedente similar cabe citar el litigio de la empresa Monsanto contra el agricultor canadiense Percy Schmeiser. Dicho campesino fue demandado por la empresa por el uso de la soya resistente al glifosato. El señor Schmeiser alegó en su defensa que sus cultivos fueron contaminados con soya transgénica debido a la vecindad de otros terrenos que sí la utilizan o por el derrame de la misma durante el transporte o por la acción del viento, pero que nunca utilizó intencionalmente la misma, aunque la tuviera en su posesión. El fallo de la Corte canadiense, después de arduas discusiones sobre temas como la legalidad de la toma de muestras en la propiedad del agricultor, etc., fue favorable a la compañía bajo el argumento de que aunque naturalmente depositadas en las tierras el señor Schmeiser carecía de derechos para hacer uso del gen protegido por el derecho de patentes sin la autorización de la compañía. Los efectos de esta jurisprudencia- bajo apelación en este momento- especialmente en aquellos lugares donde existen cultivos transgénicos y no transgénicos sobre la responsabilidad civil del agricultor por la siembra y cultivo, restan por verse, pero podrían conllevar grandes riesgos para los que aún sin usar variedades genéticamente alteradas puedan verse sujetos a costosos y largos procesos judiciales.[47]

Efectos sobre usos tradicionales. Cabe, además, citar la preocupación de quienes consideran que en aquellos casos en los cuales las patentes cubran un componente activo de una planta específica utilizada tradicionalmente por comunidades locales o indígenas, el efecto de la protección por la patente podría restringir las posibilidades de los pueblos de exportar la planta como tal al país que la proteja, aún si se realiza para un uso medicinal diferente o incluso para un uso no relacionado. Este tópico cobra especial relevancia ante las denuncias de que el sistema de patentes constituye un mecanismo de apropiación de conocimiento tradicional y de recursos genéticos sin una justa y equitativa distribución de beneficios, e incluso sin el consentimiento fundamentado previo de éstos y del Estado de donde provienen los recursos. Esto precisamente es lo que ha sido denunciado como biopiratería sobre recursos y conocimientos como el caso del neem, la cúrcuma, la quinoa, el frijol mexicano, y la planta de ayahuasca, el frijol nuna y el yacón. En estos y otros supuestos, recursos biológicos preexistentes, con pequeñas modificaciones y conocimiento tradicional ampliamente divulgado (que destruye la novedad de la invención, al menos en teoría), han sido la base para solicitar DPI, sin cumplir con los requisitos de nivel inventivo y sin contar con el consentimiento informado previo de los pueblos, comunidades o países. En algunos de estos casos las patentes han sido revocadas demostrando así que nunca debieron ser otorgados. En otros casos se ha alegado que los derechos de propiedad intelectual han sido utilizados para apropiarse de material genético mantenido en custodia por los Centros Internacionales de Investigación Agrícola, como ha sido denunciado en el caso de 147 solicitudes de DPI sobre plantas. Un tercio de los casos los materiales fueron obtenidos de otros países sin evidencia de mejoramiento y en unos dieciséis casos aparentemente se refieren a germoplasma en custodia y sobre los cuales no deben otorgarse estos derechos.[48]

---

47 Louwars, Niels and Marilyn. Minderhoud, "When a Law is not enough: biotechnology patentes in practice", *Biotechnology and Development Monitor*, No 46 june 2001, Amsterdam.

48 Crucible Group, *People, Plants and Patents*, IDRC, Canadá, 1994.

Patentes funcionales. Las patentes denominadas funcionales por cubrir todas las formas posibles de resolver un problema[49] , como por ejemplo las patentes de especies como la concedida a Agracetus que permite excluir a terceros de cualquier manipulación genética del algodón o de la soya, o bien las patentes sobre el uso de tecnología de Bt[50] que impiden prácticamente cualquier proceso de involucre el uso del Bt, han traído consigo problemas para el desarrollo de la investigación agrícola y por ende para uno de los fines para los cuales el sistema de DPI esta diseñado: fomentar la innovación.

El International Plant Genetic Resources Institute[51] propone a efectos de limitar potenciales efectos perjudiciales de las patentes amplias o funcionales, entre otros:

- Leyes antimonopolio.
- Estipular que la carga de la prueba sobre el funcionamiento de las amplias reivindicaciones recaiga sobre el solicitante de la patente y no sobre terceros que las deseen cuestionar.
- Aplicar en forma rigurosa los requisitos de nivel inventivo y aplicación industrial
- Establecer mecanismos para balancear las reinvidicaciones de los innovadores iniciales y de los subsecuentes.
- Limitar o prohibir el uso de reivindicaciones funcionales.

Es preocupante cómo los países desarrollados están adquiriendo DPI que fortalecen su posición, a menudo cubriendo herramientas básicas de investigación así como productos comercializables, que dificultan a las nuevas firmas el acceso a los mercados globales, impidiendo que los derechos de propiedad intelectual fomenten la innovación.

Cuestionamiento de los efectos de los DPI sobre prácticas tradicionales de reuso e intercambio de semillas. Por ejemplo, el artículo 10 del CDB específicamente se refiere a la necesidad de promover las prácticas consuetudinarias de uso de los recursos biológicos, una de las cuales es la de guardar semillas para su reuso y eventualmente la venta. Cuando no ha sido posible proteger esta práctica por medios técnicos (como en el caso de los híbridos que si bien pueden ser reutilizados pierden su vigor), se ha buscado su limitación por medio jurídicos, fundamentalmente mediante la protección por la vía de las patentes, derechos de obtención vegetal e incluso contratos. Esta protección implica la imposibilidad de reutilizar la semilla de la variedad. Esta práctica tradicional es considerada por algunos imprescindible para la conservación de la biodiversidad y de los propios agricultores y por ende su restricción por las vías indicadas debe ser vista como una violación al artículo 10 inciso c del CDB y en general a los objetivos del Convenio.

Debemos indicar que Informes y Decisiones que han enfatizado las posibles implicaciones de estas tendencias en materia de propiedad intelectual sobre el desarrollo (Informe sobre

---

49 Correa, Normativas, op cit.

50 Se trata de la tecnología utilizada para la creación de plantas transgénicas que expresan el gen del Bacillus Turingensis o BT, que permite que estas sean capaces de eliminar, mediante la expresión de una sustancia, a plagas que atacan las plantas, como los lepidópteros.

51 IPGRI, The Agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights (TRIPs). A decision check list, Roma, 1999.

Desarrollo Humanado del PNUD de 1999) y en forma sorpresiva para una organización del Sistema de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, la Subcomisión para la Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos. Ambos textos señalan riesgos e impactos sobre los derechos humanos y el desarrollo. Por ejemplo, en agosto del 2000 la Subcomisión adoptó una Resolución sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. La Resolución menciona algunos conflictos actuales o potenciales:

a) Obstáculos resultantes de la aplicación de DPI para la transferencia de tecnología los países en desarrollo;

b) las consecuencias de los DPI sobre organismos genéticamente modificados y el derecho básico a la seguridad alimentaria;

c) la reducción del control por las comunidades sobre sus recursos genéticos, sus valores culturales y las posibilidades de biopiratería; y

d) las restricciones al acceso a medicamentos patentados y sus implicaciones sobre el derecho básico a la salud.

La Resolución requiere a la OMC a tomar en consideración los derechos humanos durante las negociaciones del ADPIC.

DPI y erosión genética. Una de las preocupaciones constantes para quienes se relacionan con el mejoramiento genético, la producción agrícola y la seguridad alimentaria, ha sido la conservación de recursos genéticos vegetales y animales como reserva para la creación de nuevas variedades, semillas y cultivos. Los recursos fitogenéticos se han conceptualizado como esenciales para el desarrollo agrícola, para incrementar la producción, aliviar la pobreza y promover el crecimiento económico.[52] Por ende, la pérdida de estos recursos, es decir el fenómeno de la erosión genética ha sido denunciada como una amenaza para la seguridad alimentaria misma. Recientes tendencias en materia de protección de plantas y animales mediante el sistema de patentes y de derechos de obtención vegetal cuestionan el papel de los mismos en la pérdida de diversidad genética.

Ello ocurriría en tanto variedades modernas y homogéneas (recuérdese que uno de los requisitos para obtener la protección de las variedades vegetales consiste en su homogeneidad y estabilidad) al ser utilizadas masivamente por los campesinos y agricultores, desplazan a las variedades locales (mucho más diversas) y producen la dependencia de una estrecha base genética.[53] Esta dependencia y homogeneidad conlleva un riesgo importante para los cultivos, debido a la susceptibilidad de los mismos al ataque de plagas y enfermedades, situación que en el pasado ha generado consecuencias desastrosas.

Sin duda la erosión genética constituye una amenaza importante para la producción agropecuaria. Pero es difícil atribuirla a los requisitos existentes para otorgar DPI porque tal asociación no ha sido demostrada. Las causas

---

52 Cooper y otros, “A Multilateral System for plant genetic resources: imperative, achievements and challenges”, *Issues in Genetic Resources*, No 2, mayo de 1994.

53 Cooper at al. Op cit.

de la pérdida de la diversidad genética y las amenazas a la diversidad agrícola en general, son variadas y complejas, y resulta difícil poder aislar el comportamiento de un factor tan específico como el apuntado y trasladarlo a una consecuencia general. Incluso diversos estudios sobre las actividades y procesos que afectan la diversidad en general y la diversidad agrícola en particular no mencionan a los DPI en absoluto.[54]

A pesar de lo anterior, es importante considerar las afirmaciones de Reid[55] quien identifica una fuerte conexión entre los DPI y la dirección de la investigación científica agrícola que en última instancia repercute sobre la agrobiodiversidad. Piensa ese autor que en tanto los DPI sobre variedades y plantas fomentan el desarrollo de una investigación agrícola dirigida hacia cultivos uniformes y homogéneos, desincentiva la investigación más favorable a las condiciones agroecológicas o más adaptada a las necesidades y condiciones locales.

Mientras los DPI fomenten el desarrollo de semillas y variedades con amplia demanda- a efectos de recuperar los costos e inversiones necesarios- las compañías buscarán enfocar su investigación en cultivos de alto valor y a desarrollar variedades que puedan ser cultivadas tanto como sea posible. Ello conlleva la difusión de variedades comerciales altamente homogéneas para ser distribuidas y ampliamente comercializadas. En el fondo, la crítica se traduce en la forma cómo los DPI indirectamente producen sistema de monocultivo que tiene como consecuencia una disminución de la diversidad biológica.

¿En qué medida está por probarse que la práctica de la industria semillera y de ciencias de la vida para sustituir la variedades locales heterogéneas por variedades comerciales homogéneas, causa erosión genética? Muchas otras causas juegan un rol más relevante**.** De conformidad con un estudio presentado por la Secretaría de la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB) a la III Conferencia de las Partes en 1996, entre las políticas que pueden fomentar el uso de nuevas variedades y la pérdida de variedades locales están los créditos, subsidios y otras formas de extensión agrícola prestados por los gobiernos, las políticas y programas de agencias internacionales y donantes, el control de las corporaciones sobre la investigación y la distribución de pesticidas y agrobiotecnologías y el mercadeo y las políticas de Inversión y Desarrollo (I & D) de las transnacionales.

Es difícil argumentar que los DPI creen incentivos perversos que incentivan el desarrollo de tecnologías que desplazan la diversidad biológica o la amenazan (creando erosión genética, aumentando el uso de químicos entre otros). No obstante, estas consecuencias han sido esgrimidas por algunos, Un documento de la Secretaría del CBD[56] considera que pueden establecerse cinco categorías de impactos entre los DPI y los objetivos del Convenio:

a. Impactos sobre el conocimiento, innovaciones y las prácticas tradicionales de las comunidades locales e indígenas.

---

54 Dutfield Graham, Intellectual property rights, trade and biodiversity, Earthscan, London, 2000.
55 Citado por Dutfield Graham, Intellectual property rights, trade and biodiversity, Earthscan, London, 2000.
56 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica UNEP/CBD/COP/3/22

b. Impactos de los sistemas de DPI sobre los incentivos indirectos que afectan la conservación y la utilización sostenible.

c. Impactos de los sistemas de DPI sobre el compartir de beneficios a través del desarrollo de tecnologías que utilizan recursos genéticos.

d. Impactos de los sistemas de DPI sobre la transferencia o el acceso de información tecnológica y científica.

e. Relación entre sistemas de DPI y el mecanismos de Intercambio de Información establecidos en el Convenio.

DPI y distribución de beneficios. Como se ha mencionado los sistemas de DPI no han considerado el tema de la distribución de beneficios derivados del uso de conocimiento tradicional o de recursos biológicos que sean incorporados o utilizados por las innovaciones resultantes. Se trata de dos enfoques diferentes, antes que contradictorios. En todo caso ello no precluye la pregunta sobre la posibilidad de usar los DPI para proteger la biodiversidad. Puede hacerse en tanto los derechos de propiedad intelectual creen valor para la misma, al permitir el uso de recursos genéticos y bioquímicos como materia prima de la investigación biotecnológica.

Se ha dicho así que "Es importante comprender que los derechos de propiedad intelectual generan valor porque proveen un mercado protegido para los productos que son generados por la biodiversidad. Los farmacéuticos, cosméticos y similares indirectamente crean valor por la incorporación de la materia prima de la biodiversidad."[57] Ahora bien, pese a esto, cabe plantearse la siguiente interrogante: ¿son los derechos de propiedad intelectual mecanismos apropiados para reclamar ese valor? La respuesta acá es negativa, por cuanto, entre otros problemas, los derechos de propiedad intelectual no están concebidos para proteger materiales no comercializables[58], lo cual aunado a otras objeciones tanto teóricas como prácticas los convierten en un mecanismo poco apropiado.

No obstante, si estos derechos son acompañados de acuerdos de distribución de beneficios pertinentes entre los participantes, algunos consideran que los DPI tiene un impacto positivo en esta distribución.

Sostienen algunos que los derechos de propiedad intelectual en forma indirecta podrían otorgar más valor al conocimiento tradicional o a los recursos genéticos y biológicos a medida que se permitan patentes basadas en el uso de recursos biológicos, especialmente en el área de la biotecnología o que sea posible hacer uso de los diferentes tipos de propiedad intelectual para tutelar ese conocimiento, innovaciones y prácticas al menos, cuando los derechos de propiedad intelectual son acompañados de acuerdos sobre distribución de beneficios.

---

57 Lesser, William, Equitable Patent Protection in Developing Countries: Issues and approaches, Eubios Ethics Institute, 1991.
58 Lesser, op cit.

Conclusiones

Los derechos de propiedad intelectual se encuentran vinculados con las políticas y la legislación, nacionales e internacionales, relacionada con el desarrollo sostenible y en particular con la conservación, el uso sostenible y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. En este orden de ideas, es necesario que las modificaciones en los sistemas de DPI, incluyendo aquellas contempladas en Acuerdos de Libre Comercio, consideren apropiadamente las implicaciones que tendrán sobre estos temas.

Una serie de puntos de contacto obligan a proceder de esta forma, en particular aquellos relativos a la forma como se implementarán de manera sinérgica los sistemas de DPI y las obligaciones establecidas en acuerdos como el CBD, el Tratado de la FAO y las discusiones del Comité Intergubernamental de la OMPI. Mecanismos como la revelación del origen, el diseño de esquemas jurídicos de protección de conocimientos tradicionales, entre otros, requieren ser explorados y, de ser apropiados, implementados para dar atender los cuestionamientos respecto a la compatibilidad de los DPI con otros objetivos de desarrollo.

Solamente mediante una adecuada consideración de estas necesidades y la búsqueda de sinergias apropiadas será posible integrar las nuevas obligaciones asumidas en materia de DPI en los procesos de desarrollo sostenible, que conllevan la conservación y uso de la biodiversidad y la protección del conocimiento tradicional.

BIBLIOGRAFÍA

Barton, John (a), *Intellectual Property and regulatory requirements affecting the commercialization of transgenic plants*, borrador sin publicar, 1997.

Barton, John (b), *The impact of contemporary patent law on plant biotechnology research*, 1997, borrador sin publicar.

Bergel, Salvador, Patentamiento del cuerpo humano y partes del mismo, *Biotecnología y Derecho*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

Byrlee D y Fisher, K, Accesing Modern Science : Policy and Institutional Options for Agricultural Biotechnology in Developing Countries, *IP Strategy Today*, No 1-2001.

Bhagwati, Jagdish y otros, *Enough is Enough, Third World Intellectuals and NGO´s Statement Against Linkage*, 1999.

Biswajit, Dhar y Niranjan, Rao, *La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio, Propiedad Intelectual en el GATT*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

Cabrera Medaglia, Jorge, *Ideas, mecanismos y principios para la tutela de las innovaciones, conocimientos prácticas de los pueblos indígenas*, Fundación Ambio, San José, 1997.

Cabrera Medaglia, Jorge, "Comercio Internacional Agrícola de Organismos Genéticamente Modificados: entre la bioseguridad y el libre intercambio", en *Justicia Agraria y Ambiental en América*, CADA, San José, 1998.

Cabrera Medaglia, Jorge, y Alarcón, Enrique "*Acceso a los Recursos Genéticos y el Papel de los Derechos de Propiedad Intelectual*", ponencia presentada al Taller Investigación Agrícola y propiedad intelectual en América del Sur, Río de Janeiro, 1999.

Cabrera Medaglia, Jorge, "Propiedad Intelectual, soberanía y ambiente", *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, Universidad Carlos III, Madrid, Número 16, abril del 2000, Año 2.

Cabrera Medaglia, Jorge y Hernandez, Jose Pablo, *Propiedad Intelectual, Comercio y Ambient. Notas para una Agenda Positiva*, documento sin publicar, junio del 2001.

Casado Cerviño, Alberto y Begoña Cerro, Prada, *Orígenes y Alcances del Acuerdo ADPIC Incidencia en el Derecho Español, Propiedad Intelectual en el GATT*, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

Comunidad Económica Europea, Directiva 87/54, "Diario Oficial de las Comunidades Europeas", 27 de enero de 1987, citado por Rafael Pérez Miranda en Marco Internacional del Régimen Jurídico de la Propiedad Industrial en México.

Cooper y otros, "A Multilateral System for plant genetic resources: imperative, achievements and challenges", *Issues in Genetic Resources*, No 2, mayo de 1994.

Correa, Carlos, *Normativa nacional, regional e internacional sobre propiedad intelectual y su aplicación en los INIAs del Cono Sur*, PROCISUR, Uruguay, 1999

Correa, C. 1989. Propiedad Intelectual, Innovación tecnológica y comercio internacional. En *Revista Comercio Exterior* 39(12). México.

Cosbey, Aaron, *The Sustainable Development Effects of WTO TRIPs Agreement: A Focus on Developing Countries*, iisd.ca/trade/ADPIC.htm, 2001.

Crucible Group, *People, Plants and Patents*, IDRC, Canadá, 1994.

Crucible Group, *Seeding Solutions*, IDRC, Roma, 2000.

De las Carreras, Daniel, *Las Patentes de Invención y la Información Tecnológica, Derechos Intelectuales*, Astrea, Argentina, 1989.

Downes, David, *Integrating implementation of the Convention on Biological Diversity and the rules of the World Trade Organization*, IUCN, Gland, 1999.

Dutfield, Graham, *Intellectual property rights, trade and biodiversity: the case of seeds and plant variety*, IUCN, Gland, 2000.

Erbisch, Fred y Velásquez, Carlos, *Introduction to Intellectual Properties, Intellectual Property Rights in Agricultural Biotechnology*, United Kingdom, 1998.

GAIA and Grain (a), "TRIPs versus CBD: conflict between the WTO regime of intellectual property rights and sustanaible biodiversity management", *Global Trade and Biodiversity in Conflict Series*", Issue No 1, mayo de 1998

GAIA and Grain (b), Ten reasons not to join UPOV, *Global Trade and Biodiversity in Conflict Series*, Issue No 2, mayo de 1998

Glowka, Lyle, *A guide to designing legal frameworks to determine access to genetic resource*s, Environmental Policy and Law Paper, No 34, IUCN, 1998

Gollin, Michael, An Intellectual property rights framework for biodiversity prospecting, en *Biodiversity Prospecting*, Reid et al (eds), World Resources Institute, Washington, 1993.

Gollin, Michael, “Patenting recipes from nature´s kitchen. How can naturally ocurring chemical like taxol be patented?”, *Biotechnology Today*, Vol 12, abril de 1994.

Grain, La ciencia genómica: hacia el control total sobre los cultivos, en *Biodiversidad Sustentos y Culturas*, No 24, julio del 2000, Uruguay.

Grain, The IU: time to draw the line on IPRS, en *Seedling*, Vol. 18, No 1, March 2001, Barcelona.

Graff, Gregory y Zilberman, David, Towards and Intellectual Property Clearinghouse for AG-Biotechnology, *IP Strategy Today*, No 3, 2001.

Heller, M y R. Eisenberg, Can Patens deter innovations? The Anticommons in Biomedical Research, *Science*, 1 may, 1998.

ICTSD, “Between Trade and Sustainable Development”, *Bridges,* No 5 june 1999

ICSTD, “Between Trade and Sustainable Development”, *Bridges* No 9, November-december, 2000.

IPGRI, *The Agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights (TRIPs*). A decision check list, Roma, 1999.

Jori, G, *El Impacto de las Patentes Farmacéuticas. La experiencia Italiana, Derechos Intelectuales*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Kryder, R.D., et al., The Intellectual and Technical Property Components of Pro-Vitamin A Rice (Golden Rice). A preliminary freedom to operate review, *ISAAA Briefs*, No 20, New York, 2000.

Krattiger, Anatole, Public-Private Partership for Efficient Propietary Biotech Management and Transfer, and Increased Private Sector Investments, *IP Strategy Today* No 4, 2002

Lettington, Robert, The International Undertaking on Plant Genetic Resources in the Context pf TRIPs and the CBD, en *Bridges*, , año 5, No 6, Julio-agosto del 2001.

Lesser, William, Propiedad Intelectual y Biodiversidad, en *La Conservación y el uso sostenible de la biodiversidad para el desarrollo sostenible*, SINADES, San José, 1998.

Leskien, Dan, “The European Patent Directive on biotechnology”, *Biotechnology and Development Monitor*, No 36 setiembre-diciembre de 1998.

Leskien, Dan and Flitner, Michael, Intellectual property rights for plants: options for a sui generis system, *Issues in Plant Genetic Resources*, No 6, junio de 1997.

Llewelyn, Margaret, The patentability of Biological Material: continuing contradiction and confusion, en *European Intellectual Property Review* , Vol. 22, Issue 5, may 2000, Sweet and Maxwell, London.

Louwars, Niels, "Sui generis rights: from opposing to complementary approaches", *Biotechnology and Development Monitor*, No 36 setiembre-diciembre de 1998, Amsterdam.

Louwars, Niels and Marilyn. Minderhoud, "When a Law is not enough: biotechnology patents in practice", *Biotechnology and Development Monitor*, No 46 june 2001, Amsterdam.

Mulvany, Patrick, Global seed treaty hangs in the balance, en *Biotechnology and Development Monitor*, No 46, june 2001, Amsterdam.

Pistorius, Robin y Van Wijk, Jeroen, *The explotaition of plant genetic information. Political strategies in crop development*, Amsterdam, 1999

Posey, Darell y Dutfield, Graham, *Beyond Intellectual Property Rights*, IDRC, Canadá, 1996.

RAFI, Un caso de biopiratería, Comunicado enviado en forma electrónica al autor, agosto del 2001.

Sain, Gustavo, Cabrera, Jorge y Quemé, José Luis, *Flujos de Germoplasma, redes regionales de investigación agrícola y el papel de los derechos de propiedad intelectual,* IICA, PRM, CIMMYT, 1999.

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, *El impacto de los sistemas de los derechos de propiedad intelectual sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y sobre el compartir equitativo de los beneficios de su uso*, Nota del Secretario Ejecutivo, 1996.

Solleiro, José Luis, *Propiedad Intelectual: ¿Promotor de la Innovación o Barrera de Entrada?, Biotecnología y Derecho*, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

Suaréz de Castro, Fernando, *Agricultura, Biotecnología y Propiedad Intelectual*, IICA, 1993.

Swaminathan, M.S., Farmer´s rights and plant genetic resources", *Biotechnology and Development Monitor*, No 36 setiembre-diciembre de 1998.

Tansey, Geoff, *Key Issues and options for the 1999 review of article 27.3 (b) of the TRIPs agreemen*t, A discussion paper, 1999

Ten Kate, Kerry y otros, "The Undertaking Revisited: a commentary on the revision of the international undertaking on plant genetic resources for food and agriculture", *Review of European Community and International Environemental Law*, Vol 6, Issue 3, 1997

Tobin, Brendan, *Certificates of origin: a role of IPR regimes in securing prior informed consent, en Access to genetic resources: strategies for benefit sharing*, Mugabe et al (eds), ACTS Press, WRI, ELC-IUCN, Kenya, 1997

UNCTAD, *The TRIPs agreement and developing countries*, New York, 1996.

Van Wijk, Jeroen y otros, *Intellectual Property Rights for Agricultural Biotechnology*, ISNAR, Research Report 3, The Hague, 1993.

WIPO, *Traditional Knowledge and the need to give it adequate intellectual property* p*rotection*, documento presentado por el GRULAC a la Asamblea General de WIPO, Ginebra, 25 de setiembre al 3 de octubre del 2000, WO/GA/26/9.

LAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS REALES EN MATERIA AGRARIA

Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón

SUMARIO:

Preámbulo.

1. **La regulación constitucional de los derechos reales agrarios y el cumplimiento de la función económica, social y ambiental de los bienes;**

2. **Modalidades de protección de la propiedad agraria:**
   - **2.1. En sede administrativa;**
   - **2.2. La vía sumaria interdictal (tutela de la posesión como parte del dominio) y desahucio;**
   - **2.3. Acción penal;**
   - **2.4. El amparo y acciones de inconstitucionalidad.**

3. **Protección en la vía ordinaria:**
   - **3.1. Acción reivindicatoria;**
   - **3.2. Acción declarativa de dominio o certeza;**
   - **3.3. Nulidad de títulos y títulos repetidos;**
   - **3.4. Acción Negatoria;**
   - **3.5. Acción reivindicatoria vs. Acciones reales de menor jerarquía (mejor derecho, mejoras, etc.);**
   - **3.6 Otras acciones reales.**

4. **La tutela posesoria en materia agraria:**
   - **5.1. Condiciones generales para su procedencia (legitimación activa, legitimación pasiva, derecho, plazo);**
   - **5.2. Fundamento de la protección posesoria agraria;**
   - **5.3. El interdicto de amparo de posesión;**
   - **5.4. El interdicto de restitución; 5.5. La reposición de mojones;**
   - **5.6. Los procesos interdictales cautelares: suspensión de obra y derribo.**

5. **La protección por la vía del desahucio agrario (judicial y administrativo)**

6. **La acción de Usucapión agraria común y especial agraria.**

7. **La acción reivindicatoria y la usucapión agraria. A modo de síntesis.**

(*) Las ideas aquí expuestas son de carácter personal y doctrinal, y de ningún modo comprometen la Institución para la cual labora el autor.

LAS ACCIONES PROTECTORAS DE LA PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS REALES EN MATERIA AGRARIA

Dr. Enrique Napoleón Ulate Chacón

PREÁMBULO.

"Nuestro ordenamiento jurídico tiene un amplio espectro para la tutela de la propiedad en sus más diversas manifestaciones, podría señalarse que no obstante encontrarse dispersas por diferentes partes del Código Civil, incluso de otros cuerpos normativos, hay todo un régimen de acciones protectoras (artículos 295 y 316 del Código Civil), divididas en dos grandes apartados: 1) *Las acciones de hecho*, contempladas en los artículos 305 y 306 del Código Civil referidas a la autorización otorgada al propietario para defender de hecho su derecho cuando el mismo se encuentra amenazado, sólo que en este caso su acción resulta jurídicamente tutelada en tanto ejerce la protección con las particularidades propias de la legítima defensa, es decir frente a la agresión ilegítima, siendo necesaria su defensa, y existiendo proporcionalidad en el medio empleado. 2) Existen también un complejo conjunto de *acciones de derecho* aplicadas según el caso a las exigencias del propietario, el derecho afectado, e incluso la urgencia en su uso. Estas acciones muchas veces tienen una estructura formal similar (en cuanto al propietario, a quien afecta, perturbar o despoja la propiedad, y sobre todo en cuanto a la correcta identificación de la cosa), sin embargo, tienen grandes diferencias en cuanto a la forma en que tutelan la propiedad.

Estas acciones pueden dividirse de la siguiente forma:

A) acciones ordinarias, ubicándose dentro de esta categoría a) la acción reivindicatoria (artículos 316, 320 a 333 del Código Civil), b) la Negatoria, referida a la afectación de otro de los atributos de la propiedad distinto del de posesión, y es la denominada actio negatoria del Derecho romano, y c) la publiciana, denominada en Costa Rica más comúnmente como de mejor derecho de posesión (artículos 317 y 322 del Código Civil).

B) Las tercerías son otra forma de protección propietaria, en su doble modalidad de dominio o de preferencia, cuyo objetivo tiende también a la tutela del propietario.

C) Existen las que protegen la propiedad (sobre todo en cuanto a la posesión) en forma sumaria, donde se ubican los interdictos (Artículos 323, 318, 319, y 307 a 313 del mismo Código Civil).

D) Finalmente también están las no privativas de propiedad: a) deslinde y amojonamiento (artículos 296 a 301 del Código Civil), b) las de cerramiento (artículos 302 a 304 del mismo Código), y c) las que pudieren identificarse sencillamente como otras (artículos 314 y 315 del Código Civil)" (Sala Primera de Casación, N° 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990).

1.-La regulación constitucional de los derechos reales agrarios y el cumplimiento de la función económica, social y ambiental de los bienes

"*Por tales razones, se incluyen, dentro del criterio de propiedad del referido numeral 45, en relación con el 50, ambos constitucionales, la propiedad forestal, la propiedad agraria, la propiedad ecológica, la propiedad ambiental, etc., todas con asidero constitucional en los citados artículos y con una específica regulación y naturaleza jurídicas*..." (S.C., No. 5893-95 de 9:48 horas del 27 de octubre de 1995).

El tratamiento de la protección de los derechos reales, en materia civil y agraria, tienen una gran importancia en todos los ordenamientos jurídicos que han consolidado una base constitucional arraigada en la protección de los derechos humanos fundamentales: junto a los derechos de libertad económica, entre los cuales se encuentra la propiedad privada y demás derechos reales derivados, también se han consagrados derechos-deberes económicos, sociales y ambientales.

La propiedad privada y la libertad económica, encuentran protección constitucional en los artículos 45 y 46 de nuestra Carta Magna, y aunque parece obvio, su existencia, y defensa, obedecen a la permanencia de un Estado Social de Derecho, basado en principios y valores constitucionales, en los cuales se consagran no solo derechos a favor de los particularidades, sino también deberes, con miras a alcanzar un desarrollo económico, con equidad, solidaridad y justicia social.

En consecuencia, si las normas y principios constitucionales de los derechos reales, tanto en materia civil, como agraria, son comunes, no es posible escindir, completamente, las dos materias. La autonomía de sus institutos, sean sustanciales, como procesales, siempre va a ser relativa. Al igual que existen rasgos comunes, también hay diferencias importantes, que obedecen a los momentos históricos, económicos, sociales y ambientales, que las han visto nacer y desarrollarse, según lo ha afirmado reiterdamente la Sala Constitucional.

La función y la estructura de los derechos reales, son comunes en ambas materias, pero su contenido es diverso. La función es la utilidad económica o social para el cual fue diseñado un derecho real particular, y la misma dependerá de la naturaleza (civil, agraria, ecológica, ambiental) del bien sobre el cual recae tal derecho. La estructura, se refiere al conjunto de derechos y obligaciones del titular de ese derecho real, impuestos por la legislación ordinaria, y modificados por la legislación especial, en cada caso concreto, para responder a las necesidades de cada momento histórico.

La anterior reflexión, nos lleva a afirmar, que aún cuando existe una función y una estructura en cada derecho real (sea civil, agrario o ambiental), y se han creado fórmulas o acciones de protección u accesp a de tales derechos, no puede considerarse su carácter invariable, porque esa estructura y función, así como el contenido o presupuestos de las acciones protectoras, variará, o estará modificado atendiendo a la particular naturaleza, finalidad y carácter estructural del bien que se trata de proteger y que condiciona su ciclo de vida.

En síntesis, el ordenamiento jurídico constitucional, evoluciona con la constitución material. Las exigencias económicas, sociales y culturales, cambian, y por ello, debemos ajustar nuestro ordenamiento jurídico en cada

caso concreto, atendiendo a la realidad en la cual serán aplicadas las normas.

Esa reflexión, de base constitucional, nos llevan a otra ulterior reflexión, cuales es, que los derechos reales también sufren un proceso de metamorfosis y evolución permanente, al ser parte de nuestra realidad cotidiana. Evolución que provoca la "multiplicación" y "especialización", por materias de esos derechos reales. Así, solo para el caso de la propiedad, la diversa estructura y función de los bienes, de acuerdo a su naturaleza, conduce a hablar de diversos tipos de propiedad: la civil, la urbana, la agraria, la forestal, la horizontal, la intelectual, y así sucesivamente.

También se habla de posesión civil, agraria, forestal o ecológica. Igualmente, de servidumbres civiles, de aguas, agrarias, y más recientemente de servicumbres ecológicas.

En cualquier caso, la Constitución es garante de protección de tales derechos reales, para brindar no solamente seguridad jurídica a sus titulares, sino también, para obligar el cumplimiento de la función económica, social y ambiental, para la cual fueron concebidos esos derechos.

A esas formas de protección queremos referirnos, de la manera más amplia o general posible, para tratar de comprender, al menos, las de mayor relevancia en la práctica jurisdiccional. Es necesario, hay que decirlo, reflexionar y discutir sobre estos temas, que nos conduzcan a realizar propuestas legislativas e impulsar reformas tendientes a fortalecer los derechos sustanciales, y sus formas de protección, para lograr una mayor seguridad jurídica y cumplimiento efectivo de los derechos, principios y valores constitucionales.

2. Modalidades de protección de la propiedad agraria:

Sin que ello agote el abanico de posibilidades que brinda el ordenamiento jurídico, es necesario citar las acciones que se utilizan más comúnmente para la protección de la propiedad civil y/o agraria.

2.1. En sede administrativa

Previo a acudir a la vía jurisdiccional, el propietario que sufre un despojo de un bien, podría solicitar ante el Ministerio de Seguridad Pública y Gobernación, el inicio de un proceso administrativo de desalojo. Dicho proceso está permitido Constitucionalmente, según lo ha reconocido la Sala Constitucional en reiteradas oportunidades.

El escrito inicial consiste en una exposición sumaria de los hechos, la demostración del título y plano catastrado de la propiedad, y la solicitud del desalojo. Planteada la solicitud, el Departamento legal le brinda el trámite respectivo, ordena notificar a la contraria y manda a realizar un informe de campo, a través de policías de la localidad, para determinar el tiempo de la invasión. Si el plazo es menor al año, el Ministerio dicta la resolución correspondiente ordenando el desalojo administrativo (Ver, entre otras, Res.1873-04 D.M. de las 10:00 del 9 de julio del 2004). Dicha resolución tiene recurso de reconsideración (Res. 2301-04 D.M. de las 13:00 del 23 de agosto 2004).

El fundamento de este trámite administrativo, se ha justificado en el artículo 305 del Código Civil, que expresamente dispone: "*El propietario y el poseedor de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo*

a la autoridad competente", en relación con los numerales 264, 266 y 295 del Código Civil, en relación con el 45 Constitucional.

Indudablemente, es mejor la tutela estatal, que permitir o incentivar los mecanismos de autotutela, pues esto último podría genera, como ha ocurrido en muchos casos, la creación de grupos paramilitares, que ponen en riesgo la estabilidad y la paz social en el campo.

Es necesario indicar, que algunos juristas nacionales han criticado este procedimiento administrativo (J. JURADO, C. BOLAÑOS), y dudan de su constitucionalidad, por violaciones al debido proceso. Recientes interpretaciones de la Sala Constitucional, han permitido que el juez ordinario, una vez planteado el conflicto judicial, pueda disponer de las medidas cautelares necesarias para garantizar el equilibrio entre las partes, y no se vaya a hacer ilusorio el resultado del proceso (Entre otras, Res. 5673-95 de 15:00 del 18 de octubre de 1995, y 7496-97 de 15:51 del 11 de noviembre, 1997).

En el uso de esa discrecionalidad, los jueces deben tener sumo cuidado al momento de disponer la suspensión de un acto administrativo, o bien dar curso a demandas judiciales cuyo propósito es simplemente dejar sin efecto resoluciones administrativas amparadas a un debido proceso.

En casos recientes, el Tribunal admitió la posibilidad de rechazar de plano demandas interdictales, cuyo propósito era enervar una orden de desalojo impartida en sede administrativa, cuando lo procedente era pedir la reconsideración en esa misma sede (Entre otras, véase votos 666-03, 668-03, 669-03 y 670-03).

2.2. La vía sumaria interdictal (tutela de la posesión como parte del dominio) y desahucio

Todo poseedor, de cualquier clase que sea, está facultado para solicitar en la vía sumaria del interdicto, la protección de su posesión. El propietario, como parte de su dominio, también puede proteger la posesión actual y momentánea que ejerce sobre el bien.

Ahora bien, si en materia civil, el objeto de la protección posesoria es garantizar la seguridad jurídica y la paz social, en materia agraria, esa finalidad va más allá, porque también busca proteger la producción agraria, la protección del ambiente, y de los recursos naturales, incluso tutelando la posesión ecológica.

Uno de los aportes más relevantes en esta materia es el libro del Prof. Alvaro Meza, sobre la "posesión agraria", que se ha convertido en un clásico, citado por la doctrina latinoamericana y europea. De su lectura se desprende, la función especial y la estructura de la posesión agraria, que recae sobre bienes de naturaleza productiva, y por ende la protección se dirige a garantizarle al poseedor el ejercicio pacífico de su actividad agraria. El despojo, la perturbación, la alteración, entre otros, son causas de protección posesoria, pero en esta disciplina pueden imaginarse un sin número de causas que pueden perturbar el ejercicio pacífico de la actividad agraria.

Una nueva modalidad, ha sido la protección de la posesión ecológica, sobre todo tratándose de terrenos cubiertos de bosque, cuyo destino ecológico es evidente, porque en estos casos la función y la estructura de la posesión y del bien jurídico tutelado están reguladas expresamente por la Ley forestal. Esto encuentra aún mayor respaldo con

la incorporación en el artículo 8 de la Ley de Biodiversidad, de la función ambiental, como parte de la función económica y social de la propiedad.

No se ha permitido la tutela interdictal cuando se pretende proteger actividades agrarias, que atentan contra la función ambiental de la propiedad (casos Fundecor, T.Agrario, Voto 147-98), y el deber del poseedor agrario de no causar daños a la salud de las personas, de las plantas y de los animales. Así lo exige la legislación especial de protección fitosanitaria, cuando ordena destruir las plantaciones infectadas o los animales enfermos, para que no produzcan daños a las crianzas o plantaciones vecinas, o no contaminen los ríos quebradas y arroyos. O puedan generar condiciones de insalubridad, poniendo en peligro la salud de la población en la cual son realizadas dichas actividades (T. Agrario, Voto No. 771-98).

La misma Sala Constitucional ha indicado que no constituye una violación a la libertad económica o de empresa, el establecimiento de ese tipo de limitaciones, justificadas en un interés social superior.

2.3. Acción penal

Penalmente, el delito de usurpación y daños fue previsto en los artículos 225 y 228 del Código Penal, y los órganos competentes para conocerlo son los Tribunales Penales, luego de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Anteriormente, tales delitos eran del conocimiento de los Tribunales Agrarios, cuando se tratara de bienes de esa naturaleza. Ello resultaba de particular importancia, porque existen disposiciones especiales para ese tipo de casos, que contemplan condiciones de admisibilidad y procedibilidad de la acción penal.

La doctrina costarricense, incluso algunos penalistas (entre ellos, Fernando Cruz), ha estudiado con profundidad este tema, y hasta se habla de una suerte de “despenalización” del tipo penal. De acuerdo al artículo 100 de la Ley de Tierras y Colonización, cuando se esté en presencia de un conflicto de ocupación precaria, es decir, si los poseedores tienen más de un año y necesidad de trabajar la tierra, no procede la acción penal, y deben someterse al procedimiento administrativo ahí previsto, a fin de dar una solución económica o social al conflicto, sea a través de la compra directa o de la expropiación.

Si pasado un año, el Instituto no soluciona el conflicto, el propietario puede seguir con las demandadas o acciones penales, pues tiene derecho a recuperar su propiedad. Pero previamente debió haber agotado la vía administrativa.

Pero también el artículo 129 de la Ley de Tierras y Colonización establece que no procederá la denuncia por usurpación y daños, si no se demuestra que el fundo estaba delimitado, con cercas, o carriles demás de tres metros de ancho. Es decir, se exigen actos posesorios efectivos por parte del propietario, y no basta con la simple presentación del título. Se requiere demostrar un mínimo de actividad posesoria que no permita dudar a terceros que el fundo es un bien ajeno.

Lo anterior tiene concordancia con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 45 Constitucional, sobre la función social de la propiedad, y en los artículos 143 y 144 de la misma Ley de Tierras, que establece las causales de incumplimiento de ese principio.

Todas estas particularidades, que en los Tribunales grarios se conocen muy bien, muchas veces se hecha de menos en los procesos penales. Ello genera que la tutela judicial no sea del todo efectiva, y más bien tienda a generar una multiplicación de conflictos agrarios.

Lo cierto del caso es que el propietario puede perfectamente, dentro de un año, plantear la denuncia penal y demostrar que no hay posesión precaria conforme al artículo 92 LTCO, y si la plantea después del año, agotar la vía administrativa, y si no le solucionan el problema seguir con la causa penal. De manera que siempre será efectiva la protección de su derecho, pero también se le exigirá el cumplimiento de la función social.

A éstos delitos, deben sumarse también todos los delitos ecológicos, que muchas veces son cometidos por los propios propietarios, en el ejercicio de actividades abusivas, tales como la destrucción o relleno de manglares, el cambio radical del uso del suelo, las construcciones en áreas de uso restringido o zonas destinadas a las vías públicas, entre otras. Delitos ecológicos que deberían ser del conocimiento de jueces especializados.

2.4. El amparo y acciones de inconstitucionalidad

Por la vía del amparo constitucional, el propietario o quien alegue un derecho de "acceso" a la propiedad, pueden acudir a la Sala Constitucional, a reclamar la vulneración de su derecho, contra el propio Estado o sus Instituciones (normalmente en casos de omisión o violaciones al debido proceso), o bien contra particulares.

Existen muchos ejemplos en los cuales, un propietario acude en defensa de su derecho patrimonial, en casos donde se ha declarado la creación de un área protegida, cuyos poseedores o propietarios no han sido indemnizados previamente (caso Arenal). La Sala considera, con buen tino, que cuando hay una privación total del contenido esencial del derecho de propiedad, se produce una expropiación vedada, y por tanto está sujeta a indemnización (ver, entre los casos más recientes, el voto 2004-02162).

En algunos casos, la Sala Primera de Casación, había declarado que no era indemnizable la propiedad, cuando la misma queda sujeta, simplemente a limitaciones de carácter forestal, como era el caso de las zonas protectoras (caso El Rodeo, Voto 189-91), por cuanto el propietario no pierde su titularidad, y solo puede ejercer las actividades económicas compatibles con la protección y manejo adecuado del recurso bosque. Esta posición encuentra una mayor comprensión hoy día, si se considera el pago de servicios ambientales por parte del Estado, a esa actividad económica de conservación.

Pero siempre en la vía del amparo constitucional, es importante recordar que en algunas sentencias se ha denegado la tutela al propietario o poseedor, titular de una empresa agraria, que está ejerciendo actividad agrarias productivas afectando la salud pública, sea humana, vegetal o animal (741-92). Esto es así, porque todo propietario, por más privado que sea, debe ajustar su actividad a las exigencias de los derechos humanos de la tercera generación, no pudiendo ejercer su derecho en forma abusiva afectando a los demás.

Por ejemplo, la legislación urbana y de planificación, impone la restricción del uso de cierto tipo de propiedades, las cuales pueden

dedicarse exclusivamente a la agricultura; la legislación de protección sanitaria y fitosanitaria, prohíben la existencia de actividades riesgosas para la salud humana, en centros poblacionales, de esa forma, el Ministerio de Salud puede ordenar el cierre o traslado de establecimientos productivos, si no reúnen las condiciones necesarias para su ejercicio. Esto implica una clara limitación al libre ejercicio del derecho de propiedad, pues nadie puede abusar de su derecho en perjuicio de los demás. En estos casos, la Sala ha indicado que no implica una privación del derecho de propiedad, sino que impera una limitación de interés social.

Lo mismo ha ocurrido, cuando la Dirección de Protección Fitosanitaria ordena la destrucción de plantaciones, o animales infectados por una plaga o enfermedad, pues ello pone en peligro la salud pública y la seguridad alimentaria.

Aparte de lo expuesto, es importante mencionar, que a través del control de constitucionalidad de la legislación especial, la Sala Constitucional a reforzado la protección de la propiedad privada, y el cumplimiento de la función económica, social y ambiental. El más claro ejemplo de ello son las declaratorias de constitucionalidad de la Ley Forestal y de la Ley de Planificación Urbana, en lo que se refiere a las limitaciones contenidas a la propiedad. Hay muchas sentencias que reconocen las limitaciones al ejercicio de la propiedad (4205-96).

También se han declarado inconstitucionales decretos ejecutivos que atentan contra la protección del medio ambiente, en violación del artículo 50 Constitucional (V. 2003-11397), o sin lugar recursos de amparo cuando se ordena suspender un permiso de extracción forestal, en sede administrativa, atendiendo al principio precautorio del Derecho ambiental (Voto 2003-8905).

En otros casos, se ha declarado la inconstitucionalidad, de algunas leyes que puedan afectar la propiedad privada o del Estado, por generar condiciones de inseguridad en cuanto a la titulación de bienes (así, por ejemplo, la Ley de Titulación Múltiple de Tierras y la Ley de Titulación de vivienda campesina). Esto ha multiplicado los problemas de acceso, seguridad y tenencia en la propiedad, porque faltan mecanismos más flexibles y accesibles para que el poseedor que ha usucapido un inmueble pueda obtener su título de propiedad.

3. *Protección en la vía ordinaria*

Mediante el proceso ordinario agrario se tramitan causas o pretensiones de naturaleza agraria que no tengan una tramitación especial. Del artículo 2 se pueden desprender una serie de acciones que, por la naturaleza de las pretensiones deben ser dirimidas en la vía ordinaria. Se destacan, en particular, las acciones sobre derechos reales agrarios.[1]

Estas acciones mantienen un paralelismo respecto a las acciones protectoras de otros derechos reales, tales como la posesión, el usufructo y la servidumbre, las cuales adquieren otras denominaciones, dependiendo del fin perseguido. Veamos: 1. Para recuperar la po-

1 Para un análisis sustantivo de estas acciones reales agrarias, y su distinción con las civiles, pueden consultarse la reciente públicación de MEZA LAZARUS, Alvaro y ULATE CHACON, Enrique. Los derechos Reales en la Jurisprudencia Costarricense. Tomos I y II, San José, Editorial Juritexto, 1ª edición, 1999, págs. 325 y 360.

sesión el titular del Derecho de propiedad, cuenta con la acción reivindicatoria, mientras que quien ostenta el Derecho de posesión pero por haber sido desposeído cuenta con la conocida "***acción publiciana***" o de mejor derecho de posesión; 2. También, cuando el propietario no pretende recuperar la posesión pero si obtener la declaratoria de su derecho con efectos erga omnes cuenta con la ***acción declarativa o de certeza***; 3. Igualmente puede negar el derecho real de otra persona que se lo atribuye para sí, conocida como ***acción negatoria***. Estas dos últimas, es lógico pensar que también son procedentes en tratándose del Derecho de posesión como derecho real que necesita ser protegido, así el poseedor que se ve perturbado en su Derecho de posesión (ya no en la posesión como mero hecho caso en el cual podría ejercitar la acción interdictal), puede pedir en vía ordinaria que se declare que es a él a quien le asiste el derecho, y también negar a otra persona un derecho que se está atribuyendo indebidamente y que no le pertenece (***acción declarativa y negatoria***).-

3.1 Acción reivindicatoria o posesoria

"La acción reivindicatoria es una acción de naturaleza real, con efectos erga omnes, cuya finalidad esencial es la restitución de la cosa mueble o inmueble a su propietario legítimo, y de la cual ha sido despojado por un tercero quien la posee ilegítimamente. Es la "actio in re" por excelencia. Con esta acción el propietario ejercita el "ius possidendi" ínsito en su derecho de dominio. La doctrina más especializada en esta materia atribuye a esta acción las siguientes características: a) De naturaleza real: O que puede ejercitarse contra cualquiera que posea la cosa sin derecho; b) En recuperatoria o restitutoria: Su objetivo básico es obtener la posesión material del bien; c) Es de condena: la sentencia favorable al actor impondrá un determinado comportamiento al demandado. La acción reivindicatoria constituye el más enérgico remedio procesal frente a la agresión más radical que puede sufrir el propietario y que es el despojo de la cosa que le pertenece.-(Ver IGLESIAS MORA, Roberto, "La acción reinvidicatoria" En Derecho Agrario Costarricense, San José, Costa Rica, Ilanud, 1992, página 69).

Los procesos ordinarios de reivindicación y aquellos en donde se discuta el mejor derecho de posesión son los más comunes, y están contemplados en el artículo 2 inciso a), al establecer que forman parte del conocimiento de los tribunales agrarios "... los juicios reivindicatorios o posesorios, en que sean parte uno o varios trabajadores de la tierra, o grupos de éstos organizados por el Instituto correspondiente...".

La acción reivindicatoria[2] y la de mejor derecho de posesión o "publiciana"[3], requieren que el proceso recaiga sobre un bien de naturaleza agraria, sobre un bien productivo en donde se pueda desarrollar la función económica y social de la propiedad agraria. Se trata de una

---

2 Para un amplio análisis de esta acción, véase la sentencia de la Sala Primera de Casación Nº 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990. En el mismo sentido Véase el fallo Nº 223 de las 15:30 horas del 6 de julio de 1990, Nº 9 de las 14:30 horas del 22 de enero de 1993 Nº 50 de las 14:20 horas del 5 de agosto de 1993.

3 "La acción de mejor derecho de posesión, originada en la defensa del Derecho romano conocida como "publiciana", tiene su fundamento en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 317, 318, 319 y 322 así como en los numerales 277 a 286 del Código Civil, y tiende a tutelar al poseedor legítimo frente al ilegítimo, con el objeto de que logre la restitución de la posesión de que ha sido indebidamente privado, bien para que se declare su derecho preferente respecto de un poseedor anterior." Sala Primera de Casación, Nº 168 de las 15 horas del 6 de junio de 1990.

acción de naturaleza real, mediante la cual el propietario o poseedor de un bien agrario, que ha sido despojado en forma ilegítima, solicita la recuperación del bien, y la condena en daños y perjuicios.

El accionante (sea propietario o poseedor legitimo), debe demostrar, para tener éxito en su demanda, tres presupuestos o requisitos de validez:

a) Legitimación activa: El actor debe demostrar ser el titular registral del fundo agrario que pretende reivindicar, o bien ser el poseedor legitimo si se trata de la acción de mejor derecho de posesión, pero también debe acreditar el ejercicio. La doctrina agrarista, desde hace más de 5 décadas, ha demostrado esta evolución a nivel de legislación especial agraria como exigencia de la función económica y social de la propiedad (Pugliatti, entre otros) Es decir se requiere haber ejercido en forma empresarial una actividad agraria productiva y sostenible.

Este requisito, según una jurisprudencia más reciente, no tiene ningún sustento legal y contradice la visión decimonónica de la propiedad. Bastaría el título para reivindicar, en cualquier circunstancia, el Derecho de propiedad.

La Jurisprudencia, en lo esencial reprocha el criterio normativo de la sentencia 230-90 de la Sala Primera de Casación. Debe indicarse que el supuesto de hecho contenido en esa sentencia es muy particular, porque los actores nunca demostraron actos posesorios agrarios tendientes a cumplir la función social de la propiedad. Correlativamente los demandados sí demostraron todos los requisitos de la usucapión agraria. Se aplicó, en consecuencia lo dispuesto en el artículo 320 del Código Civil. En otro supuesto, si el actor, propietario registral conserva su derecho real inscrito y el demandado no demuestra los requisitos necesarios para usucapir, es evidente que el reivindicante conservará siempre su derecho a reivindicar.

Desde 1964, Pugliatti (en el conocidísimo libro *La propietá e e proprietá*, Giuffré, 1964), expone ampliamente la distinción entre bienes productivos y bienes de consumo, asignando al derecho de propiedad, una estructura de poder-deber, con una función de acuerdo a la naturaleza de los bienes.

La propia Sala Constitucional ha indicado "*En cuanto a la propiedad agraria debe indicarse que cuando se reconoce la función social de la propiedad, el derecho de propiedad se configura como un derecho-deber, en el que existe una forma específica de ejercer las facultades del dominio, y se imponen al titular obligaciones como la utilización productiva de la tierra"* (Sala Constitucional, No. 4587-97 de las 15:45 horas del 5 de agosto de 1997).

Esta tesis, sostenida por nuestro máximo órgano jurisdiccional, y cuya jurisprudencia es vinculante, sí tiene un respaldo legal y doctrinal. Desde el punto de vista legal, la Ley de Tierras y Colonización, en los artículos 1 y 2 exige el cumplimiento de la función social de la propiedad, y a partir del artículo 141 y siguientes establecen la posibilidad de decretar la expropiación, frente al incumplimiento de la función social de la propiedad. Además, a partir del artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización, también se establecen otras posibilidades para resolver conflictos de ocupación precaria de tierras en propiedades ya inscritas.

Ese decir, no es posible hacer una lectura aislada de las normas del Código Civil, sin relacionarlas con la gran cantidad de Leyes especiales (tales como la Ley Forestal, la Ley de Suelos, la Ley Orgánica del Ambiente, entre otras), que de alguna manera condicionan el ejercicio del derecho de propiedad como poder-deber.

b) Legitimación pasiva: También debe demostrarse que el demandado o los demandados han despojado al actor y son poseedores ilegítimos, sea que no cuentan con una causa justa o válida para poseer. No habría ilegitimidad en la posesión, sin los demandados han adquirido por usucapión, o cuentan con justo título, o mantienen una posesión precaria por más de un año.

c) Identidad del bien: El fundo agrario sobre el cual recae la reivindicación debe ser idéntico: Es decir el reclamado por el propietario o poseedor legítimo debe corresponder al que ha sido objeto de despojo. La identidad del fundo, no solo es documental o catastral, sino que debe establecerse con prueba idónea en la materialidad del bien (sea pericia o a través de reconocimiento judicial). Para lo cual el juez hará un reconocimiento judicial.

Las normas que les otorgan sustento jurídico a la acción reivindicatoria agraria y la de mejor derecho de posesión, son las mismas contenidas en el Código Civil[4]. Tratándose de una causa agraria deben aplicarse los principios generales del derecho agrario y los criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala Primera de Casación.[5]

No debe perderse de vista que estas acciones, no solo proceden respecto de bienes inmuebles (fundos agrarios), sino también respecto de bienes muebles de carácter agrario, incluso sobre semovientes[6]. Es perfectamente posible plantear una acción reivindicatoria o de mejor derecho de posesión, para reivindicar, por ejemplo, un tractor o maquinaria agrícola utilizada en la actividad agraria. También se han presentado casos de reivindicación de semovientes, tales como ganado o cerdos, en los cuales prevalece el criterio de que quien demuestre la posesión vale por título, y se otorga una presunción "iuris tantum" a favor de esa posesión, salvo que se demuestre lo contrario.[7]

El efecto más importante de la reivindicación agraria es la restitución del bien a favor del propietario agrario. Pero también pueden producirse efectos importantes para el poseedor ilegítimo, sea de buena o de mala fe, en cuanto al pago de daños y perjuicios, derecho de retención, mejoras, devolución de frutos.[8] Desde hace bastante tiempo la jurisprudencia le ha concedido de oficio, el pago de mejoras al poseedor, aún cuando no

---

4 Conforme al artículo 316 del Código Civil a todo propietario le asiste la facultad de reclamar en juicio la cosa objeto de su propiedad, así como el libre goce de todos y cada uno de los derechos que dicha propiedad comprende; el 320 señala que puede dirigirse contra todo el que posea como dueño, salvo que otro la hubiere adquirido por usucapión; el 321 dispone que procede incluso contra quien poseía de mala fe y ha dejado de poseer, aún cuando el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor.

5 La Sala "...ha erigido como principios generales del Derecho Agrario los conceptos contenidos en la sentencia Nº 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990...". Sala Primera de Casación, Nº 50 de las 14:20 horas del 5 de agosto de 1993.

6 Tribunal Superior Agrario, Nº...

7 Código Civil, artículos 281 y 854.

8 Código Civil, artículos 328 y siguientes.

se haya establecido reconvención al respecto, por ser un derecho otorgado en forma expresa por la Ley.[9]

En estos casos, el actor debe demostrar que es el verdadero propietario o poseedor agrario del bien, y que el demandado pretende titular o ha titulado su terreno sin cumplir con los requisitos legales exigidos. Por ejemplo, que no cumple todos los requisitos para usucapir, o que levantó la información posesoria en contra de lo establecido en la Ley.

En el segundo caso, cuando se trata de un problema de doble titularidad, sea que tanto el actor como el demandado poseen un título debidamente inscrito en el registro público, si el bien sobre el cual recae el conflicto es un fundo agrario, deberá tramitarse también en vía ordinaria. La titularidad definitiva se resuelve, no a favor de quien demuestre tener el título más antiguo, sino, a favor de quien aparte del titulo demuestre haberse comportado como dueño, es decir, haber ejercido una actividad agraria estable y efectiva tendiente a cumplir la función económica de la propiedad agraria.

3.2 Nulidad de títulos y títulos repetidos

Existe otro tipo de conflictos agrarios, cuyas acciones no están contempladas expresamente en el numeral 2 inciso a, pero implícitamente estarían comprendidas. Se trata de las acciones de nulidad de títulos, o bien de pluralidad de títulos. En el primer caso, sea la acción de nulidad de títulos, la demanda puede ser establecida ya sea por el propietario registral[10] o por el poseedor legítimo de un bien de naturaleza agraria, contra otra persona que sin tener mejor derecho de posesión, ha titulado indebidamente el inmueble, por el trámite de información posesoria. La acción nace, precisamente, con motivo de una oposición al trámite de la información posesoria[11], o con posterioridad a la inscripción del título en el registro.[12], y debe dirigirse contra el titulante o contra quien favoreció la inscripción.

3.3. Acción declarativa o de certeza.

"La acción reivindicatoria se diferencia de la llamada acción declarativa de dominio o de certeza, en que la primera es una acción de restitución y la segunda es más bien de naturaleza preventiva o defensiva del derecho real y del goce actual del bien mueble o inmueble. No está contemplada en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina lo admiten. El proceso ordinario para que se declare a favor del poseedor una usucapión como acción principal de la demanda formulada contra un tercero titular registral no poseedor, bien podría catalogarse como una acción declarativa o de certeza, bajo el supuesto de que se declare efectivamente esa usucapión... La sentencia número 502-75 de la Sala Primera de la Corte, en su quinto considerando, expresó sobre esta acción lo siguiente: "O como ocurre con la llamada acción de declaración de certeza, que se da cuando otro niega o discute el derecho del propietario, sin que este haya sido despojado de la cosa; el propietario demanda para que se afirme erga ommes que la cosa le pertenece a fin de oponer esa declaración a los terceros". Se trata

---

9 Sala Primera de Casación, Nº 94 de las 15 horas del 14 de marzo de 1990, considerando XIV.
10 Sala Primera de Casación, Nº 226 de las 14:45 horas del 11 de julio de 1990.
11 Sala Primera de Casación, Nº 92 de las 10 horas del 21 de junio de 1991.
12 Ley de Informaciones Posesorias, artículos 8 y 17.

sin duda de una acción de carácter real y no personal, pues se fundamenta en el derecho de propiedad y requiere la declaración judicial del dominio del actor. Este debe probar su dominio, identificar el bien y demostrar la perturbación en que incurrió el demandado."(Ver IGLESIAS MORA*, op. cit.* páginas 74 y 75).

"En todas ellas se caracteriza la acción reivindicatoria como medio de protección del dominio frente a una privación o detentación posesoria, dado que se dirige fundamentalmente a la recuperación de la posesión, mientras que la acción declarativa o de constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor de la cosa, tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se le arroga. Por lo que la acción reivindicatoria es siempre una acción de condena, que se encamina a la recuperación de la cosa reclamada, mientras que la acción declarativa de propiedad se detiene a los límites de una "declaración judicial" del derecho alegado, sin pretender una ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerla en otro distinto. En consecuencia no ofrece duda que cuando no se trata de recuperar la posesión del objeto del derecho de propiedad, la acción procedente es la declarativa en lugar de la reivindicatoria (Ver MONTES,, p 273-274).

La acción declarativa es entonces "Aquella con la cual se persigue la comprobación o fijación de una situación jurídica... su finalidad consiste precisamente en la afirmación de la existencia de una situación de hecho que se conforma con una persona de Derecho." (Ver CABANELLAS Guillermo*, Dicccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 1968, 6a, edición, T. I, página 45), de modo tal que también en la vía declarativa, la constatación del derecho de posesión ejercida a título de dueño en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, por más de un año, acallando a aquél que se arroga ese derecho para sí, es decir, puede pedirse que se declare su derecho preferente respecto a un poseedor anterior o que pretende serlo actualmente. A nuestro entender dicha acción para obtener la protección del derecho de posesión encuentra su fundamento (distinta de la publiciana), en el Libro I, Título II "Del dominio", Capítulo V " De los derechos de exclusión y defensa" en el artículo 307 del Código Civil en cuanto establece: "Para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor, salvo que el reclamo sea contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño, en este caso, debe quien solicite la protección, probar también, o que por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene otro cualquiera legítimo título para poseer." Por ello también el poseedor en vía ordinaria puede solicitar se declare su Derecho de posesión, ya sea por haber cumplido el plazo para adquirirlo o por ostentar mejor título.-

3. 4. Acción Negatoria.

La acción negatoria es también una acción real que puede ser ejercitada tanto por un propietario, como por quien ostenta legítimamente otro derecho real. "La acción negatoria asiste al propietario para obtener la declaración de que la cosa objeto de su derecho no se encuentra sujeta al derecho que otro se atribuye sobre ella. Se llama negatoria o de libertad de la propiedad y puede ejercitarla todo propietario, poseedor o no, exclusivo o copropietario, tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles... Se trata de un medio de defensa contra la inquietación o intromisión en la propiedad ajena, cometida sobre la base de atribuirse un derecho... La acción no

aparece expresamente regulada por el Código Civil, pero ha sido reconocida y regulada en su ejercicio por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sus requisitos de ejercicio sería fundamentalmente, los siguientes: 1. La justificación del dominio actual del actor. 2. La prueba de los actos de perturbación que el demandado ha causado en el goce o ejercicio del dominio. Esta perturbación tiene que haber sido realizada con la pretensión de ostentar un derecho real sobre la cosa, puesto que para reprimir perturbaciones de mero hecho puede utilizarse las acciones posesorias.... La acción negatoria produce, fundamentalmente, los siguientes efectos de una parte, la declaración de que no existe el pretendido derecho del demandado; por otra parte, lo indemnización de daños y perjuicios que hay que unir a la cesación de la perturbación." (Ver MONTES*, op. cit.,* páginas 106-108).- También se ha definido la acción negatoria de la siguiente forma: la que compete los poseedores de inmuebles contra quienes les impidan el libre ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida. (Artículo 2.800 del Código Civil Argentino). Esta acción se da contra cualquiera que perturbe el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, cuando se arrogue sobre él una servidumbre indebida... (Ver CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, op, cit, Tomo I, página 48). En principio, y a partir de las fuentes romanas, la acción negatoria era concedida básicamente al propietario quien, al verse inquietado o perturbado por un sujeto que se atribuía para sí un derecho de usufructo o servidumbre, solicita declarar la inexistencia de tal derecho. Refiriéndose a dichas fuentes romanas, la doctrina española cita los siguientes casos de acción negatoria: " Es ésta la acción propia del dueño de un fundo contra una persona que pretende tener un usufructo sobre el mismo cuando el propietario niega la existencia de este usufructo". "Es ésta la acción correspondiente al propietario de un fundo contra la persona que injustamente pretende tener un derecho de paso a través del mismo." "Es ésta la acción del propietario de un fundo contra la persona que pretende tener derecho a construir un edificio sobre su propio suelo, elevándolo más de cierta altura, cuando el actor niega que tenga tal derecho".(MARTIN-BALLESTERO, Luis. *La acción negatoria*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 43). Desde esa perspectiva, estaba legitimado para ejercer la acción negatoria únicamente el propietario. El legitimado pasivamente podía ser no solo contra aquellos que pretendieren mantener una posible servidumbre, sino que bastaba con la existencia de un estado o situación de hecho que objetivamente se correspondiera con el ejercicio de una servidumbre o usufructo. De esa forma era una acción limitada. La doctrina tradicional exigía como requisitos de la acción negatoria los siguientes: "1. que el actor justifique en principio su derecho de propiedad (mediante la presentación del correspondiente título de adquisición de la cosa). 2. Que pruebe la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad (perturbación que ha de ser realizada con pretensión de ostentar un derecho real, pues para reprimir perturbaciones de puro hecho no hace falta acudir a esta acción). En cambio, no es preciso que pruebe el actor la inexistencia de la servidumbre o derecho real pretendidos por el tercero, pues es principio de derecho ya repetido que la propiedad se presume libre y que el que sostiene la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas".(CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, ed. rev. por G. García Cantero, 2, vol. 1o., Reus, Madrid, 1992, p. 216, citado por Martin-Ballestero, op.cit., p. 80).

Modernamente la acción negatoria tiene otro perfil práctico. No es solo para la defensa del derecho de propiedad. Debe admitirse que titulares de otros derechos reales sobre la cosa tengan protección contra quienes ejerzan sobre aquélla supuestos derechos que les perjudiquen. Indudablemente merecen una protección por parte del ordenamiento, independientemente de que se le llame acción negatoria o de otro tipo. En la doctrina española, se admite hoy día la posibilidad de ejercitar la acción negatoria, no solo frente a actos perturbatorios derivados de un presunto ejercicio de un derecho real de servidumbre o usufructo, sino también cuando la perturbación o molestia lo es de puro hecho o alegando haber adquirido mediante un documento privado un derecho que ahora el titular le niega. En este caso estaríamos ante un supuesto de acción negatoria puramente declarativa. Se persigue obtener la declaración de que nuestra propiedad no está gravada, al igual que es posible la acción declarativa de la propiedad. En cuanto al requisito de la legitimación activa, en la acción negatoria, hoy día se sabe que el título inscrito no es indispensable, pues la prueba del dominio puede hacerse por otros medios probatorios. El derecho del actor podría justificarse incluso a través de la posesión continuada.

El actor, si bien debe demostrar la titularidad, no debe confundirse con el documento, lo importante es demostrar la propiedad del bien en virtud de una causa idónea para el nacimiento del derecho real. "En consecuencia, en la acción negatoria el actor podrá y aún deberá presentar su título de dominio, pero, si materialmente éste le falta, cabrán otros medios de prueba como los citados para que así, sin ninguna cortapisa, prospere su acción procesal" (MARTIN-BALLESTERO, *La acción negatoria*, op. cit., p. 82).

En punto a la legitimación pasiva, tampoco es exacta la tesis de que la perturbación ha de ser realizada con pretensión de ostentar un derecho real. Hoy la acción negatoria, como se ha dicho, cumple una función más amplia. Se habla de "acciones negatorias" para referirse a todas aquellas acciones de declaración negativa, por virtud de las cuales quien es titular de un derecho real pretende que se declare que otro carece de un derecho de la misma naturaleza sobre la misma cosa. Ello permite ampliar la acción negatoria a otros tipos de perturbaciones, distintas de las tradicionales y hoy, son comunes las perturbaciones materiales y ecológicas. Por ello, ante cualquier perturbación manifiesta será viable una acción declarativa que afirme el dominio del actor y niegue que el del otro carece de aquellos derechos o pretensiones motivo de su perturbación. "La acción negatoria será, por ejemplo, indiscutiblemente operativa en vía procesal en situaciones de defensa de perturbaciones manifiestas (o "soterradas") que degraden o arruinen nuestro entorno ecológico, pues ello afectará nuestra calidad de vida." (Véase MARTIN-BALLESTERO, *La acción negatoria,* op. cit., p. 92).

La acción negatoria tiene dos claros efectos. En primer lugar se trata de una **acción de cesación**: Es la acción que tiene el propietario para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o detentación indebidas de la posesión. En segundo lugar, es una **acción de abstención:** El propietario tiene también acción para exigir la abstención de otras actividades futuras y previsibles del mismo género.- (Ver como antecedente de las acciones protectoras a la propiedad: ***Tribunal Agrario***, No. 586 de las 14:45 horas del 17 de agosto de 1995).

3.5. Acciones reales de menor jerarquía (mejor derecho, mejoras, etc.).

La acción ordinaria de mejor derecho de posesión o "publiciana"[13], también es reconocida como una acción restitutoria, veamos: " Un cuarto efecto de la posesión originaria consiste en el ejercicio de la acción plenaria de posesión o acción publiciana. Dicha acción no puede ejercitarse por un poseedor derivado. Esta acción compete al adquirente con justo título y buena fe; tiene por objeto que se le restituya en la posesión definitiva de una cosa mueble o inmueble. Se da esta acción en contra del poseedor sin título, del poseedor de mala fe y del que tiene título y buena fe, pero una posesión menos antigua que la del actor." (Ver ROGINA VILLEGAS (Rafael), **Derecho Civil Mexicano**, Tomo III, México, Editorial Porrúa S.A. 1981, quinta edición, página 691-692)

De todo lo anterior, se puede afirmar entonces que "En definitiva, tanto en la reivindicatoria como en la publiciana, el actor no es poseedor actual, y en ambos supuestos trata de recuperar la posesión como consecuencia de su derecho; y en el segundo, de la peor condición del actual poseedor... Así, a mi juicio, la acción publiciana podría admitirse como acción real recuperatoria a disposición del poseedor ad

---

13 "La acción publiciana debe su nombre al pretor Publicio y es de neta raingambre romanista. Sabemos que en el antiguo Derecho Romano la propiedad quiritaria se adquiría por *mancipatio* o por *in iure censumo* así como por la *Usucapio* o falta de las dos anteriores. La venta seguida de tradición no confería el dominio de la cosa vendida, ya que el comprador solamente adquiría la cosa in bonia; es decir, su simple posesión, la cual devenía dominio por medio de la usucapión. Pero mientras transcurría el plazo prescriptivo si el vendedor demandaba por medio de la reivindicatio la cosa vendida el comprador oponía la exceptio rei venditae o traditae. Con esta excepción de cosa vendida y entrega se defendía del antiguo dueño de la cosa; y para defenderse de tercera persona que quisiera despojarle o perturbarle en su propiedad, tenía los interdictos de retener y recobrar. Pero si el poseedor era despojado de su posesión no podía interponer la acción reivindicatoria si no había transcurrido el término para usucapir, y en tal caso se hallaba completamente indefenso. Para subvenir a esta anomalía, el pretor Publicio creó la acción de su nombre, la publiciana, dándole carácter de reinvidicatio utilis, acción ficticia -fictas actio- por medio de la cual el pretor fingía crear que el poseedor había cumplido el plazo de la usucapión y demandaba la cosa en calidad de dueño. Cuando se borró el derecho romano la distinción entre la propiedad quiritaria y la bonitaria, convirtiéndose la tradición en el modo normal de adquirir los derechos reales, dicha tradición si provenía de su dueño legítimo, transfería el dominio y con élla acción reivindicatoria; pero si no, sólo transmitía la posesión apta para usucapir. Esta distinción es importante, ya que el dueño de una cosa para litigar sobre ella tenía que probar que el tradens era legítimo propietario de ella y por tanto le había transferido el dominio legítimo y no la posesión. La dificultad de aportar en juicio tal prueba, hizo que todos los propietarios recurrieran a la acción publiciana en vez de ejercitar la reivindicatoria; y más cuando la acción publiciana, por ser una acción ficticia, no lleva en sí la santidad de cosa juzgada y siempre dejaba libre la acción reivindicatoria.- Esto hizo que para el ejercicio de la acción publiciana se requiriere en el poseedor justo título, es decir, un origen legítimo de la cosa poseída." (José Gomez y Luis Muñoz, Elementos de Derecho Civil Mexicano, T. II, páginas 352 a 354, citado por ROJINA VILLEGAS, op, cit., páginas 691 y 692). "Sabido es que la acción publiciana se concedió en el Derecho romano, para otorgar protección real al poseedor de buena fe que ostentaba una posesión hábil para la usucapión frente a los perturbadores. Mediante ella se había recibido por un título no idóneo según el derecho quiritario para transmitir la propiedad. Por otra parte, se concedió también al adquirente que traía de un no-propietario, cuando era perturbado por un tercero sin título alguno. En nuestro Derecho, el problema de la subsistencia de la acción publiciana envuelve dos cuestiones fundamentales: la primera, consiste en averigurar si un poseedor a título de dueño, que ostenta una posesión hábil para la usucapión, aunque en rigor sea todavía un non dominus, puede reaccionar frente al despojo producido por un tercero sin título alguno, más allá del plazo y demás condicionantes específicos del interdicto de recobrar, que prescribe al año. Además, la admisión de la acción publiciana resolvería la cuestión del enfrentamiento entre dos títulos posesorios, de los cuales uno se presenta con mayor fortaleza que el otro. (Ver MONTES, Vicente L., La propiedad privada en el Sistema de Derecho Civil Contemporáneo. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1980 primera edición, páginas 294 y 295).

usucapionem..." (Ver MONTES **op. cit.,** página 295 pp.). Respecto de la acción publiciana, que es la que aquí nos interesa, la Jurisprudencia ha establecido lo siguiente: "III. La acción de mejor derecho de posesión, originada en la defensa del Derecho romano conocida como "publiciana", tiene su fundamento en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 317, 318, 319 y 322, así como en los numerales 277 a 286 del Código Civil, y tiende a tutelar al poseedor legítimo frente al ilegítimo, con el objeto de que logre la *restitución* de la posesión de que ha sido indebidamente privado, bien para que *se declare su derecho preferente* respecto de un poseedor anterior."

En otros términos, se desprende que nuestra Jurisprudencia ve en la acción publiciana, efectos recuperatorios, pero también puede tener efectos declarativos. Sin embargo, a nuestro entender, se trata de dos acciones diversas, pues como se dijo más arriba, la naturaleza histórica de la publiciana, es fundamentalmente la de ser una acción real posesoria cuyos efectos son restitutorios, véase incluso, que nuestro Código Civil, en el Libro II, Titulo I "Del dominio", Capítulo VI se regula lo relativo a los "Derechos de **restitución** e indemnización", capítulo dentro del cual fué incluída la acción publiciana en cuyo artículo 322 establece: "La acción ordinaria sobre el derecho de posesión, puede dirigirse contra cualquiera que pretenda tener mejor derecho de poseer." Y si fué incluída dentro de dicho capítulo es porque efectivamente se trata de una acción que tiende a la restitución de la posesión. Distinto sería el caso cuando se trata de declarar el derecho de posesión con exclusión de otro, tal y como veremos en el siguiente punto.-

3.6. Otras acciones reales:

En vía ordinaria agraria, también se tramitan una serie de acciones reales distintas a la reivindicatoria o de mejor derecho de posesión, que están referidas mas bien a los derechos reales limitados.

Las más comunes se refieren a los derechos reales de servidumbre y de usufructo. En nuestro Código Civil no se contempla de una manera expresa la protección a las servidumbres agrarias. Sin embargo, debe tenerse presente que su protección emana del capítulo general sobre las servidumbres[14] en donde no existe una "tipicidad legal" de las mismas.

Las servidumbres agrarias forman parte de los "iura fundi", sea de los derechos constituidos sobre el fundo agrario, para facilitar el ejercicio de la actividad, o aumentar diferentes medios para la constitución de las servidumbres civiles, pero están en función del fundo agrario y de la actividad.

Las más comunes y de mayor uso son las servidumbres fundiarias agrarias, que permiten el paso o salida de un fundo agrario (dominante) sobre otro (sirviente), sea para introducirse a pie, a caballo, en carreta, en vehículos, o maquinaria pesada, y de esa forma darle asistencia técnica a la actividad agraria y lograr sacar la cosecha o productos agrarios. Aun cuando la servidumbre o derecho de paso este legalmente constituido (por convenio, o por disposición de ultima voluntad, o por destino de buen padre de familia), podrían plantearse conflictos sobre el uso de la servidumbre, o

14 Código Civil, artículo 370 y siguientes.

sobre la extinción de ese derecho real agrario. En tal caso la acción deberá tramitarse en la vía ordinaria agraria.[15]

Igual ocurre cuanto se trata de fundos agrarios enclavados, sin salida a calle pública o sin salida suficiente y adecuada para las exigencias de la producción agraria sostenible. En tales casos, el actor (dueño del fundo agrario enclavado), debe dirigir la demanda contra todos los fundos colindantes, para lograr la constitución de una servidumbre forzosa de paso[16], y de esa forma se garantiza el ejercicio de la actividad agraria, bajo el principio de que ningún fundo debe permanecer enclavado, improductivo.

Por otra parte, el titular de un fundo agrario, puede plantear la conocida "acción negatoria"[17], para rechazar un derecho real limitado (servidumbre, usufructo), que otra persona afirma que le pertenece sin haberse nunca constituido a su favor. Se trata de una acción declarativa, fundada en el principio de que los fundos se presumen libres, para defender la propiedad agraria frente al derecho que otro se atribuye para sí sin pertenecerle.

También puede alegarse, en vía ordinaria agraria, la extinción de un derecho real limitado, sea de servidumbre o usufructo agrario, cuando ha operado alguna de las causas previstas en el Código Civil, y especialmente cuando no se ha ejercido durante el plazo de diez años.[18]

4. *La tutela sumaria posesoria en materia agraria*

También encontramos en el artículo 2 una competencia específica en materia interdictal agraria. Efectivamente, también corresponden a los tribunales agrarios conocer "b) De los interdictos, cuando éstos se refieren a predios rústicos...".

Es decir, la especialización de la jurisdicción agraria , comprende también la tutela interdictal agraria cuando se pretenda la protección de la posesión ejercida sobre predios rústicos, o más concretamente fundos agrarios, que en su forma más tradicional lo constituyen todos aquellos terrenos de aptitud productiva agraria susceptibles de ser destinados, o estar destinados a una actividad agraria empresarial, o bien agroambiental.

Precisamente, la vía interdictal en materia agraria, es para proteger una posesión agraria que se traduce en la realización de actos posesorios agrarios propiamente dichos, es decir, aquellos consistentes en el ejercicio de una actividad económica organizada dirigida a la producción o cría de animales o vegetales, y no únicamente actos complementarios como lo sería los actos de mero cercamiento, limpieza o vigilancia.

De esta acción específica ha surgido dentro del derecho procesal agrario , lo que ha denominado "**acciones interdictales agrarias**", mediante las cuales se busca proteger la posesión agraria actual y momentánea, a efecto de que las actividades agrarias de producción no sean

---

15 Sala Primera de Casación, Nº 80 de las 14:30 horas del 19 de julio de 1995.
16 Código Civil, artículos 395 y siguientes.
17 Tribunal Superior Agrario, Nº 82 de las 13:40 horas del 31 de enero de 1996.
18 Sala Primera de Casación, Nº 26 de las 8:30 horas del 15 de marzo de 1991.

afectadas, y para que se pueda cumplir con el destino productivo de los bienes agrarios.
La acción interdictal agraria, tiene por objeto mantener una situación de hecho, actual y momentánea, hasta tanto no sea resuelta en una vía más amplia, como la declarativa, el derecho de poseer una cosa, independientemente del derecho de propiedad. En otros términos, los interdictos tienden al pronto restablecimiento del estado de hecho, ya sea amparando al que fuere inquietado en la posesión, o restableciendo en ella a quien ha sufrido despojo. Incluso, la ley faculta al poseedor de cualquier clase que sea para repeler la fuerza con la fuerza, en caso de que atenten contra su posesión.[19] Pero ese es un recurso excepcional, el cual las personas sólo deben acudir en situaciones muy calificadas.

Las acciones interdictales en nuestro derecho, únicamente proceden respecto a bienes inmuebles, y en ningún modo afectan cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre las cuales no debe versar discusión en el proceso interdictal.[20] Por otra parte, debe anotarse que la acción interdictal agraria no puede establecerse si han transcurrido tres meses desde el comienzo de los hechos y obras contra las cuales se reclama, ya que a ese término se limita el plazo de caducidad que fija la Ley.[21]

Los trámites para los procesos interdictales, son muy semejantes y para todos los casos se requiere que la prueba verse “sobre el mero hecho de poseer, o sea la posesión momentánea y actual”[22], es decir, “para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor...”.[23]

El interdicto de amparo de posesión, es propiamente el de retener, mediante el cual se busca hacer cesar las perturbaciones dirigidas contra la posesión de quien la está ejerciendo en forma actual y momentánea, para ser amparada no se necesita que se haya causado o esté causando daño o perjuicio inmediato, sino que basta que los actos ejecutados inquieten al reclamante en la pacífica tenencia de la cosa y únicamente se requiere probar la posesión y las perturbaciones. [24]

El interdicto de restitución, es aquel mediante el cual se reclama la posesión pacífica sobre un bien del que ha sido indebidamente privado. El poseedor para ser restituido en el goce de su derecho, debe probar el hecho de su posesión y haber sido privado de ella ilegalmente (artículo 317, 318 del Código Civil y 464 del Código Procesal Civil).[25]

Para determinar si un interdicto es competencia de los tribunales agrarios, la Sala Primera de la Corte, no solo toma en consideración el criterio de la actividad agraria, y la definición de fundo agrario contenida en el artículo 4 Lja. Debe tomarse en cuenta, también el destino del inmueble, así como su ubicación y dimensión:

---

19 Código Civil, artículo 305.
20 Código Procesal Civil, artículo 457.
21 Código Procesal Civil, artículo 458.
22 Código Procesal Civil, artículo 459, párrafo segundo.
23 Código Civil, artículo 307.
24 Esta acción interdictal agraria, encuentra su fundamento en los artículos 305, 307, 308, y 309 del Código Civil, así como los artículos 461 a 463 del Código Procesal Civil.
25 Tribunal Superior Agrario Nº 117 de las 13:10 horas del 16 de febrero de 1994 y Nº118 de las 13:30 horas del 16 de febrero de 1994.

"...resulta de trascendental importancia, a fin de determinar la competencia, considerar, además del uso a que está destinado el inmueble, que en la poca extensión que tiene no es posible desplegar una actividad agraria empresarial conforme lo establecen los artículos 2, inciso h), y 4 de la Ley de Jurisdiccion Agraria, lo cual si sería posible si el terreno se dedicara a cultivos que requirieran de una superficie reducida, como por ejemplo hongos, flores, cría de gallinas, etc...".[26]

Pero en materia de interdictos, la competencia se ha venido ampliando para aquellos casos donde se trata de tutelar la posesión ecológica actual y momentánea, o la posesión forestal, y existen actos perturbatorios o de despojo. Así lo ha resuelto reiteradamente el Tribunal Superior Agrario.[27]

La vía interdictal agraria no solo permite tramitar acciones cuando ha existido perturbación, despojo, o alteración de límites del fundo agrario. Se han planteado una serie de situaciones especiales, las cuales se analizarán cuando veamos este tipo de proceso sumario (interdictos tratándose de servidumbres agrarias o fundos enclavados, interdictos en materia de aguas destinadas al ejercicio de la actividad agraria, interdictos contra actuaciones administrativas y en materia de caminos públicos).

5.- Tutela Sumaria del desahucio agrario

5.1. Desahucio judicial

De conformidad con el artículo 2, inciso b, de la Ley de Jurisdiccion Agraria, corresponde a los Tribunales agrarios conocer "De los interdictos cuando estos se refieren a predios rústicos, así como de los *desahucios* relativos a los mismos bienes...". Conforme al artículo 4 de la misma Ley por predios rústicos se entienden los que se encuentran destinados a la explotación agropecuaria, sea a actividades esencialmente agrarias de producción o cría de animales y vegetales.

El desahucio agrario[28] puede generarse por cualquiera de las causales contenidas en el Código Procesal Civil y, analógicamente, en la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. Los casos más comunes son los desahucios agrarios por mera tolerancia, por incumplimiento en el pago del precio, o bien, por vencimiento del plazo del arrendamiento. Siempre lo determinante va a ser que el inmueble esté destinado al ejercicio de actividades agrarias.

Cuando se trate solo de un desahucio de la casa de habitación ubicada dentro de un fundo agrario, el proceso sería de naturaleza civil,

---

26 Sala Primera de Casación, Nº 82 de las 14:50 horas del 24 de junio de 1992, en igual sentido Nº 148 de las 14:10 horas del 6 de noviembre de 1992, Nº 32 de las 14:05 horas del 22 de marzo de 1991 y Nº 154 de las 10 horas del 13 de noviembre de 1992.

27 Tribunal Superior Agrario, Nº 147 de las 15:15 horas del 27 de febrero de 1998. Se ampara –indirectamente- la posesión "ecológica" ejercida por una ONG, en un terreno adquirido para conformar un corredor biológico, frente a un conjunto de poseedores en precario que pretenden derechos de posesión.

28 El procesalista ARTAVIA BARRANTES, en su obra reciente sobre "El proceso de desahucio y sus causales", San José, Editoriales Sapiencia y Dupas, 1998, 1ª. Edición, dedica un capítulo al desahucio agrario págs. 200 a 224.

salvo que se demuestre que el demandado dedica alguna parte del inmueble a la actividad agraria. [29]

Por ello, si bien el desahucio agrario, como se verá, constituye un instrumento procesal a favor del propietario concedente de un fundo agrario a fin de recuperarlo, ese es un recurso al cual puede recurrir solo en casos expresamente establecidos en la normativa agraria y, en ausencia de ésta, los que estén previstos en el Código Procesal Civil, en el Código Civil o en la Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre y cuando sean compatibles y respeten la naturaleza del contrato de arrendamiento agrario (como contrato especial y distinto del civil), y sean reiterados en las causales aceptadas en la praxis jurisprudencial de los tribunales agrarios.

Con relación a los fines del proceso sumario de desahucio, es importante citar una resolución del Tribunal Agrario, a propósito de la aplicación de la causal más frecuente a la cual se acude a fin de pedir el desahucio agrario: la mera tolerancia.

II.- El proceso de desahucio ***tiene por objeto reivindicar una propiedad inmueble, sea recuperar su posesión del actual poseedor***. Es un proceso sumario, que procede sólo si se dan las causales expresamente señaladas en la Ley, sean las indicadas en el artículo 448 del Código Procesal Civil. En los demás casos en que se pretenda reivindicar un inmueble debe de recurrirse a la vía ordinaria. Entre las causales para que proceda el desahucio está: "3) Ocupación por consentimiento o tolerancia de las personas indicadas en el artículo siguiente."; "ARTICULO 449- Legitimación y orden de desalojo. La demanda de desahucio podrá establecerse por los que comprueben tener derecho de poseer la finca por cualquier título legítimo, y procederá en contra del poseedor en precario o por pura tolerancia, y del arrendatario, subarrendatario y ocupantes del inmueble." [30]

Esta interpretación de la Jurisprudencia es criticable desde todo punto de vista pues, por un lado no hace referencia a las peculiaridades del proceso de desahucio como proceso sumario –esto es una vía rápida, con causas predeterminadas, a la cual puede acudir el propietario o cualquier otra persona legitimada, a fin de recuperar el bien productivo para continuar con el ejercicio de la actividad o establecer una nueva relación arrendaticia- y, por otro, hecha de menos las particularidades del arrendamiento agrario y las consecuencias derivadas del mismo.

Por otro, parte de una enunciación taxativa de causales, contenidas en el artículo 448 del Código Procesal Civil, sin hacer ninguna reflexión sobre cuáles son dichas causales, y si realmente están indicadas de manera expresa en dicha norma o en otra distinta. Se podría justificar diciendo que el Tribunal Agrario sabe, de antemano, cuales son las únicas causales admisibles, pues ello se deriva fácilmente de la praxis jurisprudencial. Pero no se indica.

Si el proceso sumario de desahucio tiene como propósito la devolución del bien al propietario o a quien tenga derecho a ello, en materia agraria, como hemos indicado tiene el mismo propósito, pero en vista de que el

---

29 Sala Primera de la Corte, Nº 156 de las 10:10 horas del 13 de noviembre de 1992.
30 T.S.A., No. 20 de las 14:05 horas del 12 de enero de 1995.

arrendamiento agrario y las relaciones jurídicas en el agro revisten particularidades más complejas que las normales, pues generan una serie de derechos y obligaciones (positivas o negativas) recíprocas, incluso poniéndose en juego el derecho del arrendatario a ser indemnizado por las mejoras, o el eventual derecho de un poseedor que en vez de ocupar el inmueble por pura tolerancia lo hace a título de dueño, o como poseedor en precario, es que las posibilidades son más reducidas.

Atendiendo a ello, es posible individualizar causales derivadas del arrendamiento agrario (falta de pago del canon, terminación del contrato) u otras de diversa índole aceptadas en la práxis jurisprudencial (mera tolerancia), así como otras ipótesis por las cuales se pone en peligro la productividad del bien (sobre-explotación del fundo agrario o cambio del destino económico-productivo).

5.2. Desahucio Administrativo.

La figura del desahucio administrativo se ha mantenido en el Código Procesal Civil y se aplica también a supuestos excluidos por la Ley General de Arrendamientos Urbanos.

Su procedencia, tanto en sede administrativa, como en la Jurisprudencia Constitucional, se ha fundamentado sobre todo en lo dispuesto por el artículo 305 del Código Civil y el 45 de la Constitución Politica que garantizan, por un lado la defensa de la posesión recurriendo a la autoridad competente, y por otro el derecho de propiedad.

A ella han recurrido muchos propietarios o legítimos poseedores de fundos agrarios para recuperar el bien, y se ha aplicado a dos supuestos diversos:

El primero, está establecido en el artículo 455, referido a los servidores de fundos agrarios, y el segundo se ha dado frente a situaciones de invasión de fincas. De ahí la necesidad de analizar y profundizar sobre ambos supuestos a fin de determinar la posibilidad y el procedimiento de acudir a éste tipo de instrumento legal en defensa del derecho de propiedad o de posesión.

Muchos dudan de la constitucionalidad de éstos preceptos[31], sobre todo cuando son interpretados y aplicados arbitrariamente para el desalojo de poseedores agrarios en precario que tienen una protección especial en la Ley de Tierras y Colonización. De ahí la incumbencia de su análisis en esta sede, puesto que a fin de cuentas es una modalidad de desahucio agrario “administrativo”.

El artículo 455 establece la posibilidad de solicitar el desahucio administrativo en los casos expresamente previstos en la Ley de Arrendamientos urbanos y Suburbanos. En tales casos, el dueño del inmueble, el arrendador o la persona con derecho a poseerlo o bien su representante, debe solicitar el desalojo del bien. En caso de oposición, la autoridad de policía, a solicitud del interesado procede al desalojo sin mas trámite, estando facultada para conceder un plazo prudencial para la desocupación, en casos especiales.

Sin embargo, salvo el último supuesto, ninguno está referido a la materia agraria y los previstos en el inciso h) excluyen el arrendamiento de fundos agrarios de la aplicación de dicha

---

31 JURADO FERNANDEZ, Julio. Acerca del Derecho Agrario Constitucional, op. cit., pág. 298.

normativa. Sin embargo, el mismo artículo 455 del Código Procesal Civil contiene una disposición que reguarda a las relaciones jurídicas agrarias y es el referido a trabajadores agrícolas:

Está legitimado activamente no solo el propietario sino también toda persona que ostente el derecho de posesión sobre el bien, o su representante. Cualquiera de ellos puede dirigirse, por escrito, a la autoridad administrativa requiriendo el desalojo del inmueble.

Está legitimado pasivamente el servidor de la propiedad o la posesión, sean peones, administradores, trabajadores agrícolas, cuidadores, etc.

"Cuando se trate de trabajadores de fincas rurales necesariamente deberá concedérseles, para el desalojamiento, un plazo no menor de quince días ni mayor de treinta, que comenzará a correr a partir del día en que la autoridad de policía les haga la prevención, mediante acta que firmará con el interesado o, si éste no quiere o no puede firmar, con dos testigos."[32]

6. La acción de Usucapión agraria común y especial agraria.

El artículo 2, inciso a, no menciona expresamente las acciones tendientes a que se declare la USUCAPION AGRARIA, a favor de un poseedor. Sin embargo, es perfectamente posible plantear, sea por vía de demanda o de contrademanda, una acción tendiente a declarar la prescripción positiva o usucapión agraria.

Tanto en la doctrina[33] como en la jurisprudencia[34], se han distinguido dos tipos de acciones de usucapión agraria: La común y la especial. La usucapión agraria común, requiere del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Código Civil para poder adquirir por prescripción positiva. El actor debe demostrar el ejercicio de una posesión a título de dueño, en forma pública, pacífica e ininterrumpida. Pero dicha posesión no debe ser "civil", sino agraria, lo cual implica el ejercicio de actos posesorios agrarios, tendientes a cultivar y mejorar el bien que se pretende usucapir, bajo el cumplimiento de la función social de la propiedad agraria. El plazo de la posesión requerida es el mismo, sea diez años.

En cuanto a los requisitos de justo título y la buena fe, también se exigen para la usucapión agraria común. El justo título puede ser traslativo de la posesión, caso en el cual el actor debe acreditar que ha adquirido de un anterior transmitente, sea por medio de una carta venta, cesión, donación, o incluso a través de prueba testimonial, pero debe demostrar el tiempo de la posesión personal y el tiempo de la posesión trasmitida, para completar de ese modo la posesión decenal.

Cuando el poseedor no tiene título traslativo la doctrina civil ha negado la posibilidad de usucapir bajo esas condiciones, pues aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 853

---

32 Código Procesal Civil, artículo 455 párrafo 5).

33 MEZA LAZARUS, Alvaro. La posesión agraria, San José, Liberería Barrabás, 2ª. Edición, 1991, págs. 155 a 161. ZELEDON, Ricardo. Código Civil y Realidad. Ensayo. San José, Editorial Alma Mater, 1987, págs. 125-130.

34 Tribunal Superior Agrario, Nº 111 de las 13:50 horas del 16 de febrero de 1994. Sala Primera de Casación, Nº 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1994.

del Código Civil, en cuanto a la usucapión ordinaria, aplicando restrictivamente lo previsto en el artículo 854.

La doctrina y la jurisprudencia agraria[35], han aceptado reiteradamente la posibilidad de que el poseedor no tenga título, cuando se trata de una POSESIÓN AGRARIA ORIGINARIA, es decir, donde no hay ningún anterior transmitente. El poseedor ha ejercido en forma personal y directa la posesión agraria sobre el bien, como si fuera el dueño, y ha cumplido la función social. En tal caso, si tratándose del derecho a poseer la posesión vale por título, al año el poseedor originario cuenta con título constitutivo posesorio, apto para usucapir. Por esa razón a los poseedores agrarios originarios, si demuestran esa condición, no se les puede ni debe exigir título traslativo de posesión.

Con base en lo expuesto, la USUCAPION AGRARIA COMÚN, como acción tiene su fundamento en el artículos 853 y siguientes del Código Civil, más los principios generales y criterios jurisprudenciales señalados.

Especial atención merece la acción de USUCAPION ESPECIAL AGRARIA. Esta nace directamente de la legislación especial agraria y se distinguen, fundamentalmente dos tipos: una contenida en la Ley de Tierras y Colonización; y, otra en la Ley de Titulación para la Vivienda Campesina.

La usucapión especial agraria está contenida en el artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización. El poseedor agrario debe reunir una serie de requisitos subjetivos y objetivos para que proceda su acción. "... es poseedor en precario todo aquel que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año, y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público."

Quien demuestre haber poseído en tales condiciones, durante más de diez años, pues inscribir su derecho de propiedad por el trámite de la información posesoria, o bien, plantear un proceso ordinario contra el titular registral del bien, para demostrar la usucapión especial agraria.

La particularidad de este tipo de acción, es que no exige demostrar el titulo traslativo ni la buena fe (artículo 101 de la Ley). La posesión agraria vale por título. El trabajo es el fundamento de la usucapión. El estado de necesidad justifica el actuar del poseedor, aunque sepa que el fundo no le pertenece. De esa forma, a través de esta acción de usucapión especial agraria, los poseedores sin tierra logran el "acceso" a la propiedad de fundos productivos, para satisfacer sus necesidades alimentarias y de su familia.

El otro tipo de usucapión especial agraria es la contenida en la Ley de Titulación de Vivienda Campesina. El Tribunal Superior Agrario conociendo este tipo de procesos ordinarios, referidos a la nulidad de titulaciones de vivienda campesina, ha indicado que esta es una forma especial de usucapir en materia agraria. El poseedor debe ejercer

35 Sala Primera de Casación, Nº 68 de las 14:55 horas del 17 de agosto de 1994. ZELEDON, Ricardo. Código Civil y Realidad. Ensayo. San José, Editorial Alma Mater, 1987, págs. 125-126.

actos posesorios agrarios sobre un inmueble destinado a vivienda suya y de su familia, a título de dueño, en forma quieta, ininterrumpida y pública, durante no menos de cinco años.[36] De esa forma puede pedir que se declare su derecho por usucapión especial agraria, frente al propietario registral del inmueble, y solicitar que se inscriba su derecho como finca independiente en el Registro Público.

Para ambos casos, la acción no solo debe contener la solicitud de declaratoria de la usucapión especial agraria, sino que debe solicitarse la cancelación del título inscrito del anterior propietario, y la inscripción a nombre del nuevo adquirente.

Finalmente, siempre dentro de las acciones posesorias, se tiende a proteger lo relativo a la denominada "posesión ecológica", criterio que ha sido utilizado por los tribunales agrarios para tutelar al poseedor que ha cuidado el bosque y los recursos naturales con actos omisivos y activos. Incluso, en la actualidad se han comenzado a plantear acciones tendientes a declarar la USUCAPION ECOLÓGICA, en terrenos dedicados a la conservación del bosque virgen.

7. La acción reivindicatoria y la usucapión: A modo de síntesis

Nuestro ordenamiento jurídico está basado en principios democráticos y en derechos y valores consagrados constitucionalmente. Por un lado, la Constitución consagra el derecho de propiedad como institución jurídica, y garantiza su libre goce y uso, como derecho subjetivo, atendiendo a la naturaleza del bien de que se trate, pero respetando el interés público, pues nadie puede gozar abusivamente de un derecho en perjuicio de la colectividad. La propiedad, como institución jurídica, está dividida en especies, entre ellas se encuentra la propiedad agraria, que igualmente goza de una protección constitucional, y también debe gozar de seguridad jurídica. Para ello se otorgan las acciones protectoras al propietario para que haga uso de ellas en caso de que se vea perjudicado con el actuar de terceros.

El derecho real de propiedad agraria, representa el dominio pleno, cuando se ejerce en todos sus atributos.

El derecho de posesión, puede adquirirse independientemente de la propiedad, siempre y cuando se reúnan las condiciones que exige el Código Civil (Artículo 279 del Código Civil): posesión pública, pacífica, ininterrumpida, de buena fe, y por mas de un año. Tal posesión debe ser ejercida a título de dueño, y mediante el ejercicio de actos posesorios agrarios, estables y efectivos, tendientes a cultivar y mejorar el bien. Cuando se consolida ese derecho de posesión, el poseedor puede llegar hasta a adquirir el inmueble por usucapión agraria, siempre y cuando el titular registral, es decir, el propietario agrario, que tiene derecho a gozar de los atributos dominicales, no interrumpa ese ejercicio, mediante las acciones protectoras de la propiedad o de la posesión. Incluso, la Ley autoriza, en el caso de la posesión precaria de tierras, la usucapión contra tábulas, es decir, contra título inscrito en el registro público de la propiedad, cuando el poseedor, por necesidad suya y de su familia, cultiva un bien ajeno, para satisfacer las necesidades alimentarias familiares (artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización).

---

36 Ley de Titulación para la Vivienda Campesina, artículos 1 y 3.

En el primer caso, el reconocimiento de un derecho de posesión a favor del poseedor, produciría efectos positivos, a fin de que el poseedor, eventualmente, pueda liquidar su estado posesorio y reclamar las mejoras que de buena fe introdujo en el inmueble ajeno. Sin embargo, hasta que no haya consolidado su derecho mediante la usucapión agraria, tienen un título débil, un *ius possidendi* (derecho posesorio), no oponible frente al título registral del propietario (artículo 319 CC)

Por ese motivo en cualquier momento el titular registral puede reclamar, por las diferentes vías que le otorga el orden jurídico esa posesión. En el segundo caso, si el poseedor califica como poseedor en precario, el ordenamiento jurídico le otorga mayor protección al ocupante, pues el Instituto de Desarrollo Agrario, como ente encargado de resolver los problemas de tierras, está facultado para intervenir en la solución del conflicto, y adquirir el inmueble mediante expropiación o mediante compra directa a su propietario, a efectos de poder garantizarle a los poseedores en precario su permanencia en el fundo, y eventualmente otorgarles un contrato de adjudicación de tierras.[37]

---

37 VIII.- En el presente caso, el actor, Jorge García Sandino, no se encuentra en ninguno de los supuestos anteriores, pues no ha consolidado ningún derecho de posesión agraria, de usucapión agraria, o de posesión precaria de tierras. Y ello es así, porque las aquí demandadas, como titulares registrales de dichos bienes, han ejercido las acciones de defensa de la propiedad, habiendo practicado diversos desalojos administrativos, a través del Ministerio de Seguridad, sobre esos inmuebles, que venían siendo objeto de ocupación ilegítima. Efectivamente, el a-quo tiene por demostrado que Pollitos del Caribe S.A. es la propietaria registral de la finca número 1.951-000, que según la prueba de reconocimiento judicial, y testimonial es donde está ubicado el lote reclamado por el actor (ver reconocimiento judicial de folio 260, testimonio de Jorge Arturo Morales Flores a folio 271), cuyas colindancias coinciden, en su generalidad, con las definidas en el Registro Público, siendo que al norte colinda con la Línea del Ferrocarril, y al Sur con la laguna o Muelle del Río Moín (ver certificación de folio 74 y croquis de folio 261). Si bien es cierto el actor alega en su recurso que tales colindancias no son las correctas, no desvirtúa con su afirmación el dato registral, ni la constatación que hiciera el a-quo al practicar el reconocimiento judicial. Y aún cuando no coincidiera la identidad del bien, faltaría un presupuesto más para la procedencia de su demanda, que requiere demostrar, en todo caso, la identidad física del bien reclamado. El actor no poseyó agrariamente el bien por más de un año, y con todas las condiciones que exige el ordenamiento jurídico. Por el contrario, a los pocos días de haber ingresado al inmueble, en julio del 2000, 22 días después, los propietarios registrales practicaron un desalojo administrativo, con la colaboración del Ministerio de Seguridad, y continuaron practicando varios desalojos sucesivos, a fin de evitar que las fincas continuaran con invasiones. Es necesario considerar, a propósito de la alegada "falta de cumplimiento de la función social" por parte de las demandadas, como propietarias registrales, que en este caso nos encontramos con una situación especial, que es el hecho de tratarse de fundos que tienen una mayor vocación "agroturística", por estar muy cerca del mar, y por ende los propietarios registrales realizan actos posesorios de conservación, a fin de mantener el atractivo turístico que ofrecen dichos inmuebles. Por otra parte, no estamos en presencia de un poseedor en precario. El mismo actor, al practicarse la confesional, admite que no depende de la agricultura para subsistir y es comerciante (folio 268). Por ese motivo, no podría calificar como poseedor en precario, aparte de que, como se dijo, no se ha mantenido en la posesión continua y pacífica del bien. Por ello su posesión momentánea, de pocos días, no puede generar ningún derecho a su favor, y está sujeto, como efectivamente ocurrió, a que los propietarios ejerzan sus acciones protectoras en defensa de la propiedad registral. En razón de todo lo expuesto, considera el Tribunal agrario que fueron correctamente aplicados los artículos 317, 277, 286 del Código Civil, en relación con el artículo 45 de la Constitución Política. También fueron correctamente aplicados los artículos 92 y siguiente de la Ley de Tierras y Colonización. (Tribunal Agrario, No. 752, de 11 horas del 11 de noviembre, 2003).

DERECHO AMBIENTAL Y PRINCIPIOS RECTORES

Ronaldo Hernández H.
Magíster Derecho Público
Especialista Derecho Comercial
Egresado Doctorado Derecho Administrativo
Juez Civil de Hacienda

INTRODUCCIÓN

Desde los primeros años de la década de los 90 del siglo XX, la Sala Constitucional se preocupó por tutelar los derechos ambientales, y en tal sentido sostuvo:

" ... Considerando I.- La vida humana sólo es posible en solidaridad con la naturaleza que nos sustenta y nos sostiene, no sólo para alimento físico, sino también como bienestar psíquico: constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva. Es así como el artículo 21 de la Constitución Política señala: La vida humana es inviolable. Es de este principio constitucional de donde innegablemente se desprende el derecho a la salud, al bienestar físico, mental y social, derecho humano que se encuentra indisolublemente ligado al derecho de la salud y a la obligación del Estado de proteger de la vida humana. Asimismo, desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que también al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre es obligación su preservación y conservación. Aspecto este último que está protegido en el artículo 89 constitucional, el cual literalmente dice: Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico. Proteger la naturaleza desde el punto de vista estético no es comercializarla ni transformarla en mercancía, es educar al ciudadano para que aprenda a apreciar el paisaje estético por su valor intrínseco...." Voto N° 3705-93.

Cuando a mediados de la década de los 90 del siglo XX, se introduce un texto fundamental de tutela ambiental (Reforma al artículo 50 de la Ley No. 7412 de 24 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta No. 111 de 10 de junio de 1994), se establece expresamente lo que debe ser considerado los derechos ambientales:

" El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes".

Esta reforma constitucional no resultó absolutamente innovadora, pues como se estableció, ya servía de fundamento CONSTITUCIONAL para tutelar los recursos

naturales en el sistema jurídico costarricense. Por ejemplo el citado Voto N° 3705-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres, aunque no reivindicó el precepto constitucional 50 como base para tutelar los derechos ambientales del ciudadano, expuso de manera amplia en qué consistía tal derecho. Posteriormente se fueron emitiendo normas jurídicas –basadas en aquella norma constitucional- que han ido delimitando el ámbito de acción del derecho ambiental: Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Biodiversidad, entre otras y la clarificación de sus principios.

Con la emisión de la Ley Orgánica del Ambiente se dio vida a una normativa que específicamente debía tutelar los derechos a los recursos ambientales, se trataba de una manera de instrumentalizar el artículo 50 de la Constitución Política. Su mandato fundamental está contenido en su primer numeral, al decir:

La presente ley procurará dotar, a los costarricenses y al Estado, de los instrumentos necesarios para conseguir un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El Estado, mediante la aplicación de esta ley, defenderá y preservará ese derecho, en busca de un mayor bienestar para todos los habitantes de la Nación, Se define como ambiente el sistema constituido por los diferentes elementos naturales que lo integran y sus interacciones e interrelaciones con el ser humano.

Ya que en la referida norma se define el concepto de “ambiente”, es posible sostener que la misma resulta ser la base subyacente fundamental para proponer una definición del objetivo del presente estudio y dar un espectro general sobre la temática Ambiental, y sus principios básicos estructurales / funcionales, para determinar la preservación, conservación y protección del medio ambiente

Los elementos de la naturaleza (árboles, ríos, mares, montañas, animales, entre otros) se denominan de manera genérica como recursos naturales y se ubican como integrantes del “ambiente”. Son regulados jurídicamente por el derecho ambiental, cuya definición es muy amplia (GONZALEZ; Rafael.) pero abarca la salud de las personas, el mantenimiento del equilibrio ecológico y en general los “hechos ecológicos”, que son aquellas actividades del hombre (sic) que el derecho le da (o debe dar) relevancia porque afectan la salud y la ecología o altera las leyes que rigen la vida y funcionamiento de los ecosistemas, es decir, el equilibrio ecológico. (GONZALEZ; Rafael.).

ELEMENTOS ESENCIALES

En virtud de las muy diversas formas en que nos encontramos de frente del medio ambiente, es que la doctrina nos apunta a la necesidad de destacar algunos elementos que componen el medio ambiente.

Eulalia Moreno Trujillo, destacada jurista ambientalista, nos ilustra sobre el particular :

“Son estos elementos múltiples y muy variados, aunque se pueden agrupar en dos grandes bloques aquellos que conforman el Medio Ambiente físico y los que se incluyen en el Medio Ambiente sociocultural (división que es muy utilizada por los estudiosos a la hora de realizar intentos de conceptualización).

Dentro del primer grupo se encontrarían tanto elementos vivos (flora, fauna. la biosfera en

sentido estricto), como no vivos (atmósfera, luz, agua, etc.). Dentro del segundo, cabría incluir, no sólo el urbanismo, los monumentos, y las realizaciones de la ingeniería que modifican el paisaje, sino también las relaciones sociales y la cultura en general.

A nivel de calle, sin embargo, no suele incluirse, en el significado común del Medio Ambiente, esa parte socio-cultural, siendo entendido como el entorno físico que rodea al hombre en su actividad y en sus momentos de ocio, formado por elementos naturales : animales, plantas, aire, ríos, mares, lagos, paisaje, recursos naturales. Y es en este ámbito donde se ha desarrollado fundamentalmente la legislación protectora del medio ambiente como tal.."

Lo apuntado por la autora española no es la excepción en Costa Rica, pues como es bien sabido en nuestro medio, contamos con la Ley General de Vida Silvestre, Ley Forestal, Ley de Servicio de Parques Nacionales, Ley Orgánica del Ambiente. Ley General de Salud, Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, Leyes Fitosanitarias, etc.; y ante esta dispersión legislativa, con vértices variados en las ciencias sociales y experimentales, igual magnitud de preceptos y descripciones ambientales se encontrarán.-

DEFINICIÓN Y OBJETO JURÍDICO DEL MEDIO AMBIENTE

Múltiples intentos como múltiples doctrinarios, se han referido a la identificación del objeto del Derecho. Lo anterior significa, en esta monografía, tratar de dar una definición relativa, nunca absoluta, de lo que debe de entenderse por medio ambiente, para luego definir el objeto del Derecho Ambiental.

Autores como Gianini, hablan del ambiente referido a la protección de la naturaleza y sus elementos, tierra, agua, suelo, flora y fauna, a las bellezas de la naturaleza y la conservación del paisaje, ya sea este natural u obra del hombre (monumentos / centros históricos / evolución urbanística). Como se puede apreciar, el objeto de esta posición se diversifica en tres tipos de elementos: paisaje (natural o retocado por la acción humana), recursos naturales y urbanismo. Esta posición, según se conoce, fue superada por el mismo autor tiempo después, por las enormes fisuras que contenía su definición.

La Comisión Económica para Europa, da un concepto de Medio Ambiente y sostiene que se trata de un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados, bajo la forma que lo conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsibles, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas.

La autora Eulalia Moreno (nos dice GONZALEZ, Rafael) señala, que quizás uno de los últimos y más recientes intentos de declarar, oficialmente, lo que ya estaba en la mente de muchos de los pobladores del planeta contaminado, lo propició la Sra. Llorca Víllaplana, miembro español del Parlamento Europeo que con fecha 23 de febrero de 1987 entregó al mismo una propuesta de resolución sobre la proclamación del derecho del ciudadano al Medio Ambiente, cuyo punto 1 decía :

“Propone que se declare el Medio Ambiente como uno de los derechos del hombre bajo los siguientes puntos fundamentales : 1 Por un derecho al aire limpio, 2 Por un derecho al aire

Puro, 3 Por un derecho a una ciudad cuidada, 4 Por un derecho a un paisaje hermoso “

La misma jurisprudencia nacional, ha intentado dar un concepto de lo que es el Ambiente para así determinar su objeto . Por ejemplo en el Voto 2034-96 de las diez horas tres minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y seis dijo la Sala

“El ambiente, por lo tanto, debe ser entendido como un potencial de desarrollo para utilizarlo adecuadamente debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, ya que, en caso contrario, se degrada su productividad para el presente y el futuro y podría ponerse en riesgo el patrimonio de las generaciones venideras. Los orígenes de los problemas ambientales son complejos y corresponden a una articulación de procesos naturales y sociales en el marco del estilo de desarrollo socioeconómico que adopte el país. Por ejemplo, se producen problemas ambientales cuando las modalidades de explotación de los recursos naturales dan lugar a una degradación de los ecosistemas superior a su capacidad de regeneración, lo que conduce a que amplios sectores de la población resulten perjudicados y se genere un alto costo ambiental y social que redunda en un deterioro de la calidad de vida; pues precisamente el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc., pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para el uso de las generaciones presentes y futuras-..”.

Y el Voto de la Sala IV número 3705- 93, lo conceptualizó señalando:

“ Ambiente es todo lo que naturalmente nos rodea y nos permite el desarrollo de la vida. Se refiere tanto a la atmósfera y sus capas superiores como a la tierra, sus aguas, flora, fauna y recursos naturales en general, todo lo cual conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre organismos y el medio en que viven. Por lo tanto, el ambiente debe ser entendido como un potencial de desarrollo para utilizarlo adecuadamente, debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicas y de orden político, ya que, en caso contrario, se degrada su productividad para el presente y el futuro y podría ponerse en riesgo el patrimonio de las generaciones venideras. “(Voto No 3705-93 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres,)

Así entonces encontraremos tantos criterios sobre lo que es medio ambiente como autores que han escrito tratando de determinar su objeto. Cada quien asume su posición y punto de partida.-

En la búsqueda de ese objeto del Derecho ambiental, se coincide, por su pragmatismo, con la posición del Dr González Ballar en el sentido de que para buscar el objeto del Derecho Ambiental, debemos partir de un análisis de la teoría tridimensional del Derecho que divide el fenómeno jurídico en hecho, valor y norma [1] y así definir su realidad.

---

1 González Ballar Rafael, temas de Derecho Ambiental pag 28 y 29

En cuanto al objeto, lo importante es la identificación del objeto material el cual nos va a permitir determinar sobre el cual recae la tutela del Derecho. En este caso el objeto material es la Salud y el Equilibrio Ecológico, lo cual será también el hecho pero también es una valor que es el fin de la Salud y el equilibrio ecológico y al cual se le dará tratamiento axiológico. Por su parte el hecho esta formado tanto por aspectos técnicos como científicos.[2]

El Dr. Rafael González Ballar en la obra "Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible", haciendo uso de la conocida Teoría Tridimensional del Derecho afirma que se puede hablar de un objeto formal y uno material.

OBJETO FORMAL



Tal como se observa en el cuadro, la salud y el equilibrio son el hecho, pues estos son los que se pretende regular; la obtención de la salud y el equilibrio ecológico, son el valor pues ambos interesan al Estado y los protege por medio del derecho ambiental que será el objeto formal compuesto por los bienes ambientales

---

2 El grave error de la doctrina ha sido de definir el derecho ambiental teniendo como objeto los recursos naturales regulando las conductas de los hombres hacia ellos Los recursos renovables o no renovables son los que nosotros llamamos bienes ambientales (agua, suelos,biodiversidad, atmósfera etc.) y que son una parte sobre la cual se da la regulación Jurídica ambiental (objeto formal) pero nunca deben confundirse con el objeto material. Existen una serie de hechos de la naturaleza que son contaminantes. Pero no tienen relevancia jurídica ambiental/ lo cual no nos permite tenerlos como hechos ecológicos y considerarlos necesariamente motivo de regulación jurídico ambiental.
El desarrollo de ideas que hemos realizado nos permiten entender lo peligroso de estudiar el derecho ambiental por medio esencialmente de definiciones . Notemos que con facilidad se puede caer en una definición por autor y aún así no haber encontrado un objeto que permita unificar la doctrina. Incluso/ cada autor ha incluido unos bienes ambientales o recursos y otros no. Podría suceder entonces que los países desarrollados incluyan solamente unos aspectos dependiendo de su grado de industrialización y otros no/ en tanto que los países en vías de desarrollo necesitamos incluir otros. Es por ello que creemos que ayuda, en la búsqueda del objeto/ la necesidad de hacerlo partiendo de la teoría tridimensional del derecho y con la epistemología jurídica. La visión que planteamos nos da una formulación más consistente y holística que permite entre otras cosas, y en lo que a nosotros interesa, desarrollar el tema de la interpretación y tratar de lograr la mayor efectividad en la ejecución y tal vez ir unificando la diversidad doctrinal buscando una unidad jurídico científica más coherente. Gonzalez Ballar Rafael, temas de Derecho Ambiental pag 28 y 29

En la Cumbre de la Tierra de julio de 1992 en Brasil y en los Compromisos de Río, los Estados signatarios, se comprometieron, dentro de la preservación del desarrollo sostenible, a la protección, sobre todo, **del ser humano.** Se partió del principio de que: **toda persona tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza**. Se incluyó el derecho de las generaciones presentes y futuras a que el desarrollo se realice de modo tal que satisfaga sus necesidades ambientales y de progreso y se mantuvo la potestad soberana de los Estados de explotar sus recursos, recalcando su responsabilidad de asegurar que las actividades que realicen dentro de su jurisdicción y control no causen daños ambientales a otro estado o áreas mas allá de los limites de su jurisdicción nacional. Además, se estableció el deber de los Estados de cooperar en la conservación, protección y restauración del ambiente y sus responsabilidades comunes en ese sentido, dada la evidente presión que ejercen sobre el ambiente global las tecnologías que desarrollan y los recursos financieros que poseen.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AMBIENTAL

En todo sistema de protección del ambiente se encuentran tres tipos de normas :[3]

1. Legislación común de relevancia ambiental o de relevancia ambiental casual: regulan conductas que inciden indirectamente en la materia ambiental. No tienen propósito ambiental pero inciden en el ambiente. Está constituida por códigos y leyes de orden civil, penal procesal y administrativo, que en lagunas se integrarán al derecho ambiental.

2. Legislación sectorial de relevancia ambiental: normas que regulan expresamente una conducta para la protección del ambiente. Esta se ocupa básicamente de la protección de recursos naturales, la ordenación del ambiente construido por el hombre, como los asentamientos humanos y la protección de la salud humanan de los efectos ambientales.

3. Legislación propiamente ambiental: normas que regulan el ambiente como un todo parte de un sistema. Se compone por normas constitucionales y leyes generales o marco.

De acuerdo a esta clasificación, el Derecho Ambiental se ve influenciado por una multiplicidad de ramas del Derecho y de ciencias en general, o si se ve desde otro punto de vista, más bien aquel derecho influencia a todas las demás ramas y ciencias, requiere de mucho criterio técnico para su mejor regulación por lo que se podría decir, resultan interdependientes.

Al respecto la doctrina dice:

"...el Derecho Ambiental constituye una especialidad, nutrida por otras ramas del conocimiento jurídico, que protege e intenta garantizar el funcionamiento de esas autorregulaciones de los ecosistemas mediante la labor normativa de las actividades humanas que inciden sobre el ambiente[4]

---

3 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia voto 051-F de las 15 horas 15 minutos del 26 de mayo 1993

4 PNUMA El Desarrollo del derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación . México DF 2001

En el Derecho Ambiental se encuentran normas que regulan fenómenos, procesos y elementos del ambiente, del medio natural, del entorno creado por el hombre, los recursos naturales vivos e inertes y algunas manifestaciones de la naturaleza a veces producidas por el hombre, como lo son los incendios, inundaciones, terremotos, epidemias, etc, por lo que algunos autores, como Silvia Jaquenod, le tienen como un derecho publico y privado a la vez:

"Se puede decir que el Derecho Ambiental, sustancialmente público y privado a la vez en cuanto protector de Intereses colectivos de carácter esencialmente preventivo y transnacional se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natura! y humano, mediante un conjunto integral de disposiciones jurídicas que por su naturaleza interdisciplinaria no admiten regímenes divididos y recíprocamente se condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes"[5]

Otros, como el Dr. Rafael González Ballar, consideran que el Derecho Ambiental nace más ligado al Derecho Público que a ningún otro Derecho.

La finalidad de regular esta materia lo es por el fin público al que es responsable, cualquier mejora será para el provecho de toda la colectividad y no de sólo unas pocas personas.

Esto se evidencia en la amplísima legitimación existente.

5 Jacquenod Sylvia , El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores pag 351

Exposición de la normativa más representativa:

NORMATIVA	ASUNTO QUE REGULA
Ley General de Salud	emisiones de gases de efecto invernadero, aire, contaminación sónica.
Código Municipal	recursos hídricos, cuencas hidrográficas, contaminación sónica. usos de suelo
Ley Orgánica del Ambiente N° 7554 de 13 de noviembre de 1995	áreas protegidas monumentos naturales recursos marinos, recursos hídricos, suelo recursos energéticos, y cualesquiera otros recursos naturales.
Ley Forestal N° 7575 de 13 de febrero de 1996	recursos forestales.
Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales N° 6084 de 17 de agosto de 1977	áreas protegidas vida silvestre, biodiversidad.
Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317 de 30 de octubre de 1992	vida silvestre, biodiversidad.
Ley de Hidrocarburos N° 7399 del 3 de mayo de 1994	recursos del subsuelo.
Código de Minería N° 6797 del 4 de octubre de 1982	recursos del subsuelo.
Ley N° 8065 Creación del Parque Marino del Pacífico del 21 de diciembre del 2001	recursos marinos.
Ley de Biodiversidad N° 7788 de 30 de abril de 1998	biodiversidad.

Véase al efecto y para mayor fundamento, el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad que trata el criterio del interés público ambiental y que relacionado con el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, parte como principio guía, esencial en el Derecho Administrativo, y se consagra el *Interés Público* que para algunos autores como Escola[6] es el fundamento del Derecho Administrativo[7]

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL.

Muchos autores han escrito sobre los principios del Derecho Ambiental. Silvia Jaquenod enumera una larga lista de principios, la lista incluye los siguientes : "Principio de solidaridad que abarca a su vez información, vecindad, cooperación internacional, igualdad, patrimonio universal, principio de regulación jurídica integral que incluye prevención y represión, defensa y conservación, mejoramiento y restauración, principio de responsabilidades compartidas, principio de conjunción de aspectos colectivos e individuales, principio de introducción de la variable ambiental, principio de nivel de acción más adecuado al espacio a proteger, principio de tratamiento de causas y de los síntomas, principio de unidad de gestión y principio de transpersonalización de las normas jurídicas."

Sin embargo podemos encontrar un tratamiento más jurídico, más sistemático, en la elaboración académica del tratadista Martín Mateo[8], el cual es consecuente con el carácter cambiante del Derecho Ambiental, por ello en su tratamiento, los agrupa en principios que se encuentran en la política nacional institucional y en los programas ambientales, que poseen carácter superior y se enlazan con las características de la organización de la vida en el planeta, y otros, los llamados principios funcionales, que son de vocación instrumental, en vista de que sirven a la concreción y aplicación práctica de los primeros.

El primer grupo los denomina mega principios, que son de orden éticos o morales y hasta utópicos como lo son el desarrollo sostenible y la solidaridad y estos se pueden resumir así:

a- Ubicuidad : Derecho Ambiental tiene la particularidad de abarcar y estar presente en todas las áreas, es decir la variable medioambiental debe estar presente en cualquier actividad a realizarse por el hombre. El Derecho Ambiental se dirigirá a todas aquellas personas que por su actividad, realizan algún tipo de contaminación pero que al mismo tiempo son víctimas de la contaminación global.

b-Sostenibilidad: A partir del "Bruntland Report", en 1987, surge el concepto de desarrollo sostenible. Este estudio de las Naciones Unidas, reveló el peligroso camino de la contaminación, dentro de un acelerado proceso de modernización. Enfatiza el cambio del modelo de desarrollo actual, de lo contrario, expone a la Tierra y a sus sistemas ecológicos, a sufrir daños irreversibles en peligro de la existencia sana del ser humano en el futuro. La presencia de este concepto, dentro de la institucionalidad, logra el desarrollo de los pueblos, junto con la preservación de los recursos para su actual existencia y permanencia para futuras generaciones.

---

6 Vease Escola Hector, El Interés Público. 1999

7 En este sentido véase González Ballar , Temas de Derecho Ambiental op cit pag 55

8 Martín Mateo Ramon, Manual de Derecho Ambiental pag 66

Pragmatismo del principio, lo contempla la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cual indica:

"A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada."[9]

c- Globalidad: Se funda en la idea de "una sola Tierra"; no en la territorialidad o la regionalización, se considera que esta posición es muy reciente. Todas las acciones que se realicen en defensa del ambiente, ya sean locales, regionales o internacionales, deben servir para toda la humanidad.

"... este principio, también denominado Principio Prospectivo del Derecho Ambiental, se fundamente en que "la regulación jurídica para el tratamiento de los problemas ambientales no concierne sólo a las generaciones presentes, ya que el efecto teleológico de las normas ambientales, tiene como objetivo asegurar la continuidad de los recursos de manera indefinida y con calidad, ese carácter hace que tenga beneficios para las generaciones futuras." [10]

Por su parte la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, indica:

"Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional."[11]

"Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales."[12]

d- Subsidiaridad : El principio de subsidiaridad tiene estrecha relación con el concepto anterior, pensar globalmente es actuar localmente.

e- Solidaridad : El principio número siete de la Declaración de Río afirma en lo conducente que : "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la y la integridad del ecosistema de la Tierra."

El segundo grupo de principios, denominados "funcionales", constituyen instrumentos de decisión para que el sistema jurídico opere adecuando las conductas de los individuos a las políticas ambientales. Es decir, obedecen a exigencias prácticas, los cuales igualmente se resumen, como sigue:

---

9 Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo **Cumbre de Río**; 1992, Principio 4°.
10 CEDARENA Manual de Legislación Ambiental de Costa Rica; p. 23.
11 Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo **Cumbre de Río**; 1992, Principio 12°.
12 Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo **Cumbre de Río**; 1992, Principio 16°.

a- Planificación : El propósito de este principio es una ordenación del termino para establecer cuáles áreas requieren mayor protección y cuales eventualmente estarían sujetas a evaluaciones ambientales.

b- Precautorio o de Prevención : El artículo XXV de la Declaración de Rió abarca este principio : "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación de medio ambiente."

c- Principio de Responsabilidad y materialización de costos externos : Este concepto es al que se hace alusión líneas atrás, cuando se afirma: "quien contamina paga", este criterio tan limitado tiene el inconveniente que se ha entendido que el que contamina si luego paga, tiene por esa razón permiso para hacerlo. Se debe hablar de costos externos desde el punto de vista económico en el sentido de que por ejemplo sin una fábrica de botellas plásticas y su producto producen contaminación, los efectos dañinos ocasionados al ambiente se trasladan a la sociedad actual e inclusive a las generaciones futuras. Estos efectos precisamente son los costos externos, que se caracterizan por ser nocivos y por no estar incluidos en el precio de mercado.

d- Participación : Para Ramón Martín Mateo, parte de la tarea del Derecho Ambiental está referida a la concientización de la sociedad hacia la comprensión de que el ambiente no es propiedad de la Administración sino que ésta es solo su. guardián, las. actividades que aquí inciden deben ser supervisadas por la opinión pública y las organizaciones ambientales como un máximo de transparencia- discusión pública v amplios derecho adjudicados a los grupos de interés medioambientales, para que la participación tenga lugar deberán cumplirse los siguientes requisitos educación, información e implicación

La conservación ambiental es tarea de todas las personas, el Estado puede crear normas para colaborar, pero corresponde a la ciudadanía la aplicación y respeto de las mismas; ambas cosas se lograrán sólo con un adecuado nivel de conciencia de la problemática. Por esto la participación ciudadana es no sólo un poder sino también un deber.

"Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo."[13]

e- Principio de In dubio Pro Natura: Si existe incertidumbre en un caso concreto, de si se está produciendo o no un daño ambiental, se debe interpretar a favor del ambiente; Razón por la cual, si no existen pruebas de que se esté realizando un daño al ambiente, no quiere decir que no se deban poner medidas precautorias, se debe detener (en tanto termine la investigación) las actividades posiblemente nocivas.

---

13 Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo **Cumbre de Río**; 1992, Principio 5°.

Se deben tomar, todas las medidas precautorias para evitar cualquier posible daño al ambiente y por ende a la salud. En la declaración de Rio se establece

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."[14]

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución número 5893-95 de las 9 :48 horas del 27 de octubre de 1995, estableció :

"en la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actividad preventiva, es decir, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio de Indubio por natura, que puede extraerse analógicamente, de otras ramas del Derecho, y que es en un todo, acorde con la naturaleza".

OTRA CLASIFICACIÓN[15]

Otra clasificación de los principios ambientales, apunta a señalar, aunque coincidentes con los anteriores, pero más abiertos, que el artículo 50 constitucional consagra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y que del mismo numeral derivan una serie de principios de sintomatología antropocéntrica:

1. Igualdad

La igualdad de las personas ante la ley, sin ningún tipo de discriminación, es un derecho fundamental recogido en nuestro ordenamiento por el artículo 33 de la Constitución Política y establecido también en el artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El derecho al medio ambiente y a su protección se encuentra también protegidos por este principio de igualdad, el cual debe aplicarse a la materia. De este modo, todos los seres humanos tienen por igual el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado y acceder a la justicia de sin discriminación alguna para hacer valer sus derechos en caso de haber visto violentado el derecho a un ambiente sano (de manera directa o indirecta)

El artículo 50 constitucional declara que toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. El artículo 2 inciso a) de la Ley Orgánica del Ambiente contiene dicho principio al declarar que el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación y por ello tanto a nivel institucional (del Poder Ejecutivo) como jurisdiccional los ciudadano tienen derecho a un trato igualitario.

---

14 Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo **Cumbre de Río**; 1992, Principio 15°.

15 Las siguientes consideraciones (la exposición de los principios) provienen de la recopilación del suscrito de las valiosas discusiones en las lecciones del programa de doctorado académico en derecho administrativo impartidas en la Escuela Libre de Derecho y los exquisitos aportes del profesor Dr. Enio Rodríguez.- (febrero de 2007)

2. De la Tutela del Derecho Ambiental a cargo del Estado

El artículo 50 Constitucional consagra el derecho a un ambiente sano y señala de forma expresa que:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."[16] (La negrita no corresponde al original).

Deriva de este artículo la obligación del Estado de ejercer una función tutelar y rectora en materia ambiental. Al respecto la Sala Constitucional ha señalado que el Estado debe "asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales."[17]

De tal manera desarrolla la Sala Constitucional todas las acciones que comprende la tutela que debe ejercer el Estado en aras de proteger el medio ambiente; incluyendo tanto un comportamiento de hacer como de no hacer, toda vez que por una parte, debe abstenerse de cometer algún acto en contra del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y por otra parte, debe adoptar una conducta activa, en el sentido de dictar las medidas, regulaciones que estime pertinentes para el resguardo de este derecho.

El órgano rector en la materia de estudio lo constituye el Ministerio del Ambiente y Energía, de conformidad con el numeral 2 de la Ley Orgánica de este Ministerio[18] ; con lo

---

16 Constitución Política de la República de Costa Rica art. 50.

17 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Número 9193-2000, de las dieciséis horas veintiocho minutos del diecisiete de octubre de dos mil.

18 Dentro de las funciones del MINAE se pueden citar las siguientes: a) Formular, planificar y ejecutar las políticas de recursos naturales, energéticos, mineras y de protección ambiental del Gobierno de la República, así como la dirección, el control, la fiscalización, promoción y el desarrollo en los campos mencionados; b) Asimismo realizar y supervisar las investigaciones, las exploraciones técnicas y los estudios económicos de los recursos del sector; c) Fomentar el desarrollo de los recursos naturales, energéticos y mineros; d) Promover y administrar la legislación sobre conservación y uso racional de los recursos, a efecto de obtener un desarrollo sostenido de ellos, y velar por su cumplimiento; e) Dictar, mediante decreto ejecutivo, normas y regulaciones con carácter obligatorio, relativas al uso racional y a la protección de los recursos naturales, la energía y las minas; f) Propiciar, conforme con la legislación vigente, la suscripción de tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como representar al Gobierno de la República en los actos de su competencia, de carácter nacional e internacional. Todo lo anterior en Coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; g) Fomentar y desarrollar programas de formación ambiental en todos los niveles educativos y hacia el público en general; h) Las demás que le asigne el ordenamiento jurídico.

cual se debe decir que la figura del Estado como sujeto, el cual está llamado a ejercer la tutela en materia ambiental, es un Ministerio en el cual recae la rectoría, pero además, para que esta función de protección del medio ambiente sea real y efectiva, es necesaria la participación de una serie de entes y órganos estatales, los cuales, en coordinación con el MINAE, están llamados a interactuar (como lo son las municipalidades)

3. Sostenibilidad

La sostenibilidad en el uso de los recursos naturales es uno de los principios aceptados universalmente y con perspectiva jurídica. De acuerdo con un informe de las Naciones Unidas, desarrollo sostenible es el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas.[19]

Por su parte, el artículo 2 incisos a) y b) de la Ley Orgánica del Ambiente establecen la obligación del Estado y los particulares de participar en la conservación y utilización sostenible del ambiente; y el derecho de todos de disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para el desarrollarse.

Asimismo se ha señalado que el deterioro al ambiente condiciona las posibilidades de desarrollo humanas; por lo que se ha vuelto común el utilizar el término de "desarrollo sostenible" el cual encierra ambos derechos. En ese sentido la Sala Constitucional ha definido "desarrollo sostenible" como "una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento equitativo entre un crecimiento demográfico o entre este y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro." [20]

4. Principio del uso racional de los recursos, a fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente

De abolengo al anterior, podríase pensar en que es parte del mismo, y que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 69 de la Constitución.- Dicho artículo 69 textualmente señala que: "Los contratos de aparcería rural serán regulados con el fin de asegurar la explotación racional de la tierra y la distribución equitativa de sus productos entre propietarios y aparceros."

Ahora bien, en este principio encontramos un componente ideológico, lo cual genera, en algún modo, algunos problemas al momento de su aplicación; ya que comprende además conceptos jurídicos indeterminados, como lo son el uso racional y el necesario equilibrio entre el desarrollo y medio ambiente. Estos conceptos muchas veces generan incertidumbre al momento de su aplicación. La Administración

---

19 LOPERENA ROTA, (Demetrio). *Los Principios del Derecho Ambiental*, primera ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 62. Asimismo, la multiplicidad de instrumentos internacionales señalados en la sección A del Capítulo I del presente trabajo de investigación.

20 Sala Constitucional, voto 1763-94 de las 16:12 horas del 28 de mayo de 1994.

Pública es la encargada de determinar este punto de equilibrio y en última instancia lo será la Sala Constitucional, observando las reglas contenidas en el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública.

Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado que: "...la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada e inteligente de sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político (desarrollo sostenible), para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras. Por ello, el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que a través de la producción y el uso de la tecnología, se obtengan no sólo ganancias económicas (libertad de empresa) sino sobre todo un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio..."[21]

Por tal manera, la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada de sus elementos, toda vez que es necesario la conservación del medio ambiente, pero también es indispensable la utilización de sus recursos para emprender procesos de desarrollo en beneficio de la sociedad en general. La cual a su vez, por una parte, demanda la protección del ambiente, y por otro lado, el desarrollo del país, desarrollo que, en un país como el nuestro, en muchos de los casos, tiene su fundamento en las riquezas naturales. De tal manera, la Sala Constitucional ha manifestado que "*es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para hacer frente a las del futuro. Se trata en consecuencia, de una política cuyo núcleo es una planificación a largo plazo a través de políticas estatales, las cuales deben cumplir con todos los requisitos exigidos por las normas existentes y que lógicamente en este campo deben ser vistos con criterios restringidos, pues si se destruyen o se dañan los recursos naturales por una decisión precipitada o bien cuando las condiciones requeridas no son cumplidas, el desarrollo económico, social y político se afectará y decaerá, trayendo como consecuencia lógica la pérdida de la calidad de vida del ciudadano, y por ende, la pérdida de una riqueza invaluable que bondadosamente la Naturaleza nos ha regalado. Este desarrollo significa reconocer que deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibiliten la vida y si hacemos expandir los beneficios del proceso industrial tenemos que estar concientes de las implicaciones y limitaciones que supone este derrotero*."[22]

No cabe duda que hay consenso sobre la importancia de la aplicación de este principio, tanto a nivel nacional como internacional. El problema de fondo es su efectividad, y en algunos casos, su exigibilidad jurídica.[23]

5. Principio de la Calidad Ambiental

Constituye este principio un parámetro fundamental de la calidad de vida, ya que ligado a la vida que cada individuo pueda

---

21 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Número 6322-2003, de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

22 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Número 4423-93, de las quince horas del treinta de julio de 1993.

23 MATÍN MATEO (Ramón), Manual de Derecho Ambiental. España. Primera Edición. Editorial Trivium, 1995, pp. 41-43.

llevar, encuentra su funcionalidad en el propio uso que se haga del ambiente para el propio desarrollo. Es así como el Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, implica el correlativo deber de proteger y preservar el medio, mediante el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo.[24] En ese sentido, siempre y cuando se demuestre que alguna actividad es dañina para la salud, se estaría en presencia de una violación del principio en estudio. O bien, cuando alguna actividad económica implique la pérdida de un recurso natural importante, dicha actividad debe ser prohibida, porque de lo contrario, se estaría fomentando el deterioro al ambiente, y con ello, a la calidad de vida de las personas.

Igualmente se puede encontrar el fundamento del presente principio en el ya mencionado el artículo 50 constitucional y además se encuentra contenido en instrumentos internacionales que garantizan la protección al medio ambiente[25].

6. Principio de solidaridad

Por tratarse el derecho al ambiente de un derecho de tercera generación se encuentra desarrollado bajo el valor de la solidaridad (así como el de libertad e igualdad fueron los principios y valores que respectivamente los que orientaron los derechos de primera y segunda generación). Se ha configurado como un "auténtico principio jurídico formalizado, generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales"[26].

El principio de solidaridad implica y genera una responsabilidad colectiva para su realización, la cual es compartida pero diferenciada.

En ese sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 dejaron establecido que "Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros que disponen"[27]

Con la aparición del principio de solidaridad se vislumbra una humanización y preocupación

---

24 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Número 6322-2003, de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

25 Algunos instrumentos internacionales que recogen este principio son la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano que en su artículo 1 dispone: *"El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras,"* Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos establece en el artículo 11 el Derecho a un medio ambiente sano al disponer que *"Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."*

26 REAL FERRER, G. "El principio de solidaridad en la Declaración de Río"; en PRIEUR, M y DOUMBE-BILLÉ, S. *Droit de l' Environnement et Développement Durable*, Pulim, Limoges, 1994, p.78.

27 Principio 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.

no solo por le disfrute del derecho actual sino también por la preservación del mismo para asegurar el disfrute a las generaciones futuras. El derecho de las futuras generaciones implica a su vez una serie de derechos y deberes intergeneracionales relacionados entre sí y que a su vez se dividen en tres principios básicos:

a- Principio de conservación de opciones: se traduce en el derecho de cada generación a recibir la diversidad de los recursos naturales y el correlativo deber a mantenerlos, lo que implica una explotación racional y eficiente de los mismos.

b- Principio de conservación de la calidad: supone el derecho de todas las generaciones a recibir el planeta en condiciones de calidad óptimas y a su vez un correlativo deber de conservarlas y transmitirlas a futuras generaciones para que no la reciban en peores condiciones.

c- Principio de conservación de acceso: el derecho de acceso equitativo al legado de las generaciones pasadas y el deber de procurarlo a todos sus miembros.[28]

7. Principio Precautorio

Es uno de los principios más desarrollados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y se le ha considerado como principio esencial componente del derecho ambiental. Las Administraciones Públicas tienen la obligación de actuar en protección del derecho de todos al medio ambiente, y es así como se han delineado principios de actuación administrativa propios de la protección del medio ambiente y que particularizan este ámbito.

El principio precautorio, también llamado como Principio de la Evitación Prudente, adquiere fuerza con la Declaración de Río de 1992 (Cumbre de la Tierra), pero ya la idea venía desarrollándose en otros convenios internacionales como la Declaración de Estocolmo y La Carta Mundial de la Naturaleza.

El artículo 15 de la Declaración de Río contiene este principio al señalar que "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."[29]

A nivel nacional, al artículo 11 de la Ley de Biodiversidad consagra el principio precautorio, prácticamente en los mismo términos que lo hace la Declaración de Río, y la Sala Constitucional ha realizado un importante aporte al tema al disponer que "... La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que

---

28 FRANCO DEL POZO (Mercedes). "El Derecho Humano a un medio ambiente adecuado" en Cuadernos Deusto de Derecho Humanos No. 8, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, pp. 19-21.

29 Declaración de Río, artículo 15.

exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente." [30]

El principio precautorio ha planteado varias interrogantes, dentro de las cuales destacan: el problema de la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental; el equilibrio que debe existir entre las medidas represivas y preventivas; y la motivación que debe darse a industrias y otras empresas a través de políticas estimulantes de la protección del medio ambiente.

En lo concerniente a la reversión o inversión de la carga de la prueba, consiste en que el demandado es el llamado a ofrecer pruebas para desvirtuar el contenido de la pretensión, sin olvidar que al Derecho Ambiental le interesa más la prevención que la reparación del daño. Sin embrago, una vez ocurrida la acción que provocó el daño al ambiente, el interés se centra en la búsqueda de la mejor solución, tanto a nivel jurídico como práctico, teniendo claro que cualquier reparación que se realice nunca va a restituir en la totalidad la situación original.

Por lo anterior, podría resultar criticable la imposición de principios como "El que contamina paga", toda vez que estaría en contra del ánimo de prevención que es uno de los pilares fundamentales del Derecho Ambiental, y más bien, se estaría fomentando el deterioro del ambiente a cargo del pago o resarcimiento económico del daño ocasionado; pero el derecho debe también establecer las medidas de reparación en caso de que las precautorias o preventivas no sirvan (como sucede en la práctica la mayoría de las veces)

La Sala Constitucional ha frecuentado en llamarlo también principio "in dubio pro natura"[31], señalando que comprende una especie de inversión de la carga de la prueba, dado que en caso de falta de certeza sobre las consecuencias de una actividad basta para no llevarla a cabo. Se ha establecido doctrinariamente que este principio se refiere a las políticas ambientales generales, y que para casos concretos opera el principio preventivo.

En materia ambiental existe incertidumbre científica sobre los posibles daños que pueden ocasionar algún tipo de actividades. El principio precautorio se refiere a la actitud cautelosa que se debe tomar cuando surja alguna duda razonable en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, sea para que se evite o para tomar las medidas necesarias para evitar el daño eventual.[32]

8. Principio preventivo

Muy relacionado con el principio anterior, el principio preventivo se refiere a la proyección sobre las consecuencias perjudiciales ciertas

---

30 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Número 6322-2003, de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres. En ese mismo sentido Sala Constitucional, voto 2000-9773 de las 9:44 horas del 3 de noviembre de 2000.

31 Sala Constitucional, voto 2000-9773 de las 9:44 horas del 3 de noviembre de 2000.

32 LOPERENA ROTA, (Desiderio). *Los principios del Derecho Ambiental*, primera ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 93.

de algunas actividades. El tratar de evitar las con anticipación es el propósito de este principio; por ejemplo en el caso de las políticas preventivas reflejadas mediante las Evaluaciones de Impacto Ambiental.

En casos concretos este principio se traduce en la aplicación de medidas cautelares. El desarrollo doctrinario y legislativo de la tutela cautelar está centrado, como es lógico, en el proceso jurisdiccional. Debido a la lentitud de los procesos y las verdaderas situaciones de injusticia que se pueden ocasionar por ello, es que ha surgido en el Derecho comparado la necesidad de implementar las medidas cautelares.

A pesar de ser esto así, la tutela cautelar no se circunscribe tan solo al ámbito jurisdiccional, sino que su aplicación también se contempla en los procedimientos administrativos. En los procedimientos de naturaleza ambiental la importancia que ha adquirido la tutela cautelar es decisiva a la hora de ejercer el derecho de todos a un medio ambiente sano.

En sede jurisdiccional, las medidas cautelares tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que no sea una mera declaración de principios. De acuerdo con la doctrina nacional, existe un derecho fundamental a la tutela cautelar que forma parte del derecho a una justicia pronta y cumplida contenido en el artículo 41 constitucional.[33] La jurisprudencia nacional ha manifestado que "III. ... Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando concurran los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva, o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política). En tal sentido, se puede sostener, que **no existe una tutela judicial pronta y cumplida – efectiva- sin una cautelar flexible y expedita**."[34] (lo resaltado no corresponde al original)

Las características estructurales de la tutela cautelar son:[35]

1. Instrumentalidad: con relación al proceso principal.

2. Provisionalidad: se refiere a la extensión de la eficacia hasta el dictado de la sentencia de mérito

3. Urgencia: al evitar la acusación de daños o perjuicios su adopción, en ocasiones especiales e intensas, deroga las reglas generales del proceso.

La doctrina ha señalado una serie de presupuestos de las medidas cautelares, que son imprescindible tanto en sede jurisdiccional como administrativa:[36]

---

33 JINESTA LOBO (Ernesto). "Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso-administrativo" en La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, op. Cit., pp.171-172.

34 Resolución 405-95 de las 15:00 horas del 29 de noviembre de 1995 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

35 JINESTA LOBO (Ernesto). "Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso-administrativo" en La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, op. Cit., pp.171-172.

36 JINESTA LOBO (Ernesto). "Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso-administrativo" en La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, op. Cit., pp.171-178.

1. Periculum in mora: Es el temor razonable y objetivamente fundado de la parte gestionante de que la situación aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. Requiere de la concurrencia de un daño inminente y de la demora del proceso para ser finalizado.[37]

2. Fumus boni iuris: Es un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancia que invoca la parte promovente y que aparentemente la legitima o un juicio de la misma naturaleza del éxito de la pretensión en la sentencia.[38]

En materia de derecho ambiental la presencia de los presupuestos anteriormente expuestos cobra mayor vigencia, dado el carácter irreversible de los daños ambientales.

9. Publicidad

La Administración tiene el deber de hacer públicas las informaciones de actividades públicas o privadas que tengan relación con el medio ambiente, dado que media un interés público. Para el autor español Martín Mateo, la información o publicación de los datos es la base sobre la que se asienta igualmente la acción protectora de las Administraciones Públicas, la educación ambiental y la investigación.[39]

El artículo 30 constitucional garantiza el acceso a los departamentos administrativos con propósitos información sobre asuntos de interés público. Sin embargo, en materia medioambiental el concepto de información y acceso adquiere una nueva dimensión y se entiende como el derecho del individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente u órgano estatal sobre cualquier proyecto que pueda afectar su derecho de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[40]

10. Restaurabilidad

Este principio se aplica en presencia de la responsabilidad civil por la generación de una lesión, la sanción al responsable puede ser la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (compensación) o la reparación a su estado originario de la situación alterada por la infracción.[41]

La doctrina ha sostenido, que a diferencia de otros ámbitos en los cuales en general existe la opción de reponer o no la cosa dañada, en materia ambiental la efectiva restauración es imprescindible y no opcional para el administrador del bien dañado, esto en

---

37 JINESTA LOBO (Ernesto). "Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso-administrativo" en La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, op. Cit., pp.172-173.

38 JINESTA LOBO (Ernesto). "Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso-administrativo" en La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, op. Cit., pp.173-174.

39 MARTÍN MATEO (Ramón). "Tratado de Derecho Ambiental", Vol I, 1ª Edición, Trivium, Madrid, 1991, pp. 122ss.

40 CALZADA MIRANDA (Ana Virginia). "Garantías e implicaciones constitucionales del medio ambiente" en Apuntes del Sector Justicia al Derecho Ambiental, San José, 1997, p. 286.

41 En ese sentido, el artículo 22 del Reglamento RD 1398-1993 español establece *"Si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración, la resolución del procedimiento podrá declarar: a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción. b) La indemnización por los daños y perjuicios causados, cuando su cuantía haya quedado determinada en el procedimiento."* Citado por GOMEZ PUENTE (Marcos). "Medio Ambiente y Responsabilidad Administrativa" en Ciberrevista de Administración, publicación electrónica, número 11, julio-setiembre 1999.

particular por la titularidad común de los bienes ambientales dado que no puede dañarse el medio ambiente y destinar su compensación económica para otros usos.[42] Sin embargo, es claro que la reparación será sanción en la medida que esta sea posible.

Los artículos 53 y 54 de la Ley de la Biodiversidad contienen este principio, y de este modo se obliga al Estado [incluyendo a las Municipalidades] a tener como principio de actuación la restaurabilidad, mediante la obligación de fomento y en caso de que ya se hubiese producido el daño ambiental procurar tanto se recuperación, rehabilitación como la restauración del mismo[43].

11. "El que contamina, paga"

Según la doctrina, en el Derecho Ambiental se ha consagrado el principio de la responsabilidad extracontractual objetiva, sin que se examine la culpa o negligencia del agente causante del daño ambiental,[44] la cual podría pensarse que se encuentra incluida dentro de la responsabilidad ambiental de la Ley Orgánica del Ambiente establecida en el artículo 2 inciso d) [referente a los principios en materia ambiental], la cual es una cláusula amplia de responsabilidad al señalar que: "Quien contamine el ambiente o le cause daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes"

La responsabilidad civil extracontractual se establece en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, y en el caso que sea la Administración Pública la responsable se deben aplicar los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública.

De acuerdo con parte de la doctrina, el origen de este principio es anglosajón y se debe entender de la siguiente manera:
"Conforme al principio 'quien contamina paga', se entiende por responsable de la contaminación, (...), por agente contaminador a la persona física o jurídica sometida a derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose de evitar en principio que la política de protección del medio ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la Comunidad la carga de la lucha contra la contaminación, siendo imputable al contaminado el costo de las medidas necesarias para la eliminación de la contaminación o para su reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental." [45]

---

42 LOPERENA ROTA, (Desiderio). *Los principios del Derecho Ambiental*, primera ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 73.

43 ARTÍCULO 53.- Restauración, recuperación y rehabilitación. La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, las especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes.
ARTÍCULO 54.- Daño ambiental. Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir todo tipo de contratos con instituciones de educación superior, privada o pública, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados. En áreas protegidas de propiedad estatal, esta decisión deberá provenir del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio de Ambiente y Energía. Para la restauración en terrenos privados se procederá según los artículos 51, 52 y 56 de esta ley.

44 LOPERENA ROTA, (Desiderio). *Los principios del Derecho Ambiental*, primera ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 64.

45 LOPERENA ROTA, (Desiderio). *Los principios del Derecho Ambiental*, primera ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 67.

Este principio implicaría para el contaminador el pago y cumplimiento de las medidas cautelares que se decreten; el cese de la actividad contaminante o su modificación; el pago de las multas pertinentes; y la reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

12. De la realización del estudio de impacto ambiental previo a la iniciación de obras

Aunque a simple vista más que un principio se podría decir que se trata de una obligación, la doctrina lo ha considerado como un principio, cuyo fundamento constitucional se extrae del artículo 50 constitucional, en el tanto que obliga al Estado a garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En el Derecho Ambiental las medidas preventivas tienen una importancia vital; ya que prevenir es siempre mejor que reparar el daño ocasionado, por cuanto restablecer la naturaleza a su estado anterior no es tarea fácil. Dentro de las medidas preventivas se encuentra el estudio de impacto ambiental, el cual es obligatorio para el Estado y los particulares.

El profesor Rafael González Ballar en el II Congreso de Derecho Ambiental, expuso al respecto: “Si creemos que el Derecho Ambiental debe ser más punitivo, vamos a tener una serie de problemas porque todos sabemos que un ecosistema que se va, no vuelve, el costo social también es muy alto, yo no puedo volver a hacer un bosque tropical como era en forma natural y por eso en otros sistemas, por ejemplo, el caso de sistema coralino que los hoteles están afectando tanto en Gandoca – Manzanillo como en Playa Tambor. No es que vamos a desechar el Derecho Penal Ambiental, por eso lo define más el Derecho Ambiental, es un deber más preventivo, y se deben buscar más medidas para incentivar a las industrias para no contaminar, y al campesino para que utilice menos insecticidas y busque otros medios biológicos para cultivar.”[46]

En nuestro país la primera normativa de carácter legal que involucra este concepto es el Código de Minería, promulgado mediante Ley Número 6797. En el artículo 101 se contempla que “con el objeto de garantizar un aprovechamiento racional de los recursos nacionales y de proteger sus usos futuros, los concesionarios **deberán efectuar estudios de impacto ambiental de sus actividades, en forma previa y pública**. Estos estudios deberán ser efectuados por personal técnico calificado, mediante las normas suministradas por el Estado, y si los estudios se consideraran deficientes podrán ser rechazados por el organismo gubernamental de control.” (lo resaltado no corresponde al original)[47] . Asimismo, el Reglamento al Código de Minería contiene en su artículo 34 y siguientes lo establecido por la Comisión Gubernamental de Control Ambiental sobre los Estudios de Impacto Ambiental.[48]

Por otro lado, la Ley de Conservación de Vida Silvestre en el numeral 26 establece la facultad

46 GONZÁLEZ BALLAR (Rafael). II Congreso de Derecho Ambiental, Memorias, UICN, San José, 1992, p. 100.
47 Código de Minería, Ley No. 6797 Gaceta No. 203 del veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y tres.
48 Reglamento al Código de Minería, Decreto Ejecutivo No 15442-MINAE, del seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco

de la “Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para otorgar permisos de importación de especies de Vida Silvestre. Toda solicitud para esos permisos deberá presentarse, ante esa Dirección, con una evaluación de impacto ambiental la que, para los efectos de esta Ley, se considerará documento público y deberá incluirse los siguientes requisitos...”[49]

Posteriormente, con la Ley de Hidrocarburos, se vino a establecer lo relativo a la protección ambiental, estipulándose la obligación de realizar un Estudio de Impacto Ambiental para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.[50] Éste desarrollo normativo, logra en 1995 un importante y significativo avance con la publicación de la Ley Orgánica del Ambiente, en la cual se incluyeron una variedad de normas relacionadas con el Estudio de Impacto Ambiental, y se crea así la Secretaría Técnica Nacional Ambiental. [51] De tal manera el artículo 17 de este cuerpo de normas dispone que las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos materiales tóxicos o peligrosos, requieran de una evaluación de impacto ambiental por parte de la SETENA.[52]

Por otro lado, éste principio también ha sido recogido por una serie de instrumentos internacionales, como lo es la Declaración de Río, que en su principio 17 contempló que “deberá emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente.”[53] En el Convenio sobre Diversidad Biológica y sus Anexos I y II establece que “Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: Establecerá procedimientos apropiados por los que exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos, y cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos...” [54]

Por su parte la Sala Constitucional ha realizado un significativo aporte al disponer que “el Estudio de Impacto Ambiental se establece como el instrumento idóneo que tiene el Estado para garantizar el equilibrio entre la conservación de los recursos naturales, y el desarrollo del ser humano en forma sostenible. De este modo, la actividad humana que conlleve la intervención, alteración o destrucción del medio ambiente, debe ajustarse a lo que ambientalmente resulte más beneficioso para el Estado y la comunidad, o la de grupos que puedan verse afectados.”[55]

---

49 Ley de Conservación de Vida Silvestre, No 7317 del 21 de octubre de 1992, publicada en la Gaceta No 235 del 7 de diciembre de 1992, Artículo 26.

50 Ley de Hidrocarburos No 7399, publicada en la Gaceta del 3 de mayo de 1994; Capítulo IX.

51 El artículo 83 de la Ley Orgánica del Ambiente crea la SETENA como un órgano de desconcentración máxima del Ministerio del Ambiente y Energía, cuyo propósito fundamental será entre otros armonizar el impacto ambiental con los procesos productivos.

52 Ley Orgánica del Ambiente No 7554 del 4 de octubre de 1995, publicada en la Gaceta No 215 del 13 de noviembre de 1995, artículo 17.

53 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río, principio 17.

54 Convenio sobre la Diversidad Biológica y sus Anexos I y II, aprobado por Ley No 7416 del 30 de junio de 1994, artículo 14.

55 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No 6312-2003, de las catorce horas cuatro minutos del tres de julio de dos mil tres.

Y la Procuraduría General de la República, por su parte, ha definido el Estudio de Impacto Ambiental como aquel que se concibe por el legislador como un procedimiento técnico que permite controlar una posible alteración ambiental con la consecuente afectación de los ecosistemas.[56]

Ahora bien, el Estudio de Impacto Ambiental no puede eximirse de los proyectos de desarrollo, de explotación o exploración; ni por ley y menos aún por ninguna norma de rango inferior, precisamente por tener fundamentación en la Constitución Política.[57]

Por último debe señalarse que la realización del Estudio de Impacto Ambiental no implica la puesta en funcionamiento del proyecto en cuestión, toda vez que se trata de un requisito previo y que, necesariamente debe cumplirse en los casos estipulados.

13. Sólo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales

Más que un principio se puede tomar como una regla, ya que se determina que la única excepción al cumplimiento de las normas y principios en materia ambiental lo sería el estado de necesidad, ya que el Estado es el llamado a preservar el orden público. Por lo anterior, es que se debe decir que el fundamento de este "principio" lo sería el **Estado de Necesidad**; es decir, la misma necesidad se convierte en el fundamento.

De tal manera, ante la presencia de situaciones transitorias y urgentes en las que se hace necesario la continuidad de los servicios públicos, se permite la dispensa de la normativa ambiental; bastaría con que se produzca el hecho determinante, como por ejemplo, una inundación, un terremoto, una epidemia, o bien, que se tenga un alto grado de certeza que se va a producir el hecho para que se pueda declarar el Estado de Necesidad.

Así las cosas, le es permitido a la Administración Pública adoptar una conducta sin cumplir con una disposición en materia ambiental. Por ejemplo, la construcción de un puente sin la realización del Estudio de Impacto Ambiental, o bien, la realización de algún proyecto sin que se cuente con un permiso de salud.

Por otra parte, no se debe confundir el Estado de Necesidad con la Contingencia, la cual se puede definir como aquel hecho futuro que puede o no producirse. En estos casos no es posible la dispensa de la normativa ambiental, toda vez que no se tiene certeza que el hecho se va a producir.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha dispuesto que "*es contraria al Derecho de la Constitución, no sólo la normativa, sino la actuación de las instituciones públicas que dispensen los trámites y procedimientos ordinarios para la actuación ordinaria de la Administración*."[58]

En consecuencia, "*para que se entienda de desarrollo constitucional la medida de*

---

56 Informe rendido por la Procuraduría General de la República dentro del expediente No 00-007814-0007-CO.

57 Algunas de las actividades en las que se necesita el Estudio de Impacto Ambiental son: tala de árboles en un refugio de vida silvestre (S.C. 1888-95), tenencia de un vivero y plantación de helechos (S.C. 9735-2000), decisión para determinar el cierre o continuación de funcionamiento del botadero de basura Río Azul (S.C. 1154-96)

58 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6503-2001.

emergencia, ésta debe atender única y exclusivamente a darle solución a la situación de emergencia que la motiva, y tener –además- como propósito el bien común: esto es, debe ser justa y además razonable (proporcionada en sentido estricto)".[59]

14. La falta de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al Derecho Ambiental

El no cumplimiento por falta de recursos económicos, más que un principio es una premisa desarrolla con el avance progresivo de los derechos económicos y sociales; y de la aplicación del principio de la prohibición del retroceso social.

En términos de la Sala Constitucional "*la falta de presupuestos (recursos económicos, materiales y/o personal calificado) no puede constituirse en un límite entre el respeto y la violación de los derechos fundamentales, es decir, no puede ser motivo para que la Administración no actúe y tome acciones concretas a fin de que a través de su gestión encuentre solución a los problemas que los particulares les requieran en materia ambiental...*"[60]

No se debe dejar de lado un aspecto vital, y es el hecho que este enunciado se debe analizar conjuntamente con el principio de equilibrio presupuestario, por cuanto la Administración Pública está obligada a cumplir el equilibrio en el presupuesto. De tal manera, se presenta un interesante fenómeno, ya que por una parte se establece la obligación del Estado de proteger el ambiente, sin que pueda excusarse en la falta de recursos para dejar de cumplirlo, y por otra parte, la situación que la Administración, abruptamente, no puede romper con el equilibrio presupuestario para cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales. Consecuentemente, resulta necesario buscar la manera en que se pueda cumplir con ambos enunciados, de tal forma que se garantice la protección al ambiente y además se cumpla con el equilibrio presupuestario. Es decir, se requiere de una aplicación armónica, integral entre ambos postulados.

15. Coordinación para garantizar la protección del medio ambiente

El principio de la Coordinación entre las diferentes dependencias de la Administración Pública deriva del principio de la Unidad Estatal. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional que al respecto ha consignado que "**la protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual**, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo- de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados."[61] (lo resaltado no corresponde al original)

---

59 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6322-2003 de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

60 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6322-2003 de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

61 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6322-2003 de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

En España este enunciado está contenido expresamente en la Constitución Política en los numerales 148 y 149; y se denomina el Principio de Coordinación Orgánica; el cual se basa en el dato de que la Constitución atribuye la función de protección de los recursos naturales con carácter compartido al Estado y las Comunidades Autónomas.[62]

La coordinación se produce cuando un problema desborda la competencia de un ente, y por esta razón se hace necesaria la coordinación con la entidad o el órgano público que corresponda y se ha definido como "la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, **sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes**."[63] (lo resaltado no corresponde al original).

En el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel legal, se consagra el presente principio en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ambiente, al disponer que:

"Artículo 3.- Participación conjunta para cumplir objetivos. El Gobierno fijará un conjunto armónico e interrelacionado de objetivos, orientados a mejorar el ambiente y manejar adecuadamente los recursos naturales.

A estos objetivos deberán incorporarse decisiones y acciones específicas destinadas a su cumplimiento, con el respaldo de normas, instituciones y procedimientos que permitan lograr la funcionalidad de esas políticas."[64]

Y a nivel internacional se ha enunciado, entre otros, en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano al contemplar que "a fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población."[65]

De lo señalado, se extrae la necesaria coordinación estatal para lograr el cambar cumplimiento de las obligaciones constitucionales, importancia que se vuelve aún más importante al tratarse de la protección y preservación del medio ambiente. En este sentido, si bien existe un órgano rector en la materia, como lo es el MINAE, se hace necesaria la colaboración de otras instancias o dependencias, este Ministerio está facultado para integrar a todos aquellos involucrados, como lo son las municipalidades, que en ciertas materias son incluso las únicas con la competencia.

16. La lesión a este Derecho Ambiental se da tanto por acción como por omisión.

La premisa de que en materia de derecho ambiental, las lesiones pueden producirse por "acción u omisión" se desprende de la propia

---

62 PEREZ MORENO (Alfonso) y otros, Constitución y Medio Ambiente, España, Instituto de Desarrollo Regional, Sevilla, 1982, p.39.

63 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6322-2003 de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

64 Ley Orgánica del Ambiente, artículo 3.

65 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, artículo 13.

Constitución Política en el artículo 50, ya que como lo ha señalado la Sala Constitucional "*las omisiones al deber de protección del medio ambiente y de cumplimiento de la normativa ambiental son de relevancia constitucional, por cuanto a consecuencia de la inercia de la Administración en esta materia, se puede producir un daño al medio ambiente y a los recursos naturales, a veces, de similares o mayores consecuencias, que de las derivadas de las actuaciones de la Administración.*"[66]

En ese sentido, podría incluso pensarse en la omisión en el dictado de una ley indispensable para la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, llevar a cabo una construcción sin la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental; o lo ejercer los deberes de vigilancia; los cuales son apenas algunos ejemplos en los que la inactividad de la Administración, tanto formal como material, puede provocar daños graves al ambiente, muchas veces mayores que los que se producen por medio de acciones.

17. Inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales

Como es sabido, el silencio positivo es un instrumento propio del derecho administrativo y opera en toda aquella actividad fiscalizadora del Estado, cuando luego de transcurrido un plazo prudente, que en nuestro ordenamiento jurídico es de un mes [salvo norma que disponga plazo contrario] después de presentada la solicitud, la Administración no fiscaliza la actividad, entonces se entiende por otorgada. Se presenta para los permisos, autorizaciones, licencias, de conformidad con los numerales 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública.

No obstante, esta regla no resulta de aplicación en materia ambiental, ya que está por encima el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Sobre la materia, la Sala Constitucional ha señalado que: "*...estas reglas –silencio positivo- no son de aplicación en materia de permisos de aprovechamiento de los recursos naturales (forestales, mineros, marinos, aguas de la Nación, fuerzas que derivan de los recursos hídricos, etc), [...], precisamente en virtud del valor superior (interés público) de la tutela del ambiente, y precisamente por la conceptualización del derecho ambiental como un derecho fundamental [...]*"[67]

Este principio fue consagrado por la Sala Constitucional para los recursos forestales, sin embargo, dado que la protección se da para toda la naturaleza se entiende que rige para toda la materia ambiental,[68] ya que la no aplicación del silencio positivo en materia ambiental, podría señalarse, que encuentra su justificación en el valor superior, o sea, el interés público, de la tutela del ambiente como un derecho fundamental.

A nivel legal, se ha consagrado este "principio" de manera expresa como en la Ley Forestal es una de ellas, al disponer, de una forma muy

---

66 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6322-2003 de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

67 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6322-2003 de las catorce horas catorce minutos del tres de julio de dos mil tres.

68 En este sentido: CABRERA MEDAGLIA (Jorge). "La Jurisprudencia de la Sala Constitucional en Materia Ambiental", en Gestión Ambiental Municipal, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1995, p. 165.

amplia y clara, que en materia de recursos naturales no opera el silencio positivo.[69] El problema es que debería encontrarse de manera más directa y expresa su consagración como principio, ya que como es sabido una de las formas de proteger el ambiente es precisamente impidiendo que por la inercia de la Administración se puedan tener por otorgados permisos para la explotación de los recursos naturales, que generarían, en muchos, casos daños irreparables al medio ambiente o incluso la pérdida de algunos de sus componentes.

18. Participación ciudadana en los asuntos ambientales

La participación ciudadana en asuntos relacionados con la materia ambiental se consagra en un principio cuyo fundamento se extrae de los artículos 27, 30 y 50 constitucionales, por cuanto los ciudadanos tienen derecho al acceso a la información de que se dispone y a la divulgación de ella para la toma de decisiones.

La participación ciudadana constituye una consecuencia del principio democrático y abarca el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales o que puedan causar una lesión a los recursos naturales y el medio ambiente y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones.

Por su parte, el artículo 10 de la Convención de Río elevó la participación a rango de principio en materia ambiental al disponer que "*el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona debe tener adecuada formación sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.* ***Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.*** *Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.*" [70] (lo resaltado no corresponde al original)

Además de la fundamentación constitucional, en nuestro ordenamiento, la Ley Orgánica del Ambiente contempla este principio al igual que el Reglamento sobre Procedimientos de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, incluso establecen la realización de una audiencia pública en el procedimiento del Estudio de Impacto Ambiental; pero el ordenamiento jurídico costarricense no está al margen de este importante postulado, ya que en un Estado Democrático de Derecho como

---

69 Ley Forestal No 7575, de trece de febrero de mil novecientos noventa y seis, artículo 4. ***Artículo 4. Silencio positivo.*** *En materia de recursos naturales no operará el silencio positivo, contemplado en los artículos 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública. Cuando la Administración Forestal del Estado no resuelva los asuntos sometidos a su conocimientos, dentro de los plazos estipulados en la Ley General de Administración Pública, el funcionario responsable se expondrá a las sanciones dispuestas en las leyes."* Este artículo introduce la sanción para el funcionario que no resuelva dentro de los plazos legales, a fin de que este principio no se interprete como una facultad de la Administración de resolver cuando a bien lo tenga, perjudicando de esta manera al particular solicitante sino también al medio ambiente.

70 Convención de Río, principio No. 10

el nuestro, la participación de la población es uno de los pilares fundamentales y debería fortalecerse más.

19.- De la vía más expedita.-

Se ha estimado importante por lo que aquí se ha dicho, incluir, no como principio rector del Derecho Ambiental, a la nueva jurisdicción Contencioso Administrativa, reestructurada en el Tribunal Contencioso Administrativo, sino como auxiliar importante para la protección expedita del ambiente, ello en razón del concepto altamente antropocéntrico de esta nueva concepción de justicia social ambiental administrativa, y su estructura pseudo oral que promete la resolución de los conflictos en tiempos record.

Las nuevas dimensiones de esta modernización procesal se identifica con la aspiración de crear sistemas desprovistos de formalidades innecesarias, caracterizados por las simplificaciones procesales y la celeridad en armonía con la seguridad jurídica. Por esta razón el nuevo proceso será más humano, más rápido, menos formal, más económico, y más ágil, lo que evidencia su afinidad a los principios esbozados, haciendo menos vulnerable el medio ambiente violentado.

Los principios procesales informadores de este sistema procesal están inspirados en una axiología susceptible de desarrollar el fiel cumplimiento de la finalidad del proceso, una justicia pronta y cumplida y para la humanización del proceso, aspecto importantísimo en la protección del ambiente, se efectivizará el contacto directo del Juez con las partes para buscar desde un primer momento soluciones propias de la contienda judicial a través del diálogo, la conciliación y el debido entendimiento. En esta forma el resultado eventualmente podría no ser impuesto sino concertado. E igualmente la ejecución podría ser voluntaria sin imposición judicial; porque las partes quieren ser vistas y escuchadas por el juzgador. Incluso cuando no medie conciliación total, y el proceso lógicamente deba seguir, se obtendrán importantes frutos si desde un principio se ha permitido a los contendientes estar en contacto, se les ha invitado públicamente a expresar en forma libre sus argumentos, porque significa materializar el derecho a ser escuchados por la administración de justicia tanto en sus pretensiones personales y las motivaciones del conflicto, como en sus reclamos de justicia.

CONSIDERACIONES FINALES

A partir de mediados de la década de los 60 y en las décadas posteriores se fueron desarrollando un amplio y confuso conjunto de ideas alrededor del tema del ambiente y de su relación con las actividades y actitudes de la sociedad. Estas ideas se corporizaron en un no menos confuso movimiento social y político que fue creciendo y expandiéndose tanto en ideas como lugares.

Empezó con ciertas características en los países anglosajones, se extendió después en el resto de los países desarrollados y se volcó finalmente, siempre en transformación, a los países subdesarrollados. Durante este proceso se vio enriquecido con nuevas ideas y conceptos, pero también se fragmentó en diferentes corrientes, dando como resultado final una gran cantidad de movimientos que lo único que tienen en común es su preocupación por su objetivo final: Las relaciones socio-ambientales.

Hoy, la ecología, el ambientalismo y los problemas ecológicos son términos

intercambiables cuya disciplina y objeto de estudio se mezclan en el lenguaje cotidiano. Una de las características más particulares del ambientalismo es que ha pasado a ocupar un lugar en el sentido común de la gente, es parte de lo cotidiano, infaltable en las proclamas políticas y referencia obligada en el discurso público de los empresarios.

El ambientalismo ofrece la vuelta a una naturaleza limpia, segura y sabia. No parece tener importancia si esta vuelta es factible o no, lo que importa es tener una nueva ilusión.

Durante mucho tiempo, más del 90% de la población mundial vivió en el campo. En la actualidad, a pesar de que en muchos países muy poblados gran parte de la población es todavía campesina, el 50% de la población mundial vive en ciudades. La urbanización, es decir, la concentración de población en las ciudades, pareciera no tener límites.

El exceso de construcciones modifica el suelo y puede originar catástrofes. Así, durante lluvias torrenciales, los suelos recubiertos de asfalto no logran retener las aguas, que corren violentamente, y pueden inundar la ciudad en pocas horas.

Dentro de las ciudades, se plantean otros problemas, relativos especialmente a la contaminación. En los países subdesarrollados, los sistemas de alcantarillado urbano no están adaptados al creciente número de habitantes, y las napas de agua potable se contaminan paulatinamente, comprometiendo el suministro de agua a la población.

Los automóviles también generan complicaciones: Los gases de escape forman una nube de contaminación tóxica, el smog. Ciudades como Londres, Los Angeles, Atenas, Santiago o México están, periódicamente, asfixiadas. Chicago, con su trazado octogonal, sus calles rectilíneas, sus enormes rascacielos y sus juegos de luces en la noche, simboliza a la perfección el crecimiento desmedido de las ciudades modernas.

En el contexto internacional, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente que se llevó a cabo en Estocolmo en 1972, fue una divisoria de aguas puso la cuestión de la ecología en la agenda global y abrió el debate acerca de sus parámetros. Por primera vez, se reunieron las naciones para considerar el estado del planeta Tierra. Por primera vez integramos el escenario en la acción de la obra. Nada volvería a ser igual, porque después de Estocolmo nos vimos obligados a mirarnos a nosotros mismos de maneras fundamentalmente diferentes.

Estocolmo promulgó la Declaración Internacional sobre el Ambiente que fue el comienzo, una base sobre la cual levantar, si no un monumento sobre la supervivencia humana, al menos algunos pilotes esenciales para mantener la Tierra como lugar adecuado a la vida humana. Un logro fundamental de la conferencia de Estocolmo fue la agudización de la conciencia mundial de la polución.

La declaración de Estocolmo desemboca veinte años más tarde en la Declaración de Río o Eco ‘92 donde se definen los derechos y responsabilidades de las naciones en la búsqueda del progreso y del bienestar de la humanidad, basándose en:

- Derecho de los Estados para aprovechar sus recursos propios y no causar daños al ambiente de otros países.

- El desarrollo debe ejercerse sobre una base sostenible.

- Responsabilidad de los países desarrollados en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible.

En este contexto general, crece el ambientalismo, en sus diferentes concepciones y se encuentran movimientos ambientalistas que van desde los fuertemente antropocéntricos, basados en la superioridad natural del hombre con respecto a la naturaleza y su necesario destino de organizador y usuario de la misma, hasta los que buscan una posición ecocéntrica, negándole al hombre algún derecho sobre la naturaleza y poniéndolo al mismo nivel que otros seres vivos.

Estas dos posiciones extremas dan como resultado el ambientalismo llamado "superficial", preocupado por los temas ambientales pero adoptando una política de regulación del uso de los recursos y conservación de la naturaleza desde el punto de vista de su utilidad para el hombre.

En el otro extremo, aparece el ambientalismo "profundo", que utiliza la hipótesis de Gaia para proponer un hombre totalmente integrado a la naturaleza, alejado del uso de productos materiales innecesarios, viviendo en comunidades pequeñas, que no mata animales para comer y respeta a todos los integrantes del ecosistema.

Entre la extrema practicidad y la extrema utopía se desarrolla toda una serie de movimientos que confía en mayor o menor medida en la sabiduría natural para solucionar la supervivencia humana o en la capacidad del hombre para desarrollar cada vez más sofisticadas tecnologías.

Como habitantes de la Tierra, los seres humanos tenemos derechos y obligaciones que configuran el marco de nuestras relaciones con nuestro entorno ambiental y social. La justicia ambiental se inspira en el principio que reconoce a todas las personas los mismos derechos a los beneficios de la oferta ambiental y cultural del planeta, e involucra la persistente actuación coordinada de los diversos sectores de la sociedad, y el Estado. Se expresa mediante la protección e implementación política, social y económica de esos derechos, local y globalmente. Todos los habitantes merecen ser protegidos de la contaminación, todos merecen aire limpio, agua pura, tierras sin contaminación y alimentos que sean saludables. Proteger nuestro medio ambiente significa proteger nuestra salud, la salud de nuestras familias, nuestros vecinos, nuestra economía.

La educación es un ámbito ideal para promover la justicia ambiental. Es necesario que se eduque a la sociedad en aquellos problemas que afectan a ciertos sectores de la población. Esto implica un análisis del ciclo de vida de los productos y actividades que causan un impacto en el medio ambiente, entre otros temas. Las escuelas primarias y secundarias pueden brindar educación ambiental con programas de estudio que contemplen la sostenibilidad ambiental y la no discriminación. Además, se pueden fomentar talleres comunales para capacitar a la sociedad en posibles actividades de defensa contra la discriminación ambiental.

Parte del problema de la discriminación ambiental proviene de la falta de participación de las partes afectadas, tanto en el planeamiento como en la implementación de las actividades. La solución de los problemas ambientales y de la salud pública no concierne solamente a los órganos administrativos

del Estado; la iniciativa ciudadana y la participación comunitaria en la diversidad de variables culturales, sociales, científicas, económicas y tecnológicas implicadas en los procesos de toma de decisiones son cada vez más importantes para una mejor calidad de vida. Debemos advertir que cada uno de nosotros puede ayudar a proteger o degradar el medio ambiente.

Pero la participación por sí misma no es la solución. La participación a su vez debe ser informada, para que la población cuente con el conocimiento necesario para poder tomar sus decisiones respecto de cuáles son sus problemas y cómo quiere solucionarlos. Por ello la participación debe ser complementada con un libre acceso a la información.

Por lo indicado y lo estudiado en este tema, se promueven los siguientes Principios de Justicia Ambiental:

- La Justicia Ambiental afirma lo sagrado de nuestra Tierra, unidad ecológica y la interdependencia de todas las especies, y el derecho de ser libres de la destrucción ecológica.

- La Justicia Ambiental exige que la política pública esté basada en respeto mutuo y justicia para todos los pueblos, libre de cualquier forma de discriminación o prejuicios.

- La Justicia Ambiental hace un mandato al derecho del uso étnico, equilibrado y responsable de la tierra y recursos renovables en el interés de un planeta sostenible para los humanos y otras cosas vivientes.

- La Justicia Ambiental hace un llamado para la protección universal de las pruebas nucleares y la extracción, producción y libramiento de deshechos tóxicos y venenos peligrosos que amenazan el derecho fundamental al aire, tierra, agua y alimento limpios.

- La Justicia Ambiental afirma el derecho fundamental a la autodeterminación política, económica, cultural y ambiental de todo el pueblo.

- La Justicia Ambiental exige la cesación de la producción de todas las toxinas, deshechos peligrosos, y materiales radioactivos, y que todos los productores anteriores y presentes sean estrictamente responsables al pueblo por la detoxificación y contenimiento al momento de producción.

- La Justicia Ambiental exige el derecho de participar como socios equitativos en todo nivel del proceso de tomar decisiones, incluyendo el asesoramiento de necesidades, planificación, implementación, sanción y evaluación.

- La Justicia Ambiental afirma el derecho de todos los trabajadores a un ambiente saludable y seguro de trabajo, sin ser forzado a escoger entre una vida insalubre y el desempleo. También afirma el derecho de aquellos que trabajan en casa de ser libres de los peligros del medio ambiente.

- La Justicia Ambiental protege el derecho de víctimas de la injusticia ambiental para que reciban compensación completa y reparaciones por los daños, como también cuidado médico de calidad.

- La Justicia Ambiental considera los actos

gubernamentales de injusticia ambiental como una violación de la ley internacional, la Declaración Universal Sobre Derechos Humanos.

- La Justicia Ambiental afirma la necesidad por políticas urbanas y ecológicas rurales para limpiar y reconstruir nuestras ciudades y áreas rurales en el balance con la naturaleza, dando honor a la integridad cultural de todas nuestras comunidades, y suministrando acceso justo para todos y extensión completa de recursos.

- La Justicia Ambiental hace un llamado para la sanción estricta de principios de consentimiento informado

- La Justicia Ambiental se opone a las operaciones destructivas de corporaciones multinacionales.

- La Justicia Ambiental hace un llamado para la educación de generaciones del presente y futuro, la cual recalca los asuntos ambientales, basados en nuestra experiencia y un aprecio a nuestras perspectivas diversas culturales.

- La Justicia Ambiental requiere que nosotros, como individuos, hagamos decisiones personales y como consumidores de consumir lo más poco que se pueda de los recursos de la Madre Tierra, y de producir el menos deshecho posible; y tomar la decisión consciente de retar y reorganizar nuestras prioridades de nuestro estilo de vida para asegurar la salud de del mundo natural para las generaciones del presente y futuro.

USTED TIENE LA PALABRA!

CONTRATO DE FLETAMENTO

Licda. Paula Chavaría Bolaños

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

I. GENERALIDADES

II. Concepto de Fletamento

III. Naturaleza jurídica del Contrato de Fletamento

IV. Elementos del Contrato de Fletamento7
a) Elementos personales
Fletante
Fletador
b) Elementos formales
Navegabilidad
Flete
c) Documentación
Póliza de Fletamento
Conocimiento de embarque

V. Modalidades del Fletamento
a) Fletamento por viaje o Voyage Charter
i) Fletamento total
ii) Fletamento parcial de buque
b) Fletamento por tiempo
c) Fletamento a casco desnudo
d) ¿Fletamento a carga general?
e) El Subfletamento

VI. OBLIGACIONES DE LAS PARTES
Fletante
Fletador

CONCLUSIÓN

CONTRATO DE FLETAMENTO

Licda. Paula Chavaría Bolaños

INTRODUCCIÓN

La presente investigación a simple vista podría considerarse una acercamiento a un tipo de contratación (fletamento) que por parte de los profesionales en Derecho resulta de muy poco conocimiento, por no parecer pesimistas, por que en realidad puede serlo nulo. Pero en realidad, y al encontrarme finalizando los estudios del Posgrado en Derecho Comercial, es un lo personal una oportunidad para poner en práctica, aunque sea de forma breve y limitada, los conocimientos adquiridos en el Curso de Contratos Internacionales, donde nos hemos hecho a la mar, en el rico océano del derecho Marítimo.

Nuestro país hace mucho tiempo que dejo de exportar solamente café y banano, además de habernos introducido en el basto mundo de la importación para satisfacer las necesidades del mercado, todo lo cual se augura se incrementará de aprobarse las contrataciones que se encuentran en la mesa sobre libre comercio, por lo tanto ignorar como llegan y salen del país la cantidad de productos que inundan nuestro comercio, cuales son las figuras jurídicas que dan vida a las contrataciones que finalizan en las importaciones y exportaciones, nos deja atrás como profesionales del siglo XXI.

De esta forma, el presente trabajo no solamente me permitirá introducirme brevemente en el mundo de la contratación en su modalidad de fletamento, sino que será una oportunidad de poner en práctica términos y conceptualizaciones propias del Derecho Marítimo, conceptos que para la mayoría de profesionales resultan ser solamente una jerga, cuando en realidad son el resultado de décadas de usos y costumbres, que han llegado a constituirse en verdaderas figuras jurídicas, acatadas de forma universal.

I. GENERALIDADES

El contrato de fletamento es el ejemplo típico de la llamada lex mercatoria, que se caracteriza por el predominio de usos y costumbres, y el actual afan por lograr su unificación.

En esta materia nuestro derecho positivo, está muy alejado del derecho vivo, el cual ha ido evolucionando de conformidad con las necesidades del tráfico moderno, tendiendo a la utilización y regulación de nuevos usos marítimos comerciales, los cuales a su vez abren el paso para nuevas relaciones contractuales.

En los primeros tiempos del desarrollo de la navegación, era muy común que el propietario del buque también lo fuera de las mercaderías transportadas o que se encontrara vinculado por las relaciones societarias a sus dueños. Posteriormente lo común era que el comerciante viajara con las mercancías a bordo del

navío para traficar en los puertos, siendo lo predominante el arrendamiento del espacio utilizado en el buque.

Posteriormente en la segunda mitad del siglo XIX, con motivo del desarrollo y transformación de la navegación, se fueron multiplicando las distintas formas jurídicas o contratos de utilización de los buques, [1] llegando figuras en las cuales el propietario del buque puede utilizarlo para transportar sus propias mercaderías o explotarlo, asumiendo la empresa de navegación y la empresa de transporte, o solamente la primera de ellas.

II. Concepto de Fletamento

Bajo la denominación "contratos de explotación del buque" se reúnen aquellos contratos en los que el buque se utiliza para actividades organizadas empresarialmente, reuniendo terminologicamente[2] a los **contratos de arrendamiento o locación del buque** (objeto del presente estudio), **contrato de pasaje** (contrato de transporte marítimo cuya especialidad reside en servir de transporte a personas y equipajes) y **contrato de remolque** (contrato que tiene como objetivo trasladar por agua otro buque o artefacto remolcado, o para auxiliarle en las maniobras), "siendo que los contratos de transporte de mercaderías quedan sujetos a la categoría general del fletamento, que constituye, sin duda, el contrato más característico del tráfico marítimo"[3], afirmándose que el resto de contratos propios del Derecho Marítimo son accesorios o complementarios del fletamento.[4]

Si nos atenemos a la denominación contractual anglosajona o a la doctrina tradicional francesa, por contrato de fletamento debemos entender todo contrato de utilización del buque mediante el cual una persona pone a disposición de otra, la utilización total o parcial del buque, [5] pero esta denominación no logra distinguir las distintas funciones que tiene a su cargo quien suministra el buque en cada uno de los diversos contratos de fletamentos existentes.

Los contratos de fletamento son utilizados generalmente en el transporte marítimo de cargas homogéneas, y son realizados por **"buques tramp"** (sean aquellos que no tienen una línea regular de transporte, sino que llevan a cabo el transporte de las mercaderías a cualquier puerto, mediando una contratación libre para cada caso concreto, según el mercado de "fletes", para el caso de mercaderías heterogéneas, la práctica ha demostrado que los **"buques liners"** son los más utilizados.

La palabra fletamento tiene diversos significados, se ha mencionado que el término proviene del francés **"affretement",** el cual significa "arriendo", lo cual comparte la doctrina al denominarlo como "arriendo de

---

1 Domingo Ray, José. Derecho de la Navegación. Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 157.

2 Esta reunión se debe a la doctrina italiana, la cual mediante la denominación "utilización del buque" agrupo a todos los contratos que pueden celebrarse sobre la base del buque, a pesar de ser en extremo distintos, y pueden no guardar un nexo en común, yendo desde la locación hasta el contrato de remolque.

3 Sancho Gargallo, Ignacio. op. cit, p. 87.

4 Garriguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, Madrid, España, 1969, p. 649.

5 Domingo ray, José, op. cto, p. 165.

buques” [6], razón por la cual se ha considerado erróneo llamar fletamento al arrendamiento de aeronaves, considerando dicha denominación exclusiva del arriendo de navíos y buques.

Broseta Pont ha definido el fletamento como el contrato mediante el cual “... el fletante pondrá a disposición del fletador, para portear mercancías, bien la total capacidad del buque contratado o bien parte de ella”.[7]

El fletamento engloba una variedad de contratos relativos a la explotación del buque para el transporte de mercaderías, tal y como lo señala Hugo Charny, el fletamento, en su concepción más estricta debe definirse como el contrato por el cual el armador (owner o ship owner en la terminología contractual anglosajona, quien tiene a su cargo la empresa de navegación, entendiendo como tal todo lo referente a la simple traslación en el agua, con todos los riesgos inherentes a la navegación)[8] en compensación del flete pactado, se obliga a efectuar, con una nave determinada, uno o más viajes preestablecidos, o bien dentro del período de tiempo convenido, los viajes ordenados por el fletador en las condiciones establecidas en el contrato. [9]

III. Naturaleza jurídica del Contrato de Fletamento.

La naturaleza del contrato en estudio no resulta de unanimidad dentro de la doctrina, “los principales autores se han pronunciado en contra del concepto que considera al Contrato de Fletamento como un contrato de locación.”[10], existiendo acuerdo en que dicho contrato debe ser analizado como un contrato de transporte en cualquiera de sus formas, tesis que no comparto.

La doctrina alemana parece encontrar un punto medio, al indicar el contrato de fletamento como: a) locación de cosas, consistente en poner el buque a disposición del cargador en condiciones de navegabilidad, y b) señalan al fletamento como contrato de transporte cuando además implica el traslado de mercadería o pasajeros. Posición que al realizar dicha separación olvida la razón de ser del fletamento, sea que el mismo es el medio para el transporte, estando este último presente en todo momento, pero no pudiendo considerarlo elemento esencial o definitorio, la causa del fletamento se halla en el suministro de un conjunto de elementos (vehículo, trabajo, personal), gracias a los cuales se efectúa la navegación.

---

6 Garriguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo V, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987, p. 665.

7 Broseta Pont. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid España, 1977, p. 708.

8 El concepto de armador es un concepto dinámico en relación a su forma estática que sería propietario, es el titular de la empresa de navegación, no tiene por qué coincidir necesariamente con el de transportador, titular de la empresa de transporte, que es quien se compromete al negocio jurídico que se caracteriza por la obligación de entregar en el puerto de destino las cosas recibidas en el embarque. Domingo Ray, Jose. Op. cit, , p. 23 y 24.

9 Charny, Hugo. Fletamento. Editores- Libreros. Buenos Aires, Argentina, p. 29.

10 Malvagni Atilio. Contratos de Transporte por Agua. Editorial Roque de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1956, p. 51

Otra posición jurídica distingue la propiedad del buque, su armamento, la explotación de la navegación y la de transporte, como cuatro operaciones distintas, compartiendo parcialmente la posición anteriormente expuesta.

Se ha considerado[11], que existe fletamento cuando se usa total o parcialmente un buque para el transporte de cargamento a granel, y contrato de transporte cuando se emplea en el embarque de mercaderías heterogéneas de diversos cargadores, clasificación que a todas luces resulta improcedente.

Vale la pena exponer la diferencia que toman como punto de partida los autores, entre locación[12] de cosas y contrato de fletamento. En el primer caso lo consideran cuando el dueño de un buque concede su uso y goce a otra persona, mediante una cantidad determinada de dinero. Pero cuado arma, equipa y emplea el buque en el transporte de mercaderías de un punto a otro recibiendo una retribución pecuniaria, la doctrina señala que estamos frente a un verdadero contrato de fletamento. [13]

No podemos aparejar el Contrato de Fletamento con el de Transporte, situación que parece muchas veces incrementar la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del fletamento, ciertamente este último sirve como medio para el transporte de mercaderías (mediante la utilización del buque se consigue como resultado el transporte de mercaderías), pero posee características que le son propias, una posición intermedia a la ya expuestas es la que ve al contrato de fletamento como locación de cosa y locación de servicios, abarcando las diferentes formas de fletamento que se indicaran de seguido: de cosa en relación al buque por sí mismo como el elemento trascendental del contrato, y de servicios, cuando el armador, dueño o capitán, según sea el caso, se obliga a prestar personalmente o por medio de empleados, el transporte de la mercadería y la dirección del buque.

La posición indicada es compartida por el Profesor Garriguez, quien califica al fletamento como un **arriendo de obra o "locatio operis"[14].**

Debe quedar plenamente deslindada la confusión que se ha dado entre fletamento y contrato de transporte. El fletamento, que no es un simple arriendo del buque, sino que tiene por objeto la prestación de la navegación de la nave por un tiempo determinado o por uno o varios viajes, mientras que el contrato de transporte marítimo se cualifica por la obligación del transportista de transferir de un lugar a otro personas, cargamentos o cosas individuales. Siendo que a pesar de tales diferencias, en la práctica, dicha confusión ha llevado a que el conocimiento de embarque, documento por el cual se formaliza el contrato de transporte, se encuentre desplazando a la Póliza de Fletamento, documento que clásicamente formaliza el contrato de fletamento, donde el conocimiento solamente jugaba un papel probatorio de la carga del buque.

Tenemos que el contrato de fletamento por su parte es un contrato consensual y bilateral, sea

---

11 Ver Gamechogoicoechea, citado por Malvagni Atilio, op. cit, p. 53

12 El contrato de locación se caracteriza por la cesión del uso y goce de la cosa.

13 Obarrio, Manuel. Curso de Derecho Comercial. Tomo III, Editorial Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1924, p. 227.

14 Garriguez, Joaquín, op. cit, p. 653.

que se perfecciona por el consentimiento en el servicio y el precio, y que desde su celebración produce derechos y obligaciones a favor y en contra de las partes contratantes, **siendo el buque el objeto inmediato del contrato, y la finalidad económica de la operación, el transporte de mercaderías por mar.**

Dentro de la naturaleza del fletamento, no debemos perder de vista que aún y cuando el contrato por medio del cual se contrata debe constar por escrito en un documento denominado póliza de fletamento, que se analizará de seguido, su perfeccionamiento no lo determina dicho documento, sino el consentimiento de las partes sobre las condiciones del contrato, sea se trata de un contrato consensual y no real.

IV. Elementos del Contrato de Fletamento

a) Elementos personales: Al hablar de la naturaleza jurídica del contrato de fletamento, se indico que el mismo resulta ser una locación, sea de cosa y de servicios según sea el caso, así como en la forma primaria de un contrato de locación, aparecen el locatario, quien paga el precio, y el locador, el que lo recibe, en el contrato en estudio aparecen el fletador y el fletante.

Fletante: la figura del fletante suele confundirse con la del capitán, quien no actúa en el fletamento en nombre propio, sino como representante del naviero, nuestro Código de Comercio en su artículo 587 señala la posibilidad que tiene el capitán para contratar en nombre del fletante:

"No estando presentes el naviero ni el consignatario de la nave, está autorizado el capitán para contratar por sí los fletamentos bajo las instrucciones que tenga recibidas, y procurando con la mayor solicitud y esmero el fomento y prosperidad de los intereses del naviero."

El fletante es al persona que da en arriendo el buque. Debido a la superposición del fletamento con el contrato de transporte, la doctrina ha definido al fletante como "quien asume la obligación de realizar el transporte"[15], siendo que dicha definición calza para la figura del transportista y no necesariamente en la del fletante.

Como se observará más adelante, para el caso del fletamento a casco desnudo, nada impide que el fletador asuma las veces de fletante frente a terceras personas con las cuales pacte la utilización del buque para el transporte de sus mercaderías.

Fletador: es la persona que toma en arriendo el buque, la que contrata con el naviero la utilización del buque para el transporte a terceros o de mercaderías propias, sea el que recibe el servicio y se obliga a retribuirlo mediante el pago de un precio.

b) Elementos formales: Son estos elementos quienes viene a marcar la diferencia entre fletamento y contrato de transporte, estos tienen que ver con la materialidad en el contrato, sea aquellos aspectos como lo son en primerísimo lugar el buque, así como algunos datos importantes acerca del navío que son tomados en cuenta a la hora de

15 Ver Garriguez Joaquín y Ruiz de Velasco y del Valle, Adolfo, op. cit.

contratar, la navegabilidad[16] del mismo (no solo desde un punto de vista abstracto y genérico, sino concreto, en relación al viaje al destino específico del contrato), en la cual radica la ejecución del contrato.

Es práctica actual, que aún y cuando se indique en la Póliza de Fletamento, que el buque se encuentra fuerte, sano de quilla (pieza de madera o hierro que va de la proa o popa por la parte inferior del buque y en la que se asienta toda su armazón[17]) y costados, y en la generalidad de los aspectos equipado para el viaje, se incluyen cláusulas por medio de las cuales el capitán del barco se reserva la facultad de transbordar en todo momento las mercaderías a otro buque.

Ciertamente el buque es el elementos inmediato del contrato de fletamento, pero en los contratos pactados con líneas regulares (se presentan en forma periódica entre puertos preestablecidos, donde los fletes son idénticos para todos los cargadores y la frecuencia del servicio se ajusta a la demanda), le es indiferente al fletador cual sea el buque en el cual se transporten sus mercaderías, dado que los mismos ya están fijados de antemano en relación a las rutas establecidas.

En cuanto a la **NAVEGABILIDAD**, la obligación del fletador de emplear la debida diligencia en poner el buque en condiciones de navegabilidad es indelegable, siendo que el capitán[18], como delegado del armador, debe constatarse la misma al comienzo y durante el viaje, siendo que dicho término se refiere tanto a los aspectos técnicos, como al viaje y a la carga.

Dentro de los elementos reales se encuentra **EL FLETE (freight** en inglés o **fracht** en alemás y **nolo** en italiano[19]), o pago del precio derivado del contrato de fletamento, siendo que existen variedad de fletes, sea formas de pago: **flete ganado o adquirido:** cuando a pesar de ocurrir una fuerza mayor que motive la pérdida de la mercadería, subsiste la obligación de pagar el flete convenido, osea el precio pactado, **flete cobro** cuando en caso de incumplimiento, el transportista tiene a su favor un derecho privilegiado, y en caso de negación de pago, solicita al Juez la venta de la mercadería para el efectivo pago. Dependiendo de su composición, sea de las obligaciones para fletante y fletador, se derivan una serie de subtipos: **flete FO,** no incluye gastos de descarga, **flete FIO,** no incluye ni carga, descarga, estiba no gastos de descarga o desestiba, entre otros.

c) Documentación:

i) Póliza de Fletamento: es el documento que se utiliza para probar el contrato de fletamento, bien lo dispone el numeral 678 del Código de Comercio:

“Para que los contratos de fletamento sean obligatorios en juicio, han de estar redactados por escrito en una póliza de

16 El concepto de navegabilidad ha sufrido una evolución. Al principio se refería exclusivamente al casco, con el objeto de que pudiera resistir todos los eventos propios de la navegación, posteriormente se incluyo el equipo del buque y su aprovisionamiento, y luego irrumpió en el escenario marítimo la idoneidad del buque respecto alcargamento.

17 Pérez Vargas, Víctor, Antología Curso Contratos Internacionales, Posgrado de Especialidad de Derecho Comercial, Universidad de Costa Rica, 2006, p. 415

18 El capitán es el director de abordo, y sus funciones pueden dividirse en las siguientes categorías: náutica, de seguridad, comerciales, administrativas y laborales.

19 Víctor Pérez, Antología Contratos Internacionales, op. cit, p. 398

fletamento, de que cada una de las partes contratantes debe recoger un ejemplar firmado por todas ellas."

Su denominación inglesa **"chartepartie"** es la mas conocida**,** la cual deriva de la conocida carta partita, o documento roto o partido, lo cual refiere a la antigua práctica de escribir las condiciones estipuladas en un pergamino, el cual se partía a la mitad, proporcionando una mitad a cada uno de los contratantes. Existen gran cantidad de pólizas de fletamento tipo, siendo que dependiendo de la importancia del fletante, poseen estos sus propios modelos, generalmente cuando están referidas a grandes compañías navieras. A pesar de lo indicado, la mayoría de estas pólizas son de tiempo atrás, sin que se produzca una renovación en esta materia.

Este documento debe contener entre otros aspectos: la fecha del contrato, los nombres de los contratantes, las características y el nombre del buque (clase, matrícula, nacionalidad, porte, tonelaje, potencia, velocidad, consumo de combustible, entre otras), debe indicar cual será el recorrido o el tiempo del fletamento, el monto del flete a pagar, los términos de utilización de la nave, cláusulas de responsabilidad, averías, días de plancha y demora, aspectos todos y más que incluye el artículo 677 del Código de Comercio a la hora de señalar los requisitos del contrato de fletamento.

ii) Conocimiento de embarque: este tipo de documento cumple tres funciones fundamentales: es recibo de la mercadería a bordo, es título representativo de la mercadería a bordo, y es el documento que instrumenta el contrato de transporte, puede además ser expedido a al portador, a la orden o ser de tipo nominativo. Debido al desarrollo de la navegación, en nuestros días el "bill of landing" como se le conoce por su denominación anglosajona, no se limita solamente a conocer cual es la carga y en qué condiciones se encuentra, sino que su función va más allá, aún así esta es la función que le otorga nuestra normativa:

"Si se llegare a recibir el cargamento no obstante que no se hubiese solemnizado en la forma debida el contrato de fletamento, se entenderá éste celebrado con arreglo a lo que resulte del conocimiento, cuyo documento será el único título por donde se fijarán los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del fletador en orden a la carga." (artículo 679 del Código de Comercio)

Según las Reglas de Hamburgo de 1978, por conocimiento de embarque se entiende: "un documento que hace prueba de un contrato de transporte náutico y acredita que el porteador ha tomado a su cargo o ha aceptado las mercaderías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra presentación de documento.

En síntesis, el conocimiento de embarque estipula en que consiste la carga, descripción, marcas, números de identificación, número de bultos embarcados, cantidad de artículos contenidos en cada bulto, peso y medida, toda esta información es suministrada por el cargador al transportista, de lo cual se deja constancia para evitar responsabilidades por parte del naviero. Además mediante este documento, su portador puede retirar las mercaderías de la aduana, representando de esta forma su carácter circulatorio.

V. Modalidades del Fletamento

El desarrollo de la práctica navegatoria y negocial, ha dado lugar a diversas figuras[20] que reglamentan contractualmente el transporte de mercaderías por mar.

Tal y como se señalo supra, en cuanto a la naturaleza del contrato de fletamento, dichas discusiones han influido en cuanto a las modalidades de fletamento, llegándose a ubicar la tradicional división de: fletamento a casco desnudo, por tiempo y por viaje, como arrendamiento del buque, time charter y fletamento propio, centrándose la diferenciación en que en el llamado "fletamento a casco desnudo" el propietario del buque no es ya más el naviero, sino que dicha posición va a ser ocupada por el fletador, quien asume tanto la dirección comercial como la náutica, que en el restos de modalidades queda en manos del propietario. Siendo que con esta división se deja de lado que en todo momento, y en todos los tipos de fletamento, existe una cesión del buque por parte del naviero, radicando la diferencia en el cese o mantenimiento de la dirección náutica.

En el derecho anglosajón, se hace la siguiente diferencia: **a) locatio navis et operarum magistri**, donde se arrienda el buque equipado, permaneciendo su tenencia en el propietario, **b) locatio navis,** se arrienda el buque armado pero isn tripulación, se transfiere la tenencia al locatario, y **c) locatio operis vehendarum mercium,** contrato para el transporte y entrega de mercaderías.[21]

a) Fletamento por viaje o Voyage Charter: El buque quedará a disposición del fletador en su totalidad, ya sea para utilizarlo para uno o varios viajes. Por su parte el fletador quedará obligado a la realización del o los viajes que disponga, a proteger y custodiar la mercadería transportada, y a pagar el precio del flete. Deberá a su vez asumir el pago de los gastos de carga y descarga en los puertos. El fletante asume la llamada empresa de navegación y la de transporte, sea que además de la obligación de hacer navegar el buque se une la responsabilidad típica de trasladar la mercadería al puerto designado.

Los viajes pueden ser varios de forma sucesiva, de ida o de ida y vuelta, siendo que a este último se le llama **viaje redondo o "trip charter",** existiendo cierta discordia con la clasificación del viaje redondo en la categoría de fletamento por viaje o fletamento por tiempo, que analizaremos más adelante, dado que se paga el flete en razón del tiempo empleado en la realización del viaje, conjugando por ello elementos de los dos subtipos de contratos**.** Para resolver tal situación se ha resuelto estarse al contenido material del contrato, en relación a la facultad del fletador de decidir sobre el empleo comercial de buque, ante lo cual se estará ante un fletamento por tiempo.

Tenemos a su vez que este tipo de fletamento puede serlo respecto a la totalidad o a una parte del buque, respondiendo así a diversas exigencias económicas:

i) Fletamento total: Es la modalidad más tradicional, viene en la mayoría de las

---

20 Contracts of affreightment, en su concepción anglosajona.
21 Charny, Hugo. Op. cit, p. 26.

ocasiones determinado por la utilización de determinado buque, siendo que el buque se pone a disposición del fletador en un punto convenido y en buen estado de navegabilidad, residiendo la utilidad económica en la plena disponibilidad del navío por parte del fletador, ya que es éste quien decide sobre el momento oportuno para efectuar el viaje. En este tipo de fletamento no resulta de necesaria importancia el estipular en el respectivo contrato que clase de mercadería se ha de transportar, ya que debido a las características apuntadas, por el contrario debe indicarse que el fletador puede embarcar toda la mercadería que admita la cabida del buque.

ii) Fletamento parcial de buque: Esta modalidad supone que los fletadores tienen una especie de coposesión sobre la nave[22], puede celebrarse por cantidad alzada sea teniendo en cuanta para el pago del flete, el conjunto de la carga, sin tener en cuenta su peso ni la cavidad del buque que pueda ocupar, por toneladas o por quintales, según se tome en cuenta el espacio o el peso de la carga

b) Fletamento por tiempo: Se le conoce por su acepción inglesa **"Time Charter",** donde el armador o propietario conservará la tenencia del buque, y lo pone a disposición del fletador, armado, dotado y equipado para navegar por un determinado tiempo, realizando con el mismo los viajes que indique el fletador, y dentro del término y en las condiciones previstas en el contrato, o las que los usos establezcan.

En el fletamento por tiempo, los transportes específicos que han de realizarse durante la vigencia del contrato no se especifican al celebrarse el contrato, sino que el fletador los irá indicando durante el desarrollo contractual.

En este tipo de fletamento, el propietario conserva la tenencia y dirección náutica[23] y técnica del buque, pero atribuyendo al fletador la dirección comercial de la operación, siendo este quien contribuya a los gastos de explotación según se estipule convencionalmente. Por lo tanto el armador o fletante nombra al capitán, los oficiales y la tripulación, paga sus salarios y alimentación, todos se configuran como dependientes del fletante, respecto a este punto señala nuestra normativa en el artículo 564 y 565 del Código de Comercio:

"Al naviero pertenece privativamente hacer todos los contratos respectivos a la nave, su administración, fletamento y viajes, y el capitán o maestre de la nave deben arreglarse a las instrucciones y órdenes que reciban del mismo, quedando responsables de cuanto hagan en contravención de ellas."

"También corresponde al naviero hacer el nombramiento y ajuste del capitán; pero si tuviere copartícipes en la propiedad de la nave, deberá hacerse dicho nombramiento por la mayoría de todos los partícipes."

Además el fletante cubre las reparaciones y todos los gastos inherentes a la nave; mientras el fletador paga el combustible, los gastos de puerto y canales, así como los gastos que genere la carga, pasando el capitán nombrado por el fletante, a depender de las ordenes del fletador únicamente a lo que explotación comercial se refiera.

---

22 Garriguez Joaquín, op. cit, p. 659.

23 Traslación del Buque en el agua, sea la navegación, se trata de un concepto esencialmente jurídico, también se le ha denominado como transporte técnico o náutico. Domingo Ray José, op. cit, p.24.

En este tipo de contratos, el fletador puede asumir las veces de fletante, cuando se transporta mercadería de terceros, con los cuales el fletador inicial ha concertado un contrato de fletamento, ocurriendo una superposición de contratos de explotación del buque[24]. En este caso existe un armador fletante que constituye una empresa de navegación y que se obliga únicamente a hacer navegar el buque, y un fletador transportador que se obliga, respecto de los cargadores a transportar y constituye por lo tanto una empresa transportadora.

Un elemento diferencial en este tipo de fletamento radica en la responsabilidad del fletante o armador respecto a la navegabilidad del buque, siendo que en la práctica se considera que el buque debe estar en estado de navegabilidad al comienzo, sea al momento de ponerse a disposición del fletador, pero que esta obligación no se renueva en cada viaje, a menos que contractualmente se establezca lo contrario. De lo anterior se colige que el buque deberá estar en condiciones adecuadas en todos sus aspectos como para poder cumplir con los viajes que podrá indicar el fletador, o de acuerdo a la zona geográfica y al tipo de carga que en general se prevé, no siendo posible obligar al fletante a prever lo necesario para cualquier tipo de carga que pueda estar en libertad de transportar el fletador.

c) Fletamento a casco desnudo o "bare board charter"[25]: En el Derecho marítimo francés se le denomina **"Affretement a Coque Nue"**, y comúnmente se le llama Contrato de Arrendamiento o de locación, dado que el propietario del buque, sin armarlo lo entrega al fletador para que lo use a su conveniencia por el tiempo contratado, sea que el barco no se encuentra en condiciones de navegar, de lo cual ha de encargarse el fletador, este ha de asumir el carácter de armador responsable, debiendo nombrar al capitán y a la tripulación.

Esta clase de fletamento es uno de los menos utilizados, dado el alto valor de los buques, el riesgo que implica la operación total de la gestión náutica y sobre todo, debido al hecho de que el fletamento por tiempo satisface las necesidades de quienes deseen disponer del buque, sea para sus propias necesidades de transporte o para ponerlo a disposición de la demanda de servicios de transporte.

Como se dejo ver al inicio de este apartado, se ha dejado entrever el disgusto de clasificar este tipo de fletamento como tal, indicándose que en caso de que el transporte como empresa no corra a cargo del naviero o propietario del buque, sino a cargo de quien obtiene el uso de la nave y la destina a realizar transportes a terceros, más que un contrato de fletamento es un contrato de arrendamiento[26]; posición que pierde de vista la naturaleza misma del contrato de fletamento expuesta en un inicio, pero la doctrina resuelve este traspié indicando que dicho "arrendatario" toma la posición del naviero, y entre este y quienes contraten con él si existirá un fletamento propio. Por estas razones este tipo de fletamento es considerado como de "locatio rei", sea locación de cosa, y no de servicio como se caracterizó en un inicio al Contrato de Fletamento.

---

24 Sancho Gargallo, Ignacio, op. cit. p. 157.

25 Debe quedar claro que la locación que se realice respecto al buque en este tipo de contratos, debe tener como fin la navegación, de lo contrario si la finalidad del contrato lo es el destinar el buque para hotel o restaurante, la cosa objeto del mismo dejaría jurídicamente de considerarse buque y nos encontraríamos frente a un simple contrato de locación civil.

26 Garriguez, Joaquín, op. cit, p. 654.

Debido a la evolución de diversas figuras jurídicas, se tiende a facilitar este contrato de utilización del buque mediante los contratos leasing, donde se financia al locatario armador, quien tiene a su vez la opción de compra sobre el buque, siendo que en definitiva se convertirá en propietario del mismo.

d) ¿Fletamento a carga general?: No comparto la tesis de ubicar este tipo de "transporte" dentro de la caracterización de tipos de fletamento, iniciando con que dicho contrato se formaliza mediante la póliza de desalmacenaje, [27] a diferencia del fletamento que lo es mediante la póliza de fletamento, además que la mayoría de las legislaciones lo denominan "transporte marítimo de cosas determinadas", el cual se realiza de forma general mediante líneas regulares, a diferencia de la utilización de tramps en el fletamento, siendo que el mismo se refiere a aquel contrato mediante el cual el transportador se compromete a transportar la mercadería que cualquier persona desee enviar a los puertos de escala o destino programados en el viaje.

e) El Subfletamento: El fletador de un buque, tal y como se indicó supra y de no existir cláusula en contrario, puede "locar" a su vez el buque que le ha sido dispuesto, pero igualmente queda obligado hacia el armador y respondiendo ante este por el cumplimiento del contrato, siendo que este último puede ejercer una acción directa en contra del subfletador. Este sub- arriendo puede serlo por la totalidad del buque o por una parte del mismo

A su vez podrá el fletador ceder a un tercero el derecho a cargas mercadería en el buque que él inicialmente contrato.

VI. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Fletante:

a) Tener el buque a disposición del fletador en el lugar y tiempo convenidos, no pudiendo salvo consentimiento expreso, tener un buque distinto dl que se ha pactado en la póliza de fletamento.

b) Ejercer la debida diligencia para colocar el buque en estado de navegabilidad y mantenerlo en tales condiciones durante la vigencia del contrato, así como convenientemente armado y equipado, (claro está excepto en el caso del fletamento a casco desnudo), todo ello a la vista de lo establecido en la póliza de fletamento y de acuerdo al fin para el que va a ser destinado el buque, bien señala nuestro Código de Comercio en su artículo 578, la responsabilidad del naviero en caso de exceder la capacidad del buque:

"Si un naviero contratare más carga de la que debe llevar su nave atendida su cavidad, indemnizará a los cargadores, a quienes deje de cumplir sus contratos, todos los perjuicios que por su falta de cumplimiento les hayan sobrevenido."

c) Debe tener el buque la documentación necesaria para navegar, lo cual debe apreciarse en cada caso en concreto.

d) Debe hacer las reparaciones y revisiones precisas para conservar la navegabilidad del buque.

---

27 Hugo Charny, op. ct, p. 43

Fletador:

a) Pagar el flete convenido.

b) Recibir el buque en el lugar y fecha convenidos, esta obligación es colateral a la del fletante de entregar el buque expresamente en la póliza de fletamento.

c) Utilizar convenientemente el buque, ello de acuerdo a las características del mismo, y dentro de los límites del contrato de fletamento.

CONCLUSIÓN

Realmente el hacer un breve recorrido por las principales características del Fletamento, como parte de las instituciones del derecho marítimo, nos demuestra los vastos conocimientos que aún nos faltan por alcanzar, entiéndase que nuestro país posee puertos de relevancia, además de contrataciones internacionales de gran envergadura, las cuales requieren de un marco normativo ágil y contemporáneo, en constante evolución para satisfacer las necesidades de propios y extraños. Resulta irrisorio que la regulación que rige la materia date de 1853, donde la mayoría, por no decir todos, los artículos o resultan obsoletos o necesitan de una actualización urgente, no reflejan la realidad del comercio marítimo nacional. El transporte marítimo, clave de la economía internacional ha sido utilizado durante siglos, ha evolucionado y lo continuará haciendo, no podemos dejar a nuestros comerciantes solamente al amparo de los usos y costumbres internacionales, que aunque sean la fuente del comercio internacional, muchas veces pueden perjudicar a los pequeños peces de un océano inmenso.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo, Ignacio. Compendio de Derecho Marítimo. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002.

Ascoli, Próspero. Del Comercio Marítimo y de la Navegación. Volúmen I, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, 1953.

Beltrán Montiel, Luis. Curso de Derecho de la Navegación. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987

Bolaños González, Yazmín. El uso del contrato de fletamento en la legislación comercial marítima costarricense. Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho, Universidad Panamericana, 1996.

Broseta Pont. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid España, 1977

Charny, Hugo. Fletamento. Editores- Libreros. Buenos Aires, Argentina

Consejo General del Poder Judicial. El contrato de transpote. Manual de Formación Continuada, Volumen I, Madrid, España, 2002.

Cortés Giró, Vicente. Transporte y Seguros de Mercancías. Casa Editorial, Madrid, España, 1958.

Domingo Ray, José. Derecho de la Navegación. Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994

Garriguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II y V, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987

Malvagni Atilio. Contratos de Transporte por Agua. Editorial Roque de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1956

Obarrio, Manuel. Curso de Derecho Comercial. Tomo III, Editorial Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1924

Pérez Vargas, Víctor, Antología Curso Contratos Internacionales, Posgrado de Especialidad de Derecho Comercial, Universidad de Costa Rica, 2006

Ripert, Georges. Compendio de derecho Marítimo. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

OBLIGACIONES DEL CARGADOR, ETIQUETAMIENTO Y EMBALAJE EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO

Licda. Paula Arroyo Rojas

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. CONCEPTOS GENERALES.
Cargador.
Porteador.
Consignatario.
Etiquetamiento.
Embalaje.
Transporte Marítimo.

III. DERECHOS DEL CARGADOR.

IV. OBLIGACIONES DEL CARGADOR.

Declaración del cargador.

V. OBLIGACIONES DERIBADAS DEL ACTUAR DEL CARGADOR.

VI. EFECTOS PARA EL CARGADOR.

VII. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO.

VIII. EMBALAJE Y MARCAS.

IX. TIPOS DE INDICACIONES EN EL EMBALAJE.

X. EL CARGADOR EN COSTA RICA.

XI. CONCLUSIONES.

XII. BIBLIOGRAFIA.

OBLIGACIONES DEL CARGADOR, ETIQUETAMIENTO Y EMBALAJE EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO

Licda. Paula Arroyo Rojas

I. INTRODUCCIÓN.

Al referirse a las obligaciones del cargador, nos encontramos ante la problemática que éstas se encuentran manejadas por una serie de usos y costumbres comerciales que pocas veces se encuentran reguladas en algún cuerpo normativo, ni expresadas documentalmente por la doctrina, lo cual genera incertidumbre pues al no estar definidas de ésta manera solo las personas que se encuentran en el medio del Trasporte Marítimo conoce y maneja sus alcances.

Es importante anotar que la naturaleza internacional del Trasporte Marítimo hace mas difícil definir una normativa o reglamentación aplicable, por lo que se recurre a algunos principios generales aceptados a nivel mundial para su aplicación, claro esta que los países tiene en general tiene normas al respecto, sin embargo; en algunos casos, como en nuestro país es sumamente paupérrima, y en otros, no se tiene los alcances debidos, como lo es el caso de España.

Así las cosas analizaré los conceptos de los términos básicos para el entendimiento del tema de marras, para luego analizar los derechos del cargador, sus obligaciones y efectos de éstas, así como las obligaciones derivadas de las partes del contrato marítimo. Respecto a la carga, embalaje y estiba de mercaderías indicaré su manejo, y los tipos de etiquetamiento que en la mercadería se pueden llegar a dar. Finalmente se dará una referencia al campo nacional, indicando como los empresarios costarricenses manejan el Trasporte Marítimo y las obligaciones de la figura en estudio, el cargador.

II. CONCEPTOS GENERALES.

Para llegar a comprender el tema de las obligaciones del cargador se deben esclarecer algunos conceptos de relevancia, los cuales se indicaran a continuación.

Cargador.

Para el tratadista Codera Martín el cargador es la "…persona o entidad que tiene la obligación de entregar al porteador las cosas objeto del contrato de trasporte, debe pagar le porte acordado, salvo que se estipule que lo pague el consignatario, puede interrumpir el trasporte, indemnizando al porteador y de varias el destino de las cosas trasportadas, siempre que no se aparte de lo acordado…."[1]. También se define como "…toda persona física o jurídica que por si o por medio de otra que

1 CODERA MARTIN (JOSE Mª), Diccionario de Derecho Mercantil, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982 Pág. 59.

actué en su nombre o por su cuenta, celebre un contrato de transporte de mercancías con un porteador…."[2].

De lo anteriormente indicado se dice que el cargador es toda aquella persona que contrate con un transportista para que le transporte determinada mercadería, surgiendo de esta relación una serie de obligaciones y derechos tanto entre el cargador, porteador y consignatario.

Otros vocablos utilizados como sinónimos de cargador son expeditor, remitente o consignante.

Porteador.

Esta figura se entiende como "….la persona o entidad que se obliga mediante un precio convenido, llamado porte, a trasladar de un lugar a otro, bajo su responsabilidad, las cosas objeto del contrato de trasporte recibidas en tiempo y forma convenidos del cargador y a entregarlas en la misma forma en el plazo pactado al consignatario estipulado en la carta de porte, tiene la facultad fundamental de cobrar el porte y los gastos ocasionados por las mercancías durante el transporte, así como de proceder a la venta judicial de los efectos transportados su corriesen grave riesgo de perderse…."[3].

Es importante recalcar que el porteador es el que realiza el transporte, sea en el medio que escojan las partes, por lo que se realiza es un Contrato de Transporte de mercadería no del medio por el cual se realiza el mismo, (buque, avión, etc.), lo cual se referiría al Contrato de Fletamento.

Consignatario.

Se entiende como "…… la persona o entidad a quien el porteador debe entregar las cosas objeto del contrato de transporte en la misma forma en que las recibió del cargador, y en el plazo convenido si se hubiere pactado, contra pago del porte, si no lo hubiere pagado ya le porteador. Tiene la facultad de rehusar hacerse cargo de las cosas transportadas cuando éstas hayan quedado inutilizadas para su venta o consumo o se haya retrazado su entrega por culpa del porteador. El cargador y consignatario pueden ser la misma persona…."[4].

Etiquetamiento.

Para el Diccionario de la Real Academia no existe la palabra etiquetamiento, por lo que para entender su significado se puede referir a la palabra etiqueta, siendo ésta, "…..la marca, señal o marbete que se coloca en un objeto o en una mercancía, para su identificación, valoración y clasificación…."[5], en este orden de ideas, se deduce que etiquetamiento es el colocar las etiquetas a determinados productos, siendo en el transporte marítimo las indicaciones que deben tener los bienes la momento de ser transportados de un lugar a otro. La persona que debe realizar el etiquetamiento, o la colocación de las marcas de identificación de la mercadería en términos generales es el cargador.

---

2 PEREZ UMAÑA (DANIEL), El valor jurídico de las indicaciones en el embalaje en el transporte Aéreo Internacional de Mercancías, tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Pág. 74.
3 CODERA MARTIN (JOSE Mª), op cit, Pág. 204.
4 CODERA MARTIN (JOSE Mª), op cit, Pág. 78.
5 www.elcastellano.org/diccio.html.

Embalaje.

Se refiere a la "….caja o cubierta con que se resguardan los objetos que han de transportarse…"[6].

Cumpliendo el embalaje la mercancía será aceptada para ser trasportada, ya que ésta debe ser manipulada, almacenada, cargada y descargada según las indicaciones que se indique en el etiquetamiento de la mercadería.

Transporte Marítimo.

El Transporte Marítimo tiene dos acepciones, el de cosas y el de personas, para los efectos del presente trabajo me referiré al transporte de cosas, entendiéndose éste como "…..el contrato consensual en virtud del cual una persona o entidad, denominada fletante, se obliga, mediante un precio convenido llamado flete, a trasladar de un puerto a otro, bajo su responsabilidad, mercaderías entregadas para este fin, por otra persona, llamada cargador, a bordo de un buque determinado, destinadas a una tercera persona conocida con el nombre de consignatario…"[7].

De igual manera debe recordarse que el contrato de Transporte Marítimo y el de Fletamento son totalmente distintos, y que en el primer contrato mencionado se habla de flete como el precio que se debe pagar por el pago del contrato de marras.

III. DERECHOS DEL CARGADOR.

En le presente Contrato de Transporte Marítimo, el cargador posee una serie de derechos que son importantes de analizar, entre los cuales se tienen:

Pretender la realización del transporte en el plazo y los términos indicados en el contrato y en el B/L.

Tener la seguridad de que si la mercadería sufre algún daño será restituida. Siempre que el daño no sea culpa del mismo (cargador).

Accionar en seis meses si existe algún problema con la mercadería mientras fue transportada.

Aplicar el seguro que la Naviera tiene para efectos de daños de la carga.

Tener accesoria previa de cómo cargar la mercadería que pretende trasportar se a según su peligrosidad o características.

En cuanto a los contratos que se realizan con las navieras que residen en Costa Rica se aplican las normas del Código de Comercio artículos 323 y siguientes y a las indicaciones del B/L. Generalmente el contrato de las partes se encuentra estipulado en la parte reversa del mencionado B/L[8].

IV. OBLIGACIONES DEL CARGADOR.

El cargador tiene una serie de obligaciones de vital trascendencia, las cuales, debe cumplir a cabalidad para el cumplimiento exitoso del transporte requerido.

Entre las obligaciones principales tenemos:

---

6 www.elcastellano.org/diccio.html.
7 CODERA MARTIN (JOSE Mª), op cit. Pág. 274.
8 Entrevista al señor GUSTAVO MONGE, CMA CGM, Becker & Brammer S.A.

* Pagar el precio del transporte, según lo pactado en las negociaciones con la empresa transportista, la cual generalmente es una naviera. En estos casos las conversaciones previas a la finí quitación del contrato de transporte se realizan mediante coreo electrónico o llamadas telefónicas, concretando fecha del transporte, lugar, y tipo de mercadería, para que luego la factura de la naviera se constituya contrato entre las partes, junto con el B/L[9].

* Indicar el tipo de mercadería que se va a transportar, según la peligrosidad de la misma, su nivel de flameabilidad, y su posible descomposición en caso de productos perecederos. Asimismo como etiquetar y embalar de la manera correcta la mercadería que se pretende transportar.

* Entregar al transportista todos lo documentos que se requieran para realizar el transporte de la mercadería, como lo es los permisos de Salud entre otros.

Es imprescindible anotar que las reglas de La Haya –Visby no realizan un análisis exhaustivo del contrato de estudio, trayendo como consecuencia que las obligaciones del portador se indican claramente, sin embargo, las del cargador se deducen de las anteriores y de las normas que configuran la naturaleza del contrato. Es así como se identifican cuatro obligaciones del cargador, las cuáles se aplican en la doctrina y *Derecho Español*, las cuales son:

Entrega de la mercancía al porteador: el cargador que acuerde el transporte de las mercaderías en régimen de conocimiento de embarque debe ponerlas a disposición del porteador, para que surja la obligación de éste de transportarlas, en estas entregas se utilizan los INCOTERM.

Descripción de la carga: Debe el cargador indicar la información acerca de las marcas principales para la identificación de la carga, así como la cantidad, peso, volumen, o numero de bultos que debe aparecer ene. Conocimiento de embarque emitido por el porteador, lo anterior sin perjuicio de la declaración realizada por el porteador acerca del estado del estado y condición aparente en que se encuentra la carga, el cargador puede señalar también los efectos del limite de la responsabilidad, naturaleza y valor económico de la carga. El cargador responde al porteador de las inexactitudes de su declaración.}

Pago del Flete: Al ser un contrato sinalagmático, el pago el pago del flete es propiamente la contraprestación debida al transporte de las mercancías asumida por el porteador. Es revelante indicar que las reglas de la Haya-Visby no indican nada al respecto.

Retirada de las mercancías en el lugar de destino: Al cumplir la obligación de transporte por el porteador, el cargador o el destinatario de la carga deberá retirarla, previa exhibición del titulo que le legitime para ello, (B/L), si el titular es un tercero, no el cargador, y el flete es debido o existen gastos generados por el transporte que gravan la carga, el consignatario no estará obligado frente al portador a retirar la mercancía.(lo anterior según la el Código de Comercio Español en su articulo 665)[10].

9 Entrevista al señor GUSTAVO MONGE, CMA CGM , Becker & Brammer S.A.

10 El contrato de transporte, Manuales de Formación Continuada, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Volumen I, Madrid, 2002.El contrato de transporte, Manuales de Formación Continuada, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Volumen I, Madrid, 2002.

Declaración del cargador.

La declaración del cargador es una de las Obligaciones de éste de mas importancia, el porteador tiene el derecho de conocer el contenido de los bultos que este va a transportar, en el Código de Comercio Español, el porteador tiene la facultad de registrar los bultos si tiene sospecha fundada de falsedad en la declaración del contenido. Asimismo el Convenio CMR del 19 de mayo de 1956, que aunque regula lo concerniente al transporte internacional por carretera, indica que el transportista debe revisar el peso de los bultos que transporte, asi como cobrar los gastos que le produjeran la verificación de la carta de porte, lo cual se aplica a los contratos Marítimos, en cuanto el porteador puede verificar que es lo que esta transportando.

Según lo indagado al señor Gustavo Monge, de CMA CGM ellos se conforman con la declaración que realiza el cargador, exonerándose de toda responsabilidad al respecto.

V. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACTUAR DEL CARGADOR.

El cargador asume una serie de obligaciones derivadas de su actuar, como lo es:

Marcar la carga adecuadamente de la manera mas completa posible.

Ofrecer al transportista una información completa y veraz para que éste pueda avaluar si la carga se encuentra marcada de la forma adecuada.

Cumplir con las rectificaciones que se le sugieran por parte del porteador de manera justificada, siendo procedente pagar un costo adicional por los gastos adicionales por el cuido de la mercadería[11].

De tal manera, las indicaciones del embalaje son parte de la voluntad de las partes al realizar el contrato, de las cuales generan una serie de derechos y obligaciones de carácter particular, sea por el caso de mercadería involucrada y por lo que pretendan las partes del Contrato de marras.

VI. EFECTOS PARA EL CARGADOR.

Si se analizan cuales son los efectos del Contrato de Transporte para el cargador, nos debemos referir primeramente al hecho de que debe cumplir el contrato en estudio, para que posteriormente tenga la facultad legal de exigir el traslado de la mercadería y la entrega de la misma en el destino pactado. L a obligación de transportar no es exigible hasta tener la mercadería en su poder, con lo cual surge la obligación de entregar esta, por ello, aunque el perfeccionamiento del contrato es al firmar y acordar éste, hasta no haber entrega de la mercadería no hay nada que reclamar por parte del cargador[12].

Otro efecto que recae sobre el cargador es la obligación de pagar el precio del transporte,

---

11 PEREZ UMAÑA (DANIEL), El valor jurídico de las indicaciones en el embalaje en el transporte Aéreo Internacional de Mercancías, tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Pág. 195-196.

12 BESES MIGUEL (Rafael), BESES MIGUEL (M° Dolores), Transporte, compraventa y responsabilidades, Edisofer, Libros Jurídicos, Madrid 2005. Pág. 245.

para el Código de Comercio Español no interesa quien sea la persona que va a realizar el pago, sino que el mismo se realice, por ello respalda el pago en el cargador, el fletador, el consignatario o sobre las mismas mercaderías, sin embargo, el hecho de suscribir el contrato de transporte con el cargador, configura a éste como el principal obligado al pago, ya que éste fue el que contrato.

VII. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO.

Según lo anteriormente indicado, en el Contrato de Transporte, las partes que lo conforman son el porteador, el cargador y del destinatario o consignatario, en donde generalmente el porteador es una Naviera dedicada al transporte de bienes muebles perecederos o no, el cargador habitualmente es una empresa o comerciante que requiere colocar sus productos en el extranjero, y el destinatario puede ser la misma empresa del cargador, o un comprador de la mercadería transportada.

Por parte del porteador la obligación que se deriva del contrato es el transportar los bienes al lugar acordado, según sean las indicaciones del cargador, generalmente este transporte goza de un seguro, el cual cubre los daños que fueren culpa del porteador, claro esta, que los daños por fuerza mayor no están incluidos como elemento que cubra el seguro. En el caso de que el porteador sea una naviera, debe éste dar accesoria al cargador respecto a la mercadería que va a transportar, debe indicarle cual tipo de conteiner prefiere según sea el caso, (puede ser carga refrigerada por ejemplo), luego de esto el contenedor se envié a la empresa o local del cargador, para que éste realice la estiba y embalaje de la mercadería y entregue la declaración de los bienes, posteriormente el porteador le pone al conteiner un marchamo, que es una especie de dispositivo de seguridad, con un numero único, el cual va en el B/L, con lo que se distingue el conteiner, si el marchamo se rompe por alguna razón, el destinatario no debe recibir la mercadería.

Este conteiner será transportado según lo indique el B/L o conocimiento de embarque a su lugar de destino.

El cargador tiene la importante obligación de indicarle al porteador (naviera), cual es la naturaleza de la mercancía que esta transportando, con el fin de que ésta no produzca daños a otras mercaderías al momento de transportarse y llegue a sus destino en excelente estado, a su vez el cargado debe cancelar el monto del flete.

Respecto al destinatario, generalmente su función es recibir la mercadería, siempre que se encuentre en las condiciones pactadas por el porteador y el cargador, no debe este cancelar ningún monto de transporte, salvo que este estipulado entre las partes. Debe entenderse que el destinatario no es un depositario, sino la persona o ente que recibe la mercadería[13].

VIII. EMBALAJE Y MARCAS.

Como se ha estado analizando, el embalaje es de suma transcendencia para el éxito

13 Entrevista al señor GUSTAVO MONGE, CMA CGM , Becker & Brammer S.A.

del transporte de mercadería, éste es de carácter particular, pues depende del tipo de mercadería que se trate, no necesariamente debe transportarse en un conteiner, no siempre se requerirá un embalaje cerrado, como ocurre cuando se transportan grandes maquinarias o vehículos, sin embargo si se requiere que éstos vayan adecuadamente fijados a la plataforma sobre la que han de ser trasportados[14].

El Código de Comercio Español le autoriza al porteador rechazar un bulto mal acondicionados para el transporte, siendo lo anterior total responsabilidad del cargador. Respecto al Transporte Marítimo este mismo cuerpo normativo Español no establece expresamente la obligación de embalar la mercancía pero, el articulo 663 dispone que "….las mercaderías que sufran deterioro o disminución por vicio propio o mala calidad y condición de los envases, o por caso fortuito, devengaran el flete integro y tal y como se hubiere estipulado en el Contrato de Transporte…."[15].

De lo anterior se desprende que si el porteador marítimo no responde por deterioro, debido al a mala calidad del embalaje, corresponde al cargador pagar los daños ocasionados, y realizar el embalaje correctamente.

No se puede dejar de lado que el artículo 4.3 del Convenio de Bruselas, la Ley 15 de Transporte Marítimo y el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo desprenden en su contenido que el cargador debe presentar la mercancía acondicionada del modo que indique las normas y usos técnicos, para su adecuada conservación durante el transporte y para que no causen daño al buque o a las demás mercancías, el cargado es responsable frente al porteador de los daños que le irroguen a éste ultimo a al buque, por incumplimiento de aquellas obligaciones[16]. De lo anterior se desprende la gran importancia de un buen embalaje de mercadería por parte del cargador en el Contrato de transporte Marítimo, además nótese que se trata de normativa internacional, la cual es aplicable a las partes del mencionado contrato, independientemente de su nacionalidad.

Si la perdida de la mercancía es producto de la ocultación de información al porteador, éste se exime de responsabilidad, pues el cargador no cumplió con indicar la naturaleza de la mercadería.

Según la doctrina, salvo pacto en contrario, el cargador es el que tiene que realizar el embalaje de la mercadería.

IX. TIPOS DE INDICACIONES EN EL EMBALAJE.

Al momento de realizar el embalaje el cargador debe tomar en consideración las características de la mercadería, por lo que, debe considerar un buen etiquetamiento de la misma. De tal manera que sea sumamente claro el cuidado y manejo de los bienes a transportar.

El etiquetado de los embalajes tiene ciertas características fundamentales, las cuales son:[17]

---

14 BESES MIGUEL (Rafael), BESES MIGUEL (M° Dolores), Transporte, compraventa y responsabilidades, Edisofer, Libros Jurídicos, Madrid 2005. Pág. 174.

15 BESES MIGUEL (Rafael), BESES MIGUEL (M° Dolores), Transporte, compraventa y responsabilidades, Edisofer, Libros Jurídicos, Madrid 2005. Pág. 175.

16 BESES MIGUEL (Rafael), BESES MIGUEL (M° Dolores), Op Cit. Pág. 175.

17 PEREZ UMAÑA (DANIEL), El valor jurídico de las indicaciones en el embalaje en el transporte Aéreo Internacional de Mercancías, tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2004 Pág. 154-155.

Tiene que ser legible: Para ello se recomienda utilizar caracteres suficientemente grandes e impresos en colores que contrasten con los clores de fondo.

Duradero: Las marcas o etiquetas deben conservan su legalidad durante todo el proceso de transporte, para lo cual se recomienda usar materiales que no se deterioren como la tinta indeleble.

Visible: Deben de marcarse varias caras, como mínimo dos del embalaje, para que la información al acomodar la mercancía no quede oculta.

Comunicativo: Se recomienda la utilización de marcas graficas o textos cortos en el idioma del lugar de salida y de destino.

No solo se debe tener el cuidado de que las etiquetas de la mercadería sean perfectas, sino que estén ubicadas en los lugares indicados y con los materiales suficientemente duraderos para le tipo de transporte que se pretenda realizar.

Se distinguen cuatro tipos de embalajes de transporte, los cuales menciono a continuación:[18]

Las marcas de Expedición: Las cuales se refieren los datos necesarios para la entrega de la mercadería al destinatario, deben de ser reproducidas con absoluta fidelidad en los documentos de transporte, respecto al transporte marítimo tenemos que se usa un formato que debe tener un orden, el cual es: iniciales o nombre abreviado del Comprador; numero de referencia acordado entre el comprador y el vendedor; lugar de destino y numero de embalaje, indicando el numero de bultos.

Las marcas de información: incluyen datos adicionales que pueden llegar a ser útiles para el consignatario, como para las personas involucradas en el transporte de la mercadería. Entre ellas tenemos el peso del bulto, cantidad de unidades, etc.

Las marcas de precaución: se colocan con el objeto de prevenir al transportista y a sus empleados de determinadas características de la carga contenida dentro del embalaje, así tenemos las etiquetas de envíos especiales, (animales vivos); las marcas de mercancías peligrosas, (materiales flamables o explosivos); las marcas de manipulación, las que se refieren a las cargas que requieren un manejo especial, estas marcas son reconocidas a escala mundial mediante la norma mundial ISO 780:1999.

El embalaje no solo protege a la mercancía que se transporta sino a las mercaderías que junto con ellas se transporta.

X. EL CARGADOR EN COSTA RICA.

En materia de obligaciones del cargador, existen algunas normativas de relevancia, sin embargo, ninguna define con claridad cuales son las obligaciones del cargador, en nuestro Ordenamiento Jurídico Costarricense no existe ninguna ley expresa y actual sobre el Transporte Marítimo. Respecto al cargador solo se puede acudir al Código de Comercio,

18 PEREZ UMAÑA (Daniel) Op Cit, Pág 155.

en la figura del Porteador, en pero las lagunas jurídicas que esto conlleva son abismales.

Según la entrevista realizada al señor Gustavo Monge, en el contrato de Transporte Marítimo de mercaderías, las obligaciones del cargador se remiten a estibar la mercadería, embalarla correctamente, realizar la declaración de Bienes transportados y cancelar el flete, así como cumplir todas las cláusulas del b/l, las cuales son por acuerdo de partes. Es importante recalcar que no atizan norma costarricense como base de la elaboración del conocimiento de embarque, sino solamente los usos y costumbres de que surgen de la relación contractual de cada cliente (cargador) y la naviera, (Transportista).

Así mismo, los empresarios nacionales aprenden las obligaciones del cargador según sus experiencias al realizar transacciones de Transporte, pues no hay manuales o algo parecido escrito, sin embargo; anotan que en caso de duda del embalaje y etiquetamiento de una mercadería, ellos solicitan ayuda a la naviera (transportista), el cual les ofrece sin reparo la asesoría debida[19].

XI. CONCLUSIONES.

Mediante la elaboración de la presente investigación fue evidente el vació jurídico y doctrinario que en nuestro medio existe respecto al tema en estudio, sin embargo; quedo totalmente afirmado que las obligaciones del cargador las rigen los usos y costumbres comerciales de los contratos de Transporte Marítimo.

En este orden de ideas se podría afirmar que la principal obligación del cargador es la correcta realización del embalaje, y el debido etiquetamiento de la mercancía, ya que, de esto depende el éxito no solo del transporte de su mercadería, sino de toda la mercadería que se dirige en el mismo buque o barco. Si existe deterioro en la mercadería, por algún hecho no mencionado en el embalaje, el cargador es totalmente responsable del hecho, exonerando al porteador o transportista de los daños y perjuicios que se pueden haber ocasionado.

No podemos dejar de lado el hecho de que en el Ordenamiento Español el porteador le debe pedir al cargador de la Declaración de la mercadería, pero si éste duda de la misma, puede revisarla sin causar daños al cargador, siempre y cuando las razones para dudar de la mercadería sean razonables o se deduzca que los bultos sean peligrosos.

Es relevante se establezcan normas nacionales que amparen los contratos de Transporte Marítimo, ya que estas, apoyaran a sus partes en la ejecución de los mencionados contratos, con lo cual, se protegería y fortalecería el desarrollo del comercio nacional, haciendo también que nuestro comerciantes puedan relacionarse con empresas de todo el mundo sin quedar desamparadas por pactos leoninos y abusivos de las grandes empresas navieras internacionales.

---

19 LICDA. YESSENIA GUILLEN GONZALEZ, Departamento De Ventas Internacionales, CAFÉ BRITT

BIBLIOGRAFIA

Libros

BESES MIGUEL (Rafael), BESES MIGUEL (M° Dolores), Transporte, compraventa y responsabilidades, Edisofer, Libros Jurídicos, Madrid 2005

CHORLEY (Giles), Derecho Marítimo, Editorial Bosch, Barcelona, España, cuarta edición, 1961.

El contrato de transporte, Manuales de Formación Continuada, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Volumen I, Madrid, 2002.

Tesis

PEREZ UMAÑA (DANIEL), El valor jurídico de las indicaciones en el embalaje en el transporte Aéreo Internacional de Mercancías, tesis para optar el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2004.

Leyes

CODIGO DE COMERCIO, Comentado por Gastón Certad Maroto, segunda edición JURITEXTO, 2005.

Diccionarios

CODERA MARTIN (José Mª), Diccionario de Derecho Mercantil, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982

Páginas Web

www.diccionario-nautico.com.ar/g-c.php, consultado el 20 de octubre del 2006.

www.elcastellano.org/diccio.html, consultado el 23 de octubre del 2006.

www.al-trans.com, consultado el 24 de octubre del 2006.

www.unctad.org, consultado el 20 de octubre del 2006.

Entrevistas

LIC. GUSTAVO MONGE, CMA CGM, Becker & Brammer S.A.

LICDA. YESSENIA GUILLEN GONZALEZ, Pepto. ventas Internacionales,, Cafè Britt.

EL CONTENEDOR

Licda Iliana Araya García

SUMARIO

I INTRODUCCIÓN

II LA UNITARIZACIÓN DE LA CARGA. El CONTENEDOR

III REGIMEN DEPROPIEDAD DEL CONTENEDOR, MODALIDADES Y RESPONSABILIDAD

IV CONTRATO DE TRANSPORTE EN CONTENEDORES

V LÍMITES DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE EN CONTENEDORES

VI CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

EL CONTENEDOR

Licda Iliana Araya García

I INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que el nacimiento del contenedor marca un hito en la historia del transporte de mercaderías no sólo por vía marítima sino también en el campo del transporte terrestre, ferroviario y aéreo, al facilitar la combinación de dos o más de estos medios de transporte en una sola operación.

El contenedor no sólo ha evolucionado vertiginosamente él mismo sino que desde su aparición ha creado una espiral ascendente de transformaciones y avances tecnológicos en el diseño y construcción de buques, modernización de puertos, invención de maquinaria y equipo pesado para facilitar y hacer más expedita la carga y descarga de mercancías con el correspondiente beneficio económico que significa la menor permanencia de los buques en los puertos, las modalidades que le permiten al cargador y al consignatario despachar y recibir la mercadería propiamente en su fábrica, plantación o empresa. La seguridad con la que se transportan los productos, librándose del deterioro que significa el manipuleo de la carga durante la travesía a su destino. Evitar riesgos como el robo, averías por el manejo inadecuado de la mercadería, en fin, es muy amplia la lista de ventajas que ofrece hoy día el transporte de mercancías por contenedor.

Creemos importante señalar que el trabajo se basa en el contrato de transporte marítimo, que es el modelo que sigue en Costa Rica para el contrato de transporte en contendores.

El trabajo está estructurado en cinco partes. La segunda, contiene una breve reseña histórica y agrupa una serie de temas de carácter técnico relacionados con el contenedor. En la tercera parte, nos referimos al régimen de propiedad de los contenedores y las modalidades que del mismo se generan. En la cuarta parte, el Contrato de transporte en la legislación nacional e internacional. En la quinta parte nos referimos a un tema de crucial importancia, los límites de responsabilidad en relación con las estipulaciones acordadas por las partes en el conocimiento de embarque y concluimos con el estudio del caso de Coopemontecillos contra Seaboard Marine Ltda.

II LA UNITARIZACIÓN DE CARGAS. El CONTENEDOR

A- Antecedentes Históricos

Se dice que el contenedor ha sido el causante de lo que se ha dado en llamar **"**la mayor revolución en el transporte marítimo desde la aplicación del vapor a la navegación".

Durante la Segunda Guerra Mundial, el ejército de los Estados Unidos, inventó el Conex (container express), que era un envase unitario de tamaño pequeño, fácil de manejar y de transportar en cualquier camión o tren

y fue utilizado para transportar provisiones y pertrechos bélicos.

El precursor del contenedor fue el sistema "trains by sea" que en la década de 1920, fue apoyado por Mr. Graham, Mr. Brush y Mr. Joseph Hodgson, directivos de la Ward Line neoyorquina, mejor conocida como New York and Cuba Mail Steamship Company.

El proyecto surgió con el objeto no sólo de reducir gastos en el manejo de las mercancías, sino también en busca de reducir la permanencia en puerto. Se llegó a la conclusión de que el problema radicaba en los métodos empleados en la carga y descarga. Los costos se incrementaban por las averías causadas en la manipulación de las mercancías, los destrozos intencionales y el robo.

El trasbordador ya funcionaba en aguas europeas y a los norteamericanos antes mencionados les parecía una utopía, pero siguieron adelante con la idea y en 1927 ya tenían los planos de un barco con cuatro cubiertas que con rieles, estaban preparadas para el transporte de vagones de ferrocarril. También se había diseñado una grúa especial para que cargara y descargara los vagones en ambos puertos.

En 1928 tenían el primer prototipo llamado "Sea-train". El cual desplazaba 7684 toneladas. Fue todo un éxito, se desplazaba de Nueva Orleáns a La Habana y viceversa y en sólo seis horas realizaba la doble labor de cargar y descargar. A partir de entonces, la demanda fue en aumento y para 1957, impusieron el contenedor tanto en sus servicios de altura como en los costeros y en los transportes por carretera.

No fue una empresa naviera la que introdujo el empleo masivo del contenedor. La idea de separar las cajas del chasis del camión se le ocurrió a un empresario estadounidense de transporte carretero, Malcom P. McLean, que utilizaba una serie de grandes semirremolques en el tráfico entre Nueva York y Puerto Rico. En 1955 con la ayuda de la Autoridad portuaria de Nueva York realizó con éxito sus experimentos sobre la cubierta de viejos buques tanque, después compró barcos y organizó una línea naviera, la Sea -Land Inc. Más adelante lo siguieron otros empresarios norteamericanos. Pero poner en servicio los contenedores fue muy difícil porque había una gran resistencia de las empresas navieras, sobre todo las europeas que temían que sus buques convencionales resultaran obsoletos[1].

Al inicio, la Sea Land Services Inc. adquirió una flota compuesta por treinta y siete naves y empezó utilizando recipientes que medían 8x8.5x35 de longitud. Usó una combinación del sistema roll on / roll off (ro/ro), y barcos que subían y bajaban remolques de camión.

En 1956, se suscribió un Convenio Aduanero sobre Contenedores sobre el manejo aduanero de estas unidades. En 1957 Grahm, Brush y Hodgson impusieron el contenedor , tanto en sus servicios de altura como en los costeros y transportes por carretera. El auge que alcanzó en Europa llevó a que se planteara una normativa específica que tuvo su principal manifestación en las llamadas "Reglas de La Haya" de 1956

---

1 CUADERNOS DE LA CEPAL, **Los conceptos básicos del transporte marítimo y la situación de la actividad en América Latina,** Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1986. págs. 65 y 66.

Posteriormente el container apareció en el Atlántico Norte, transportado por buques convencionales con un servicio especial en ese tráfico introducido en la primavera de 1966, extendiéndose rápidamente a todos los tráficos, determinando una nueva infraestructura portuaria, nueva utilería y sobre todo los ya comunes buques portacontenedores, en sus diversos tipos y tamaños[2].

De 1967 a 1968 se introducen los contenedores en dos rutas entre Japón y la Costa oeste de los Estados Unidos. En 1969, en dos líneas de Oceanía a Europa y Japón también se introduce su uso. De aquí en adelante operadores de contenedores y de buques portacontenedores fueron en ascenso.

En 1968, se firma el Protocolo de Bruselas, el cual modificó el Convenio Internacional para la Modificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924. Ese mismo año los Estados Unidos emiten restricciones al uso de módulos o recipientes que fueran distintos de los establecidos por la Asociación Americana de Normas. Sin embargo prevalecieron los usos y costumbres al aceptarse las dimensiones de los contendores de Sea Land.

Para 1975, las mayores rutas en el mundo habían sido conectadas a un área triangular de Japón-Estados Unidos–Europa e incorporado completamente el transporte de mercaderías en contenedores.

En 1973 se da un período de estancamiento con el denominado “Shock Petrolero”.

En América Latina, el uso de los contenedores se encuentra rezagado , utilizándose aún, buques convencionales, buques multipropósito o por combinación de carga general, esto a su vez no permite la homogeneización del transporte en contenedores por tierra. México ha tenido una posición privilegiada, cuenta con un extenso territorio entre las costas del Océano Pacífico y el Golfo de México. El comercio se realiza entre fronteras y los contenedor son operados por buques “Full Container”. La exportación de carga se realiza en forma similar, alimentando puertos de los Estados Unidos conectados por buques nodriza “Full Container.”

En 1957 se construyó el primer buque portacontenedores con capacidad para 226 contenedores y en septiembre de 2006, se exhibió en la Bahía de Algeciras (Cádiz), España, el portacontenedores más grande del mundo con capacidad para 11.000 TEU (medida estandarizada mundial de la capacidad de buques).

El transporte de mercaderías en contenedores es un proceso irreversible, que ha adquirido tal desarrollo a nivel mundial que los países que no se adapten a este tipo de unitarización de la carga a través de la construcción de buenas vías terrestres y modernización de sus puertos, corren el riesgo de quedar al margen del comercio internacional.

A- Definición

ROMERO B. señala que:
“El contendor es un cajón metálico, hexaédrico, de dimensiones estandarizadas

---

2 ROMERO BASALDÚA (Luis), **Los contenedores y el Derecho Marítimo**, Antología de Contratación Internacional, compilación hecha por el Dr. Víctor Pérez, p. 472

y también medidas estándar aprobadas por las normas 150 (Organización Internacional de Normalización), que está construido de aluminio, acero o plástico, que sirve y ha sido concebido para el transporte de mercancías homogéneas y heterogéneas, así unitarizadas en un solo volumen, cuya estiba facilita el proceso de unitarización de las cargas, facilitando el transporte puerta a puerta o puerto a puerto o variantes, abaratando costos y aminorando riesgos a los operadores unimodales y multimodales, y agilizando la estiba, etc."[3]

ROMERO B. nos proporciona otra definición : "...Es un elemento para el transporte que constituye un compartimiento, total o parcialmente cerrado, destinado a contener y transportar mercancías;

b) cumple las normas aplicables establecidas en la Convención Internacional sobre Seguridad de los Contenedores (CSC);

c) fabricado según las exigencias técnico constructivas de conformidad con las normas IRAM, o Recomendaciones COPANT, o 150 u otras similares;

d) suficientemente resistente para su empleo repetido;

e) especialmente ideado y construido para posibilitar el transporte seguro de distintos tipos de mercaderías (secas, líquidas, gasíferas, refrigeradas, ventiladas, etc.) empleando varios modos de transporte mediante sucesivas operaciones de transferencia de uno a otro modo (terrestre, acuático o aéreo), sin manipulación intermedia de la carga;

f) resulte fácil la operación de llenado y vaciado con empleo de equipos mecánicos (autoelevadores, cintas transportadoras, palas mecánicas, grúas, bombas, etc.); pueda identificarse con seguridad por medio de siglas y números, con empleo de material indeleble de manera tal que resulten fácilmente visibles. la naturaleza de esta "caja tan curiosa",por supuesto que no es la de un simple embalaje"[4].

De acuerdo al Convenio Aduanero sobre Contenedores, las características son las siguientes:

Que tenga carácter permanente y sea por esta causa lo suficientemente resistente como para permitir su empleo reiterado.

Debe estar especialmente ideado para facilitar el transporte de mercancías, por uno o varios medios de transporte.

Estar dotado de dispositivos que faciliten su manipulación señaladamente al tiempo de su trasbordo de un medio de transporte a otro.

Ideado de tal suerte que resulte fácil llenarlo y vaciarlo, y

Debe de ser un volumen interior de un metro cúbico por lo menos. Así como los accesorios y equipos normales del contenedor, siempre y cuando sean importados con éste; el vocablo "contenedor" no comprenderá ni los embalajes usuales ni los vehículos"[5] .

---

3 ROMERO BASALDÚA (Luis), **Op.Cit.** p.474

4 Cita hecha por ROMERO BASALDÚA, (Luis), Op. Cit. p. 471

5 Convenio Aduanero sobre Contenedores. Ginebra 18 de mayo de 1856,Artículo 1º, inc. b)

C. El contenedor como forma perfeccionada de carga unitarizada

Como señalamos antes, el contenedor es considerado la forma más perfeccionada de carga unitarizada. Con el término carga unitarizada nos referimos al principio de carga unificada que consiste en la idea de manejar las diferentes mercancías, no por medio de bultos separados, sino, mediante bloques o grupos de bultos de carga que conforman unidades independientes.

1. Formas de unificar bultos son:

* Las paletas (pallet), consisten en una plataforma, generalmente de madera sustentada por varios travesaños en su parte inferior, sobre la cual se acomodan los diversos bultos de carga, los cuales se aseguran con redes, hojas de cartón, cintas adhesivas o metálicas o cualquier otro medio de sustentación.

* El contenedor (container), ya descrito en la definición reúne las características propias de la unitarización de la carga, entre ellas:

  Consolida un número de unidades que permanecen juntas durante todo el proceso de su traslado de un lugar a otro: carga, almacenaje, embarque, desembarque, descarga, almacenaje, desconsolidación, etc.

  Optimo manejo de la carga consolidada como una unidad en su lugar de origen, con un solo destino asignado y sin ser manipulada durante el trayecto.

  Tarifas previamente establecidas según destino, características del cajón y no por el número y clase de mercancías contenidas.

Carga que es posible o no, transportar en contenedores:

Mercancías fáciles de estibar, que representan altos costos de flete, atractivos para ser hurtados y que pueden dañarse fácilmente. Ejemplos: licores, medicinas, telas, ropa, electrodomésticos, equipo de computación, etc.

Mercaderías que pueden ser físicamente contenerizadas, pero económicamente no es rentable, debido a que su exposición al robo y al daño es menor. Ejemplos: materiales de construcción, maquinaria , vehículos, etc.

Mercancías que excepcionalmente son contenerizadas, por su naturaleza y razones económicas, son transportadas en buques especializados. Ejemplos: granos, petróleo, etc.

Mercancías no aptas para ser transportadas en contenedores. Ejemplos: estructuras que midan más de doce metros, camiones, tractores, cosechadoras, etc.

Beneficios del transporte de carga en contenedores.

a) Las dimensiones estándar de los contenedores, permiten un mejor aprovechamiento del espacio disponible, equipo de manipuleo y transporte especializado, reducción de costos de transporte y almacenamiento de mercancías

b) Existe un tipo de contenedor según tipos de mercadería.

c) Protección de daños producidos por golpes, movimientos, robo, humedad, etc.

Facilita la unificación de mercadería heterogénea, debido a que permite llenar su

contenido con mercancías que viajan al mismo destino bajo el concepto de una sola unidad.

Facilita el manejo de la carga, al hacerlo como una unidad.

La identificación de las mercancías se realiza mediante el número del contenedor.

Se reduce el tiempo de carga y descarga, así como los costos de almacenaje

Se simplifican los trámites aduaneros

Condiciones necesarias

Puertos e Instalaciones: para realizar el transporte en contenedores se requiere de infraestructura, maquinaria y equipo adecuado, Se requieren inversiones muy elevadas para equipar las terminales portuarias. No basta con modernizar los puertos, sino que también se requieren buques portacontenedores, etc.

Grúas: para el manejo de los contenedores se requieren grúas con capacidad mayor a las veinte toneladas. Deben ser grúas especializadas para carga y descarga de los contenedores en los barcos y para el manejo de los mismos en las terminales.

Buques especiales: a partir de 1960 surgió el concepto de buques especializados para portar contenedores. Con el transporte de contenedores surge el problema del desbalance en el peso entre los contendores que van llenos y los que van vacíos, mientras que en los barcos de carga convencionales los espacios vacíos se llenan con carga a granel.

Tipos de contenedores

La estructura y características del contenedor van a estar en función de las características del objeto a transportar. De acuerdo a esto se clasifican en:

Standard: se utilizan para transportar carga seca. Estos contenedores protegen la mercadería que transportan del exterior, no requieren control de temperatura. Generalmente miden 8 pies de ancho, por 8.5 pies de alto y de largo pueden tener 10, 20, 35 o 40 pies.

High Cube: Similares a los anteriores pero tienen 40 pies de altura. Se utilizan para carga seca de baja densidad.

Open Top: Se usan para carga seca difícil de manipular, no tienen cubierta superior debido a que el proceso de carga y descarga se realiza por allí, generalmente se utiliza algún tipo de lona para cubrirlo.

De Plataforma: Se utilizan para carga muy pesada. Constan de una plataforma parecida a la de los vagones de ferrocarril. Se cargan con maquinaria pesada o tucas de madera.

Ventiladores: Son parecidos a los Standard, pero cuentan con rejillas para la ventilación contínua de la carga. Tienen el inconveniente de permitir la entrada de agua.

Insulados: Su cubierta es térmica para proteger a la mercadería de los cambios de temperatura a lo largo de la travesía. En ellos se transportan computadoras, que es un producto que requiere refrigeración.

Térmicos: Cuentan con unidades de refrigeración o congelación según sea el tipo de carga. Su capacidad interior es aproximadamente un 10% menor al de un contenedor normal. Existe gran variedad de ellos:

El sistema de temperatura puede ser automático, mecánico, transitorizado y con microcircuitos.

De acuerdo al combustible que utiliza puede ser : de gas, diesel o eléctrico

Con unidades de enfriamiento fijas que es lo más común o removibles, llamadas clip on.

Algunos no tienen el sistema de refrigeración, sino que lo reciben a través de mangueras.

Para la conservación de productos perecederos, existen actualmente contenedores que tienen una atmósfera controlada. Este es el mejor sistema para frutas, verduras, flores recién cortadas y otros, porque produce un efecto de "vida suspendida"

Bulk o Graneleros: Especiales para transportar granos secos. Tienen varias compuertas : laterales, superiores, frontales, mixtas.

Tanqueros: utilizados para productos líquidos o gaseosos.

Desde el punto de vista de su estructura , los contenedores pueden ser fijos o desmontables. Los desmontables se doblan y facilitan su transporte cuando están vacíos. Algunos tienen como parte de su estructura un chasis con ruedas sobre el cual se movilizan, se utilizan bajo el concepto de "roll on/roll off", o de rodaje. Se trata de un cajón con chasis con ruedas, el cual es remolcado por un cabezal de camión. El otro tipo es el denominado sistema "lift on/lift off " o de levante, éste consta de un cajón que se monta sobre un chasis de remolque e igualmente se desmonta. Operan bajo el método "ro/lo", en tierra van sobre un chasis con ruedas que es remolcado por un camión y en el barco bajo el sistema "lift on/ lift off".

Seguro del Contenedor

El contenedor es un objeto de mucho valor por lo cual es sujeto de seguro. Generalmente, este seguro tiene tres componentes:

Seguro del contenedor en sí mismo.

Responsabilidad del dueño del contenedor para con terceras personas.

Responsabilidad del operador de los contenedores por los daños de carga.

En la mayoría de los países los tres seguros son cubiertos por una sola póliza. El objeto de la cobertura del seguro del contenedor depende de los aseguradores, sólo aquellos contenedores que cumplen los requerimientos de la organización de estandarización internacional son aceptados por los aseguradores[6].

---

6 SOLANO RIVAS (Karla) El Contrato de Transporte en Contenedores. Tesis de grado para optar al Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998, pág.97

Clasificación de los buques portacontenedores

Se clasifican en dos tipos:

1 Clasificación por carga transportada

Buque Contenedor Tipo combinado. Es un barco que recibe carga en sus bodegas contenerizadas y en forma fraccionada , la carga es estibada en el mismo viaje. Este tipo de buque puede estibar contenedores de diferentes medidas.

Buque Semicontenedor: Es un buque convencional, con bodegas en las cuales pueden estibarse contenedores. Generalmente está equipado con grúa, bodegas de carga en la proa y en la popa para la estiba de carga general. Su utilización es óptima para viajar a aquellos lugares donde el movimiento en contenedores es poco y la carga no contenerizada es abundante.

Buque contenedor Convertible: Es versátil, puede transportar carga totalmente contenerizada, carga general y automóviles.

Buque contenedor lleno: Diseñado para transportar cantidades masivas de contenedores.

2 Clasificación por operación de descarga

Buque lift on /lift off (Lo / lo): realiza la carga de los contenedores desde la orilla del muelle a las bodegas del buque por grúa.

Buque roll on /roll off (Ro / Ro): Es un buque diseñado de manera tal que une la carga unitarizada sobre camiones o trailers desde el barco por medio de una rampa instalada en proa y la carga es depositada en bodega de acuerdo a la planificación de la estiba. Los contenedores son estibados sólo en forma horizontal.

III REGIMEN DE PROPIEDAD DEL CONTENEDOR, MODALIDADES y RESPONSABILIDAD

A Propiedad y Modalidades

Las modalidades que pueden presentarse en el transporte marítimo de contenedores están en relación con la propiedad del contenedor.

1. Si la propiedad del contenedor (o su uso por alquiler o leasing) es del cargador, el transportador factura el costo del flete según el volumen o peso. Es entregado lleno en el puerto de origen, transportado al puerto de destino, donde es entregado al consignatario o beneficiario del conocimiento.

2. Si el contenedor es propiedad o alquilado por el transportador marítimo, se dan tres modalidades:

Pier to pier: el cargador lleva la carga al depósito de contenedores del transportista en el puerto de origen y es introducida dentro del contenedor para ser transportada al lugar de destino. Aquí la carga es desconsolidada por el transportador, quien la entrega al legítimo tenedor del conocimiento de embarque. El costo del flete es superior al costo del flete en bodega, debido a que la carga goza de mayor seguridad y protección.

House to pier o pier to house: de acuerdo a esta modalidad el contenedor es estibado y desestibado respectivamente por el cargador o el consignatario. En estos casos opera la

regulación aduanera de los respectivos países, al ingresar el contenedor a la plaza.

House to house: el transporte es realizado desde el depósito del cargador en el país de origen, hasta el del consignatario en el lugar de destino. Normalmente el contenedor se llena en el depósito del cargador, luego es embarcado al puerto de destino, siendo el consignatario quien desconsolida la carga en el lugar por él indicado.

En este caso, el consignatario de la mercadería, es el tenedor legítimo del conocimiento de embarque y como tal, tiene derecho a retirar el contenedor cargado e ingresarlo mediante autorización aduanera, para desconsolidarlo o descargarlo, por su cuenta en él lugar por él indicado. Hecha la descarga, debe devolver el contenedor vacío a la jurisdicción portuaria. La regulación de las Conferencias de Fletes, le otorga un lapso de cinco días para que lo desconsolide. Pasado ese plazo, las compañías navieras deben facturar un recargo por la demora en la devolución del contenedor.

Las modalidades contractuales varían si el contenedor es alquilado. Hay compañías que alquilan contenedores, por tiempo, por uno o más viajes o por la combinación de ambos sistemas. En el sobreprecio del flete, se contempla un término máximo para que se realice la descarga, pasado ese plazo la compañía naviera debe facturar un cargo fijo por demora hasta que se dé la devolución del contenedor.

Contenedores entregados por el cargador y estibados por él

El transporte en contenedores entregados por el cargador amerita un análisis cuidadoso de las cláusulas del contrato.

En el caso de embarques house to house o house to pier, en los cuales figura la anotación Shiper's load stowage and count., el contenedor es entregado por el cargador y el transportador puede ignorar el contenido en el proceso de estiba .

Reaccionar contra la cláusula said to contain (dice contener) , se explica sólo si el contenedor ha sido violado durante el período que ha estado bajo custodia del OTM (operador de transporte multimodal), pero no cuando llega en buenas condiciones.

La cláusula peso desconocido, no es suficiente por sí sola, debe probarse que no se pudo pesar el contenedor.

Avería, pérdida o daño: el reclamante debe probar que ocurrió durante el transporte y, viceversa, el transportador, debe probar que debió producirse antes de recibir el contenedor o después de entregarlo.

En caso de que el transportador contrate los servicios de un forwarding agent, (agente de los fletadores), puede plantearse la responsabilidad de éste, en Francia se dice que asumen una obligación de resultado. Sin embargo hay una presunción de responsabilidad del transportador, a menos que éste invoque la exoneración y justifique la defensa.

En caso de buques portacontenedores que los estiban en cubierta, las reglas de La Haya-Visby no han regulado sobre transporte de contenedores, salvo lo que se refiere al límite de la responsabilidad, excluyendo el transporte sobre cubierta.

IV. EL CONTRATO DE TRANSPORTE EN CONTENEDORES

El contrato de transporte en contenedores es un contrato de transporte de mercaderías, pero por sus características es calificado de manera singular.

El uso de los contenedores ha revolucionado el transporte, habiéndose introducido nuevas técnicas de transporte como lo es el transporte multimodal., el cual tiene como requisitos que debe realizarse en dos o más medios de transporte pudiendo acordarse en una sola operación. En tal sentido un contenedor puede viajar por tierra, por barco y por último en tren para llegar a su destino.

A continuación vamos a referirnos a este contrato, relacionándolo con la legislación nacional e internacional según corresponda.

A. Características Generales

Los elementos del contrato son los comunes a todos los contratos civiles y comerciales: los sujetos, capacidad para contratar, el consentimiento, la causa, el objeto, el fin, la forma.

Sus principales características son

Consensual: se perfecciona desde el momento en que las partes expresan su consentimiento y comienza a producir sus efectos. El Artículo 1175 del Código Civil lo reputa celebrado desde que el porteador o sus comisionados hayan recibido los efectos de transporte.

Es bilateral, el consentimiento genera derechos y obligaciones a cargo de ambas partes: el porteador y el cargador se obligan recíprocamente.

Carece de formalidades, es decir no es necesario que exista un documento escrito para que exista, así está establecido en el Artículo. 329 del Código de Comercio

Es un contrato de adhesión. Lo vamos a encontrar previamente impreso. Las cláusulas que rigen estos contratos son impuestas por el porteador. El cargador sólo determina el tipo de contenedor que necesita, el lugar de destino y el tiempo de llegada.

El objeto: el Artículo. 323 del Código de Comercio señala que son objeto del contrato de transporte, las personas, noticias y mercaderías.

El flete: es el precio que paga el cargador al porteador para que realice el traslado de los efectos y éste constituye un elemento esencial del contrato

B. El conocimiento de embarque

Es el documento utilizado en el contrato de transporte en contenedores. Como sabemos, la expedición del conocimiento de embarque es obligación del transportista, éste o el capitán, o el agente del transportista deben expedirle un conocimiento de embarque al cargador, en uno o varios originales, demostrando que el embarque de las mercaderías ha sido realizado (conocimiento de embarque embarcado). El transportista en cuanto recibe la mercadería debe expedir un conocimiento de embarque indicando que ha recibido la mercadería a satisfacción para su custodia (conocimiento de embarque recibido).

El conocimiento de embarque contiene varias descripciones, las cuales constituyen parte integral del contrato de transporte de mercaderías y son denominadas cláusulas, aparecen en el anverso o en el reverso del conocimiento de embarque.

Las funciones que cumple el conocimiento de embarque son:

Es un recibo de la mercadería[7]

Es un título representativo de la mercadería[8]

Es un instrumento que documenta el contrato de transporte[9]

En el crédito documentario, en la orden de pago documentaria y en la cobranza documentaria, es normalmente necesario para que el vendedor pueda obtener el pago.[10]

C. Sujetos de la Relación Contractual

Derechos y Obligaciones: Los sujetos que participan en el contrato de transporte son: el porteador y el cargador.

El Artículo 1 de las Reglas de Hamburgo establece:

Porteador: es toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre, ha celebrado un contrato de transporte con un cargador

Porteador efectivo: es aquel a quien el porteador ha encomendado la ejecución del transporte de las mercancías, o de una parte del transporte, así como cualquier otra persona a quien el porteador ha encomendado esa ejecución.

Cargador, es la persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por su cuenta, ha celebrado un contrato de transporte marítimo de mercancías con un porteador, o toda persona que por sí o por medio de otra que actúe en su nombre o por cuenta propia entrega efectivamente las mercancías al porteador en relación con el contrato de transporte.

Obligaciones del Porteador

Para cumplir su obligación, el porteador debe actuar con diligencia para que el buque esté en condiciones de navegar.

Proceder con debido cuidado en la carga (manipulación, estiba, conservación) y en la descarga de las mercaderías transportadas

Comenzar y completar el viaje convenido, con diligencia y siguiendo la ruta convenida.

Entregar al cargador los conocimientos de embarque que amparen la expedición de la mercancía.

Cumplidas las etapas del viaje, está obligado a entregar al destinatario, legítimo tenedor del conocimiento de embarque, las mercancías que le han sido confiadas para su transporte[11].

---

7 Código de Comercio de 1853. Artículo 741
8 Ibidem Artículo 743
9 Reglas de Hamburgo 1978 Artículo. 1
10 SOLANO RIVAS (Karla) Op.Cit. pág.148
11 Código de Comercio, Artículo 335 inciso f

Derechos del Porteador

El porteador está facultado para sustituir un buque por otro igualmente apto para la expedición, siempre y cuando no implique retardo del viaje.

El porteador tiene derecho a cobrar el flete y el cargador tiene la obligación correlativa de abonar el valor íntegro del precio del transporte

En el supuesto de que el cargador no haga debida entrega de la mercancía en la forma estipulada, el transportador tiene derecho a iniciar el viaje ya exigir a aquel el reconocimiento del flete.

El porteador está facultado para dar por concluido el viaje en caso de que sobrevengan averías en el buque que no admitan reparaciones o medie orden de autoridad competente, bien para no zarpar, para variar la ruta o para descargar. También cuando la salida resulte del todo imposible, arriesgada o excesivamente demorada por causas fortuitas o de fuerza mayor..

El porteador tiene derecho a rechazar la mercadería no entregada en las condiciones acordadas, exigir el reconocimiento de los bultos, exigir el resarcimiento de los daños provenientes de hechos del cargador. (Artículo 336 Código de Comercio)

Obligaciones del Cargador

El deber de entregar las mercaderías al porteador en el momento y lugar, cantidad y peso conforme lo establecido en el contrato.

Garantía tácita al porteador de que la carga carece de todo riesgo no manifestado y que el acondicionamiento o embalaje es adecuado, salvo que el expedidor haya informado al porteador de que los géneros transportados son peligrosos.

Pagar al porteador el flete. Esta es la obligación principal del cargador y consiste en pagar al porteador la suma pactada como precio de transporte de la mercadería. La regla general es que el porteador sólo tiene derecho al pago del flete una vez cumplida la obligación de poner la mercancía en el lugar de destino. Si el flete fue pagado por adelantado existe el derecho de exigir restitución. Existe una cláusula denominada “flete pagado a todo evento” según la cual el transportista ostenta el derecho a percibir el pago del flete aún cuando las mercancías no lleguen al lugar de destino.

Obligación de entrega de la mercancía en un puerto de carga.

“Se estimará que el cargador garantiza al porteador en el momento de la carga, la exactitud de las marcas, del número, de la cantidad y del peso, en la forma que él la consigna; y el cargador indemnizará al porteador de todas las pérdidas, daños o gastos que provengan o resulten de inexactitudes en dichos puntos. El derecho del porteado a esa indemnización no limitará en modo alguno su responsabilidad y sus obligaciones derivadas del contrato de transporte respecto de cualquier otra persona que no sea el cargador “[12]

El cargador por su parte “...no será responsable de la pérdida sufrida por el porteador efectivo, ni del daño sufrido por el buque, a no ser que la

12 Reglas de La Haya. Artículo 3 inc. 5 1924

pérdida o daño hayan sido causados por culpa o negligencia del cargador, sus empleados o agentes..."[13]

Derechos del Cargador

a) Que se embarque la mercadería

b) Exigir la entrega de la mercadería aún cuando el buque se encuentre en travesía reconociendo cualquier aumento en el flete como resultado.

Nombrar un representante para que viaje a bordo del buque custodiando aquella carga que por su propia naturaleza así lo requiera.

V. LIMITES DE RESPONSABILIDAD

Existen varios instrumentos internacionales que regulan los diferentes componentes del contrato de transporte marítimo. Costa Rica es suscriptor de algunos de ellos y en otros casos ha ratificado y depositado el instrumento. Por tal motivo hemos creído importante señalar que el tema de los conflictos por los límites de la responsabilidad se rige por las disposiciones emanadas de dichos instrumentos, aún países que han dictado su propia legislación, lo que han hecho es incorporar de manera idéntica normas de los mismos. Los que vamos a ver citados con mayor frecuencia son:

Reglas de La Haya. 1924

Reglas de La Haya-Visby. 1968

Reglas de Hamburgo. 1978

Convenio de Bruselas. 1924 con modificaciones de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya Visby)

Reglas de York Amberes. 1994 (y 2004. Nota del editor)

Para la determinación de los límites de la responsabilidad en un conflicto, es necesario que las cláusulas acordadas por las partes estén claramente estipuladas en el conocimiento de embarque

Uno de los temas tratados por los autores de la doctrina es el que se refiere al límite de responsabilidad cuando la carga viaja en contenedores y como tales son considerados como una unidad, excepto que se hayan mencionado los bultos o unidades contenidos en ellos.

El término unidad referido al contenedor cambia su sentido en caso de que se individualice el contenido del contenedor, en este caso la limitación de la responsabilidad atañe a cada bulto o unidad.

Lo que corresponde en estos casos, es hacer una análisis minucioso del conocimiento de embarque. Si en el conocimiento se menciona uno o más contenedores, paletas o bultos y luego se menciona el contenido , la limitación debe funcionar en relación al contenedor, pero, si se individualizan los bultos estibados en el contenedor y no se desconoce su contenido , la limitación debe jugar sobre cada una de las cajas o bultos contenidos en el contenedor

Es muy difícil determinar cuándo puede considerarse que las unidades han sido individualizadas, porque si la consolidación

13 Reglas de Hamburgo Artículo 12 , 1978

no fue hecha por el transportador y se incluye la cláusula “contenido desconocido” o “dice contener”,hay que concluir que las unidades estibadas dentro del container, no han sido tomadas en cuenta y desde luego se desconoce su contenido.

Se hace énfasis en que el conocimiento de embarque es la expresión inequívoca de la voluntad de las partes cuando redactan el contrato. Cualquiera que quiera saber cuál es el límite máximo de responsabilidad en caso de transportarse un contenedor, tendrá que examinar el conocimiento y fijarse si están individualizadas las mercaderías contenidas en el mismo y si se toman como unidad o si, en cambio el contenedor en su totalidad, en su conjunto es la unidad que se ha considerado para efectuar el transporte[14].

Otro fallo mencionado por RAY, José D. Dice: “ En síntesis, para pronunciarse sobre la limitación de responsabilidades es necesario examinar el conocimiento y determinar en función de sus menciones, cual ha sido la intención de las partes.

Debe tenerse bien en cuenta que el cargador es quien establece las menciones en el conocimiento sobre los ejemplares en blanco que le entrega el transportador o su agente, y que es necesario evitar ambigüedades para que la limitación funcione en la forma que corresponde”

Sentencia 000353-F-99 de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., dictada en San José, a las 16:10 horas del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y nueve, en el caso COOPERATIVA NACIONAL DE MONTECILLOS R.L. contra SEABOARD MARINE LTDA., en la cual el alto tribunal dictaminó responsabilidad concurrente de las partes

En este caso Coopemontecillos contrató a Seaboard Marine Company Ltda.. para transportar 20.624 kg. de filetes de pescado, con destino a Miami, Estados Unidos .Para tal efecto requirió un contenedor frigorífico bajo el sistema de transporte multimodal. El contenedor fue puesto a disposición de la Cooperativa, el cual fue cargado y sellado en las instalaciones de la Cooperativa por sus empleados, sin mediar solicitud de la empresa transportista para revisar la mercadería. Cuando la mercadería llegó a su destino, fe rechazada en su totalidad por la consignataria pues una parte llegó descongelada. Fue enviado un nuevo embarque a través de la misma compañía transportadora, cargado nuevamente en las instalaciones de la cooperativa por sus empleados; y nuevamente la mercadería fue rechazada por las mismas razones. En ambas ocasiones, se expidieron guías de porte con las leyendas: “Embarcado a riesgo del propietario, la empresa de transporte no asume ninguna responsabilidad”. “La calidad, cantidad y condición de la carga desconocida para el transportador” (Cuando el contenedor es consolidado y desconsolidado sin intervención del transportista no se puede constatar ni imputar válidamente al transportador responsabilidad por el daño en la mercancía. Sin embargo, señala ROMERO BASALDÚA “ el contenedor por defectos del contenedor, filtraciones, fallas en el equipo térmico, etc, ello derivará en responsabilidad del transportador por no haber “antes y al iniciarse el transporte” velado con razonable

14 Fallo de la Cámara Federal del 17.VIII.80.citado por RAY (José D.) Op. Cit. p. 568

diligencia a la navegabilidad “en concreto” del buque, según lo quieren las leyes, convenios internacionales y usos clausulados de los conocimientos. El transportador ocurrirá vinculando la falta de cuidado en la estiba, carga, transporte , custodia, desestiba, y descarga y entrega del container,... hasta el cese de su responsabilidad)[15].

En el III considerando se dice que los fundamentos para declarar sin lugar la demanda se basaron en un análisis interpretativo de las normas relativas al contrato de fletamento. Estimó que las formas tradicionales de los contratos de fletamento han cedido ante nuevos contratos de transporte básicamente por la utilización de los contenedores, mediante los cuales se puede manipular, almacenar, transportar la mercadería con mayor agilidad, facilitando las labores de carga y descarga en medios marítimos, terrestres, aéreos, todo ello sin afectar la mercancía. (El Tribunal reconoce las nuevas modalidades de transporte y las ventajas que ofrecen) Para el Tribunal Superior, las normas reguladoras de los contratos de transporte deben ser interpretadas en el contexto actual y no en el momento de su promulgación. (Hace aquí nuestro Tribunal Superior, una interpretación evolutiva o progresiva de las normas y continúa diciendo que no son aplicables al caso, los Artículos 333 y 336 del Código de Comercio, por tratarse de reglas tradicionales sobre transmisión del riesgo de la estiba).

En el IV Considerando, se destaca el segundo agravio de los apoderados de la Cooperativa, en el sentido que su representada requirió que en el primer embarque la mercancía viajara a –20º F, sin embargo viajó a una temperatura fluctuante de –10º F a 0.4 º F y en el segundo de –7º F a +23º F., lo cual evidencia manipulación negligente en las temperaturas de la carga y el incumplimiento del transportista.

En el V Considerando señala el Tribunal que a primera vista el punto medular del asunto está en la naturaleza jurídica y los alcances de los conocimientos de embarque o guías de porte. A criterio de las sentencias, éstos excluyen la responsabilidad de las empresas transportistas, pues los bienes se embarcan a riesgo del cargador, según una cláusula y además los transportistas desconocen calidad, cantidad y condición de la carga. Sin embargo la Sala, no comparte de que nuevas figuras contractuales lleguen a prever una eximiente de responsabilidad del porteador, (RODIÈRE dice: “ que con respecto al transporte en contendores debe tenerse en cuenta lo que el transportador ha tomado a su cargo (Prise en charge) y que a este efecto es necesario estudiar el conocimiento.

Si se pretende tomar en cuenta las piezas estibadas en el contenedor, el cargador debe requerir al transportador que reconozca el contenido”[16]

El Considerando VII se refiere claramente a la presunción de competencia profesional, al señalar que el agente debe reunir las aptitudes necesarias para poder decidirse a actuar o no actuar, sus acciones o abstenciones deben estar orientadas a evitar toda posibilidad de daños, engaños o maniobras. Cuando falta control , orientación, vigilancia o elección y hay omisión en hacer , no hay duda de que el agente deberá correr con las pérdidas , pues la ....La infracción culposa a esos deberes

---

15 ROMERO BASALDÚA, Op. Cit. p. 483
16 Citado por RAY (José D.), Op. Cit. p. 576

–aunque sea de índole omisiva- coloca al agente , como dijimos, en la obligación de resarcir el daño causado al derecho ajeno.

Consideramos que el fallo de culpa compartida es el adecuado para el caso. Ambas partes son culpables de omisión. Como profesionales en sus respectivos campos, debieron haber previsto los daños posibles y haber controlado las condiciones en que se realizó la estiba con independencia de las cláusulas de “said to contain” y “contained unknown, sobre todo al realizarse un segundo embarque conociendo los antecedentes del primero. También el transportador falló en su obligación de vigilancia y control de la temperatura que debía mantener el contenedor.

Queremos retomar y enfatizar la importancia del Conocimiento de Embarque, el cual debe llenarse de forma clara y expresar exhaustivamente las cláusulas. Al final mucho va depender del análisis detallado que de éste se haga.

VI . CONCLUSIÓN

Varios han sido los factores que han contribuido a la rápida expansión del transporte de mercaderías en contenedores, Como se señaló en el trabajo, el contenedor es la forma más perfeccionada de unitarización de la carga, entendiendo unitarización como el proceso de agrupar las mercancías en unidades homogéneas, cuya manipulación se facilita por medios mecánicos y se realiza de forma rápida, segura y económica, eliminando riesgos de daños, robo o pérdidas, todo lo cual redunda en la disminución de costos para el cargador y para el transportista.

En Costa Rica, el contrato de transporte en contenedores reviste las características del contrato de transporte marítimo, mientras que en otros países se rige por el contrato de transporte multimodal.

Nuestro país se encuentra rezagado al estar regulado el comercio marítimo por el Código de Comercio de 1853. Es necesario que se dicte una legislación moderna que abarque también la materia de aduanas. Es de vital importancia que se inviertan recursos en la modernización de los puertos, en infraestructura vial y ferrocarriles, de no ser así, Costa Rica se mantendrá muy lejos de sus aspiraciones por competir en el mercado internacional.

Resultó muy interesante relacionar las lecturas realizadas y los casos en ellas presentados por los autores, con diferentes casos que hemos tenido la oportunidad de estudiar en el transcurso del año y analizarlos a la luz de los nuevos conocimientos adquiridos.

No puedo dejar de mencionar que los instrumentos internacionales que regulan la materia, sin importar la época a la que pertenecen, nos muestran quienes ostentan el poder. Ante tal situación nuestros exportadores, aún cuando sean grandes exportadores en el ámbito nacional, van a estar siempre en una situación de desventaja, porque las reglas del juego las imponen aquellos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

CARBALLO COTANDA (Antonio) y PADRÓN ALBORNOZ (Juan A) El Container. Los Contenedores en el Transporte Actual, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Santa Cruz de Tenerife, Islas Canarias, 1969

CUADERNOS DE LA CEPAL, Los conceptos básicos del transporte marítimo y la situación de la actividad en América Latina, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1986.

RAY, (José Domingo), Derecho de la Navegación Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994

ROMERO BASALDÚA (Luis), Los contenedores y el Derecho Marítimo, Antología de Contratación Internacional, compilación hecha por el Dr. Víctor Pérez Vargas

TESIS

SANCHEZ MORA (Randall), El Contrato de Transporte Marítimo en Contenedores, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987

SOLANO RIVAS (Karla), El Contrato de Transporte en Contenedores. Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1998

CONVENIOS INTERNACIONALES

Convenio Aduanero sobre Contenedores. Ginebra 18 de mayo de 1856

Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 “Reglas de Hamburgo”

Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos.

Convenio de Bruselas 1924

Reglas York Amberes 1994

Reglas de La Haya, 1924

CÓDIGOS

Código Civil de la República de Costa Rica

Código de Comercio de la República de Costa Rica,1853

Código de Comercio de la República de Costa Rica, 1964

Código Aduanero Uniforme Centroamericano y su Reglamento CAUCA Y RECAUCA, Editado en 1987

Ley General de Aduanas y su Reglamento, Editado en 1998

INTERNET

www.nacion.com Fotonoticia, La Nación, 18 de septiembre de 2006, p. 35

www.alcomex.com.ar Tipos de Contenedores, Centro de Información Integral para el Comercio Exterior. Consultado 11 de octubre de 2006.

Centro de Navegación de Uruguay. Contenedores. Cuadro de Condiciones y formas de operación. Consultado el 11 de octubre de 2006.

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Licda. Marianela Alvarez Blanco

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACION DEL ESTUDIO

CONCEPTO Y NATURALEZA
- **Naturaleza Jurídica del Contrato de Adhesión**
- **Tesis Normativa o Anticontractualista**
- **Tesis Contractualista**
- **Tesis Intermedia**

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESION
- **Ventajas**
- **Crítica**
- **Características Generales**
- **Elemento subjetivo**
- **Predisponente**
- **Adherente**
- ***SUMARIO* Objeto del Contrato y Formalidade**

CONTENIDO DEL CONTRATO
- **Cláusulas o Condiciones Generales**
- **Conflicto entre cláusulas generales y particulares**
- **Conflicto entre cláusulas generales**
- **Cláusulas Abusivas**
- **Clasificación de las cláusulas abusivas**
- **Cláusulas formalmente ilícitas (ilegales) o vejatorias**
- **Cláusulas leoninas o extremadamente onerosas**
- **Algunas cláusulas formalmente ilícitas**
- **Declaratoria de Cláusula Abusiva**
- **Control estatal**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El contrato se eleva en nuestro medio, como el acto jurídico por excelencia. Por medio de él, los sujetos de derecho acuerdan el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial[1].

El presente análisis doctrinal y jurisprudencial, se circunscribe no a un contrato específico, sino al estudio de una de las clasificaciones que la doctrina ha dado a los contratos: los contratos de adhesión, de los cuales se estudiará su concepto y naturaleza jurídica.

Asimismo, se hará un recuento de uno de los temas mayormente analizados en doctrina con respecto al tema de los contratos de adhesión: las cláusulas abusivas y su tratamiento en doctrina y jurisprudencia.

JUSTIFICACION DEL ESTUDIO

Una parte de la teoría general de los contratos, estudia la existencia de una actividad previa a la suscripción del mismo por las partes. En tesis de principio, de previo a la celebración de un contrato, los sujetos se reúnen para exponer sus intereses, con miras a adecuar los mismos a los intereses de la otra parte o partes de la contratación. A estas actuaciones, se ha dado el nombre de actos pre-contractuales.

Sin embargo, esta "situación ideal" en la que todas las partes de un contrato cuentan con el tiempo y la libertad de discutir a fondo todas y cada una de las cláusulas integrantes del contrato, es decir, de conformar el mismo de acuerdo a su voluntad, se contrapone a un interés también tutelado por el ordenamiento: la agilidad en las relaciones mercantiles.

De cara al fenómeno de la organización económica de la Empresa, a lo que la doctrina ha llamado *producción en masa*[2], y al acelerado aumento en el número de sus consumidores, resulta virtualmente imposible que las empresas establezcan un contrato distinto en el que se discuta su contenido con todos y cada uno de sus clientes.

"Como se ve, a diferencia de los contratos de libre discusión, en los adhesivos se estima que el volumen del tráfico mercantil o industrial y sus ritmos vertiginosos o acelerados, le impiden a la empresa que predetermina unilateralmente el clausulado discutir, caso por caso, las condiciones del contrato"[3].

Como respuesta a dicha necesidad, dentro de los llamados contratos modernos, surgen los contratos de adhesión los cuales obvian, de acuerdo al interés del mercado en la mencionada agilidad en la producción de bienes y servicios, la fase de discusión en la precontratación[4].

Cabe mencionar que la contratación por adhesión, de acuerdo a lo apuntado, adquiere gran relevancia en el ámbito de la contratación internacional. En el intercambio de bienes y

1 BAUDRIT (Diego), p. 11.
2 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 45.
3 Sala Constitucional, Sentencia N° 1556, San José, a las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007.
4 "… lo que actualmente concebimos como contrato es una respuesta a esa inevitable masificación que se vive hoy en día y que se manifiesta prácticamente en todos los ámbitos de la vida humano. Los contratos por adhesión, por lo tanto, constituyen una de las tantas modalidades nuevas de contratación, tendientes a dar celeridad a las transacciones mercantiles". MONTEIL, p. 12.

servicios entre empresas de distintos países, o incluso entre países, de cara a su incremento acelerado en casos e importancia, los contratos de adhesión se convierten en la regla, y no la excepción, en la contratación internacional. De ahí, que es común la utilización de condiciones generales en contratos bancarios, derecho marítimo, contratos de distribución, crédito documentario[5], entre otros.

En derecho comparado, la mayoría de legislaciones tienen regulaciones específicas en cuanto a las cláusulas abusivas, las cuales, de acuerdo con la jurisdicción que conozca los conflictos, pueden ser aplicadas para resolver los conflictos de comercio internacional.

Sin embargo, como parte de los esfuerzos de cara a la integración del Derecho económico internacional, la iniciativa UNIDROIT, ha incluido en sus "Principios sobre los contratos de comercio internacional"[6], una serie de normas de interés para la presente investigación, especialmente en cuanto a la posibilidad de ser aplicados mediante el arbitraje acordado por las partes en los contratos internacionales, ya sea por su inclusión expresa en los acuerdos, por el acuerdo de las partes en su utilización, o por su aplicación como doctrina jurídica[7].

CONCEPTO Y NATURALEZA

En términos generales, contratos de adhesión son aquellos *"cuyas cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra modifique o haga contraoferta, sino que las acepte pura y simplemente, o que no contrate"*[8].

En igual sentido, la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del Consumidor, en adelante Ley 7472, procede a definir los contratos de adhesión como:

"Convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante".

La Sala Constitucional, en un reciente pronunciamiento, señala en forma clara los elementos definitorios de los contratos de adhesión, sean la pre-redacción del contrato por una parte, la imposibilidad para la otra parte de modificar el contenido contractual y, agrega la Sala, la estandarización de las relaciones contractuales mediante la redacción de las condiciones generales del contrato.

---

5 Sobre crédito documentario, y su naturaleza de contrato de adhesión, existe un amplio estudio realizado por VALLADARES y ZUÑIGA, quienes sostienen que en Costa Rica, el Crédito Documentario que se realiza con los Bancos es un contrato de adhesión, en el que el reverso del formulario, contiene cláusulas generales que cumplen con las características de disparidad entre el poder de negociación entre las partes, estado de compulsión, aceptación en bloque del esquema contractual predispuesto, integración del contrato con cláusulas generales y remisión a las Reglas y Usos Uniformes Relativas a Créditos Documentarios.

6 A cuya revisión del año 2004, se hará referencia en el presente estudio.

7 PEREZ VARGAS (Víctor) y otro, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Practice, Antología del Posgrado de Derecho Comercial, San José: Universidad de Costa Rica, 2008.

8 ALBALADEJO, citado por MONTEIL, p. 18.

"VI.- La expresión "contrato de adhesión" se atribuye a Saleilles que la formuló a principios del siglo pasado, la cual, posteriormente, se generalizó en Francia y el resto de Europa. Con ese concepto, se hace referencia a la contratación masiva efectuada por un empresario mercantil o industrial que posee un contenido predeterminado o prefijado. Dentro de las características más notables de esta especie de contratos se encuentra en que su celebración no es precedida por una libre discusión del contenido posible del contrato por las partes contratantes. Consecuentemente, el clausulado del contrato, únicamente, puede ser aceptado (adhesión) por una de las partes, dado que, posen un contenido inmodificable" [9].

Existe una subespecie de contratos de adhesión, denominada por la doctrina "contratos tipo", es decir, fórmulas cuyo contenido es redactado por autoridades estatales o profesionales o agrupaciones gremiales para el uso de terceros[10].

PEREZ[11] también hace la distinción entre los contratos de adhesión y los contratos uniformes, de gran uso en el comercio internacional, en los cuales las partes acuerdan el empleo de términos ya existentes o reglas de comercio preestablecidas (como serían por ejemplo los INCOTERMS, preparados por la Cámara de Comercio Internacional). Dichos contratos no son de de adhesión, cuando han sido bilateralmente negociados y finalmente pactado su uso y no existe disparidad entre las partes negociantes.

Naturaleza Jurídica del Contrato de Adhesión

La doctrina consultada señala tres diversas tesis en cuanto a la Naturaleza Jurídica de los contratos de adhesión, las cuales se exponen a continuación en forma sucinta:

Tesis Normativa o Anticontractualista

Señala la teoría general del contrato, como uno de sus prepuestos, la voluntad libremente formada y expresada.

"El querer interno debe haber sido formado libremente para que produzca, con su exteriorización, los efectos jurídicos correspondientes. La voluntad debe estar libre de vicios: error, intimidación y dolo"[12].

En atención a la imposibilidad de libre manifestación de la voluntad por parte del adherente, concretamente en cuanto a las disposiciones contractuales, esta tesis niega a los contratos de adhesión la categoría de verdaderos contratos.

Dala la similitud de dicha circunstancia con el caso de los reglamentos, se enmarca a los contratos de adhesión como normas o derecho objetivo, impuesto sea porque su difusión les otorga carácter de derecho consuetudinario, o porque el emisor es un órgano o institución estatal.

"El oferente dispone de potestades reglamentarias, parecidas a las de una autoridad pública, por medio de las cuales impone su

---

9 Sala Constitucional, Sentencia N° 1556, San José, a las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007.
10 BAUDRIT (Diego), p. 41.
11 PEREZ, Las condiciones…, p. 185.
12 BAUDRIT (Diego), p. 15.

ley a una colectividad determinada, la cual se limita a aceptar esas condiciones por un "acto-adhesión"[13].

Tesis Contractualista.

Por su parte, la tesis contractualista defiende la condición de este tipo de actos jurídicos como contratos, sosteniendo que el derecho objetivo requiere de la actuación particular del legislador que manifiesta el querer general de la nación, y que los sujetos no pueden librarse por su propia voluntad de la sujeción a un reglamento.

En cuanto a la crítica formulada por los normativistas, señala la segunda tesis que en los contratos de adhesión sí existe, y se hace imprescindible, una manifestación libre de voluntad por parte del adherente hacia la suscripción del contrato, aunque no en la redacción de su contenido. De ahí, que en ninguna medida los contratos de adhesión poseen la obligatoriedad de ajustarse a los mismos, requisito indispensable de las normas jurídicas.

Tesis Intermedia

Esta tesis manifiesta que los contratos de adhesión son norma, si los impone o aprueba el Estado, y contrato en aquellos casos en que las partes son entes privados. Sin embargo, a esta tesis se puede hacer la crítica que no toda actuación por ser estatal deviene en normas, por cuanto el Estado, a modo de ejemplo, puede realizar contrataciones. A su vez, existe innegablemente la voluntad de contratar por parte de ambos sujetos en un contrato de adhesión[14].

No hay duda en cuanto a que las actuaciones precontractuales, no son elemento esencial del contrato, como tampoco lo es la igualdad entre los contratantes. De ahí que, en la actualidad los contratos de adhesión pueden ser sin peligro clasificados como contratos, aún cuando el predisponente sea una entidad estatal, por cuanto siempre existe el consentimiento del adherente como requisito indispensable para que el nacimiento de los efectos jurídicos.

"… ¿a qué propósito apuntaría la aceptación de las condiciones generales como presupuesto esencial de su eficacia, si se les reconocería naturaleza normativa? Parece de Perogrullo señalar que es inconciliable la vigencia de un derecho objetivo subordinado a la aceptación de sus destinatarios concretos"[15].

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS CONTRATOS DE ADHESION

A continuación, se hará una mención de los juicios de valor emitidos por distintos autores en cuanto a los contratos de adhesión.

Ventajas

- Para las empresas e instituciones estatales, los contratos de adhesión poseen la gran ventaja de simplificar los negocios jurídicos de la misma clase. No teniendo que pasar por el proceso de sentarse a negociar con cada cliente de cara a la contratación,

13 CARVAJAL, p. 56.
14 En este sentido ver Sala Constitucional, Sentencia No 2307-95, San José, a las 16:00 horas del 9 de mayo de 1995.
15 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 70.

disminuye la inversión de tiempo y dinero para el predisponente, y promueven un acceso rápido a los bienes y servicio para los adherentes.

- Mediante condiciones generales estables y conocidas, se posibilitan la seguridad y previsión de la responsabilidad legal entre las partes[16]. Incluso, en la práctica el adherente puede fácilmente conocer y estudiar las cláusulas que regirán su contrato, con una labor previa de investigación. En este sentido, favorece la posición igualitaria entre clientes o adherentes de un tipo de contrato

Críticas

- La principal desventaja que la doctrina atribuye a este tipo de contratos, consiste en la limitación de la libertad de contratación[17] o mejor entendido, a la autonomía de la libertad del adherente, quien no se encuentran en posibilidad de discutir y lograr que sus intereses particulares se reflejen en el contenido del pacto. Esto se acentúa más en contratos en los que el adherente es usuario, es decir, cuando no existe otra opción para adquirir el bien o servicio, que la suscripción del contrato de adhesión

- Otra crítica a este tipo de contratos consiste en la disparidad en cuanto a las relaciones de poder entre las partes, lo cual acentúa aún más la primera crítica esbozada. Dicha disparidad se hace evidente cuando el predisponente es el Estado y las partes se ven obligadas a suscribir el contrato por existencia de un monopolio estatal. Sin embargo, también en el caso de los empresarios, ha de reconocerse su poder sobre el pequeño consumidor.

- Señala ROMERO-PEREZ[18] como otra de las desventajas en este tipo de contratos, la fuerza económico del predisponente, quien posee una asearía legal y financiera de la que carece el adherente, lo cual se acentúa como desventaja por la costumbre de redactar este tipo de contratos en términos oscuros.

- En el ámbito procesal, STIGLITZ[19] menciona importantes obstáculos para el acceso de la parte adherente a la justicia, siendo estos el factor sicológico en cuanto a la falta de conciencia de los derechos por parte de la mayoría de los consumidores, sentimiento de impotencia ante el poderío económico del predisponente y exigüedad de la lesión en contraposición con los eventuales costos del proceso, entre otros.

Características Generales

Una vez señaladas las principales teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, es conveniente reiterar en que los mismos, corresponden a una categoría de contratos.

---

16 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 20.

17 "Al elevarse la voluntad coincidente de ambos como "contenido contractual" a la categoría de norma vinculante de su conducta recíproca (…) toman parte constructivamente en la creación de su relación jurídica. Lo establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino como algo que contemplado en su conjunto es razonable y justo" STIGLITZ y STIGLITZ, p. 43.

18 ROMERO-PEREZ, p. 193.

En este sentido, no aplica para el presente estudio general un análisis detallado de los elementos y características como si de un contrato específico se tratara (por ejemplo contrato de seguro, tarjeta de crédito, clubes). Sin embargo, cabe hacer algunas anotaciones generales.

Elemento subjetivo

En los contratos de adhesión las partes no "convienen" en las cláusulas, sino que una parte se "adhiere" a las condiciones propuestas por la otra. MESSINEO[20] habla de una situación de disparidad entre las partes contratantes en razón de dicha imposición en cuanto al contenido del contrato.

Predisponente

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 7472 el predisponente es el "sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, cuando desee contratar".

A este sujeto corresponde en su totalidad, la labor de redacción del contrato. Usualmente este papel lo asumen *"grandes empresas que ofrecen productos o servicios de forma masiva"*[21], aunque podría se aplicado por cualquier sujeto de derecho. Existen casos en los que también el Estado se constituye en parte predisponente, incluso frente a supuestos de monopolio estatal.

Adherente

Este sujeto, usualmente denominado consumidor o parte débil[22], en la mayor parte de los casos no ha sido determinado al momento de la redacción del contrato. La ley 7472 lo llama "consumidor", aunque se puede hablar también de factores intermedios de los procesos de producción, especialmente en la contratación internacional, como por ejemplo grandes empresas que contratan entre ellas, o incluso Estados.

La actividad del adherente en la contratación, se limita a manifestar su acuerdo simplemente[23]. Es, según el citado artículo de la ley 7472, el "sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente".

Para STIGLITZ, característica del adherente, es su estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente. La alternativa consiste en aceptar en bloque, el esquema programado por el predisponerte o no contratar, lo cual en el caso de los servicios públicos, por ejemplo, no es una posibilidad[24].

Objeto del Contrato y Formalidades

Según PLANIOL Y RIPERT, el objeto del contrato de adhesión lo constituye *"la prestación de un servicio privado con utilidad pública, pre-*

---

19 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 251.
20 MESSINEO, citado por MONTEIL, p. 22.
21 MONTEIL, p. 35.
22 MONTEIL, p. 43. No obstante, cabe aclarar que la "debilidad" de esta parte, no siempre puede equipararse con menor poder económico, sino específicamente con la imposibilidad de modificar las cláusulas contractuales.
23 BAUDRIT (Diego), p. 41.
24 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 51.

tendido por todo el mundo y que solamente una persona determinada puede proporcionar"[25]. Sin embargo, dicha afirmación no puede ser establecida para todos los contratos de adhesión. Más aún, el objeto del contrato de adhesión solo puede ser desarrollado en cada tipo de contrato específico.

En principio, para los contratos de adhesión, rige la informalidad propia de las materias civil y comercial. Existen contratos de adhesión consensuales. Por ejemplo, CARVAJAL[26] hace referencia, como una posibilidad de manifestación del contenido de los contratos de adhesión, a la colocación de letreros o anuncios en el local de la empresa, donde se informa a los clientes condiciones relacionadas con el contrato verbal dentro del giro comercial.

Esto es común por ejemplo en los Contratos de Estacionamiento. En los llamados parqueos o estacionamientos, usualmente se puede encontrar letreros que señalen *"La empresa no se hace responsable por daños o sustracción de objetos del vehículo"*[27].

CONTENIDO DEL CONTRATO

Cláusulas o Condiciones Generales

En cuanto al contenido de los contratos de adhesión, la doctrina favorece el estudio de las llamadas cláusulas generales, las cuales son definidas por CASTRO Y BRAVO como:

"… aquellas cláusulas elaboradas unilateralmente por un empresario, a las que ha de ajustarse necesariamente el contenido de todos los contratos que en el futuro se propone celebrar, condiciones que son impuestas a todos los ulteriores contratantes, que ven la necesidad de aceptarlas si quieren celebrar el contrato de la misma forma que se acatan las normas generales y abstractas de una ley"[28].

En síntesis, dichas cláusulas son las disposiciones contractuales redactadas de previo y para uso extensivo por el predisponente, y suscritas al momento de la contratación por los adherentes. A modo de ejemplo, es común la utilización de formularios impresos en los que se deja espacio solamente para completar algunos datos.

En cuanto a la contratación internacional, los principios UNIDROIT, prevén las llamadas *cláusulas estándar*[29], cuya definición las equipara a las condiciones generales de los contratos de adhesión. La importancia y uso de las condiciones generales en la contratación es tal, que incluso se les ha llegado a asignar la categoría de fuente de derecho comercial[30]. Esta apreciación puede ser discutible por

---

25 Cita de MONTEIL, p. 36.
26 CARVAJAL, p. 70.
27 Tanto en doctrina como en la Ley de Parqueos Públicos del país, se ha señalado la condición abusiva y correspondiente nulidad de este tipo de estipulaciones, tomando en consideración que las medidas de seguridad en los parqueos son parte de las obligaciones esenciales a estos tipos de contratos.
28 CASTRO y BRAVO, citado por MONTEIL, p. 56.
29 "Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte." Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, artículo 2.1.19 (2).
30 Como señala la exposición de motivos del Código de Comercio de Honduras, citado por PEREZ, Las condiciones…, p. 188-189.

cuanto cada cláusula debe pasar primero un estudio para determinar que la misma no sea abusiva.

Conflicto entre cláusulas generales y particulares

En los contratos de adhesión, existe la posibilidad que la partes, junto con las cláusulas generales, establezcan ciertos acuerdos o condiciones particulares *"que las partes introducirán, conforme a la naturaleza del negocio celebrado, mediante los mecanismos corrientes de formación del consentimiento"*[31] Dichas condiciones particulares tienen como objeto, según STIGLITZ, consignar elementos específicos de la relación singular o, en otros casos, sustituir de cara al negocio específico las cláusulas generales.

Por la coexistencia entre cláusulas generales y particulares en los contratos de adhesión, cabe la posibilidad que en un contrato exista, entre unas y otras, contradicciones de fondo. Para este supuesto la Ley 7472, en el artículo 42, establece que en caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales.

Es decir, dicha cláusula general deviene ineficaz precisamente por cuanto, tanto la doctrina como el legislador costarricense, dan mayor tutela a condiciones formadas a partir de un verdadero consenso de voluntades entre las partes, tendiente a la modificación de las fórmulas generales del contrato[32].

Dicho criterio aplica también en la contratación internacional. A modo de ejemplo, los principios UNIDROIT resuelven en igual sentido, prevaleciendo la cláusula particular sobre la general[33].

Conflicto entre cláusulas generales

Especialmente en la contratación entre empresas de un giro comercial amplio o entre empresas estatales, puede darse el caso que ambos contratantes utilicen en la contratación, su propio elenco de condiciones generales.

Evidentemente, lo recomendable en este caso sería la revisión del contenido de cada formulario utilizado de cara a la armonización de las cláusulas generales. Sin embargo, éste no será siempre el caso, por lo que pueden darse conflictos en cuanto al contenido y efectos de la contratación según la cláusula que se aplique (battle of forms).

El supuesto no es regulado por la legislación costarricense. En comercio internacional, los principios UNIDROIT señalan en el artículo 2.1.22 que en la contratación en la que ambas partes utilizan "cláusulas estándar" y no se acuerda nada específico sobre ellas, solo serán aplicables aquellas "sustancialmente comunes".

Cláusulas Abusivas

Se desprende de las críticas apuntadas a los contratos de adhesión, que ellos por sí mismos no son violatorios de los derechos

---

31 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 75.

32 Como fundamento adicional a dicha interpretación, agrega STIGLITZ que la cláusula manuscrita o mecanografiada se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, por lo que revela la auténtica y real intención de las partes. STIGLITZ, p. 77. Sin embargo, no existe disposición expresa, en este sentido, en la legislación costarricense.

33 Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, artículo 2.1.21.

fundamentales de los consumidores. El peligro radica en la facilidad con la que el predisponente puede insertar en ellos, cláusulas generales que atenten contra dichos derechos.

A estas cláusulas se les llama en doctrina cláusulas abusivas, y aunque su estudio ha sido ligado a los contratos de adhesión, pueden existir también en contratos de libre discusión (donde son factibles los supuestos de disparidad de poder de negociación entre las partes). Sin embargo, en los contratos de adhesión, dada la inexistencia de la fase de tratativas precontractuales, el adherente corre un alto riesgo de encontrarse con cláusulas generales abusivas.

MONTEIL define como cláusula abusiva *"aquella estipulación contractual en la que falta el requisito esencial de la buena fe y cuyo articulado provoca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, en perjuicio de los consumidores o Usuarios"*[34].

La Sala Primera, por su parte, cita a Juan M. Farina, en su definición de cláusula abusiva:

"… concretamente se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p. ej., en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a condiciones impuestas por aquella"[35].

La ya mencionada situación privilegiada del empresario o predisponente, respecto al adherente, facilita para el primero la consignación en el contrato de *"cláusulas impuestas redactadas de forma tal que los intereses de la empresa se hallan garantizados por ventajas que toma a su cargo la contraparte, así como los riesgos, onerosidad y sacrificios recalcadamente gravosos, desviados al consumidor y que desatienden el principio conmutativo de reparto de los intereses en conflicto"*[36].

Debe tomarse en consideración, que el estudio del abuso en una cláusula general, no recae exclusivamente en la creación de una ventaja a favor de una de las partes, sino en la creación conciente y querida de una desventaja injustificada a las condiciones del adherente. En este sentido se señala como elemento de dichas cláusulas el atentar contra la buena fe en la relación contractual.

Clasificación de las cláusulas abusivas

De acuerdo con lo señalado por la doctrina y jurisprudencia en el tema, podría hacerse una distinción general entre dos tipos de cláusulas de adhesión. Dice la Sala Primera:[37]

---

34 MONTEIL, p. 64.
35 Sala Primera de la Corte, Sentencia N° 65, de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996.
36 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 96.
37 Sala Primera de la Corte, Sentencia N° 756, de las 9:35 horas del 19 de octubre del 2007.

"… conforme al ordinal 1023 ibidem, los órganos jurisdiccionales pueden ejercer un control que les permite anular las cláusulas abusivas o leoninas que eventualmente puedan introducirse. Además, en virtud de lo estatuido por el párrafo primero de ese mandato, pueden analizar los aspectos de equidad de esos "acuerdos" a fin de buscar un justo equilibrio en el marco de las contraprestaciones, de manera que no exista un beneficio excesivo o injustificado a favor de uno o de otro".

Concretamente, se hablaría de una clasificación de cláusulas ilegales y las cláusulas leoninas[38], las cuales se detallan a continuación.

Cláusulas formalmente ilícitas (ilegales) o vejatorias:

Estas cláusulas se contraponen explícitamente a normas legales. Inicialmente, puede afirmarse, que en el derecho costarricense, existe una amplia lista de cláusulas formalmente ilícitas en los artículos 1023 del Código Civil y 42 de la Ley 4772, que a su vez ha sido categorizada como numerus apertus.

Sin embargo, la doctrina patria no es pacífica en dicho punto. Mientras que para autores como BAUDRIT[39] y SOLANO, el artículo 42 vino a especificar y completar la lista de supuestos del Código Civil, autores como CAPPELLA y ROMERO consideran que el citado artículo de la ley 7472 realmente vino a derogar tácitamente el artículo 1023, de acuerdo con el principio que ley posterior deroga ley anterior.

En atención a un análisis comparativo de ambos artículos, y de la diferencia y complementariedad entre los supuestos de una y otra norma, cabe afirmar que el contenido del artículo 42 citado, realmente es complementario y no derogatorio. En todo caso, el principio de ley posterior, no es de aplicación general, sino un remedio para el caso de conflicto entre normas.

La Sala Constitucional comparte la posición de mantener la vigencia de la lista contenida en el artículo 1023 de Código Civil, como se puede desprender de la siguiente sentencia del año 2007:

"En nuestro ordenamiento jurídico, este control reside en la jurisdicción ordinaria, dado que, el artículo 1023 del Código Civil hace un elenco de las cláusulas contractuales que los Tribunales ordinarios, a solicitud de parte, pueden declarar como absolutamente nulas en los contratos adhesivos. Bajo esta inteligencia, si la parte adherente estima que una cláusula es abusiva debe acudir ante la jurisdicción ordinaria o de legalidad aduciendo tal circunstancia"[40].

La lista del artículo 42 citado aplica, según su tenor, a contratos civiles y mercantiles, sin hacer referencia al componente subjetivo consumidor. Sin embargo, por la ubicación del artículo, podría discutirse que la norma se aplica exclusivamente para la materia del consumidor, y de ahí la importancia de la vigencia del artículo 1023 del Código Civil.

---

38 NARVAES, hace una división tripartita entre cláusulas ilegales, abusivas (las cuales pueden equipararse con las leoninas) y excesivas (se traducen en menoscabo de un derecho ajeno), citado por PEREZ, Las condiciones…, p. 184.

39 BAUDRIT (Luis), Comentarios a la nueva Ley de Protección al Consumidor, IVSTITIA, San José, Año 9, N° 101, p. 10.

40 Sala Constitucional, Sentencia N° 1556, San José, a las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007.

En primer término, señala la Ley 7472, en su artículo 42, que “en los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria”.

Esta norma, regula supuestos en los que el proponente hace referencia a cláusulas contenidas en otros documentos, distintos a los que se firman en la contratación (a esto se llama cláusulas de remisión). Ello no violenta de por sí el ordenamiento, siempre que el adherente pueda llegar a conocerlas de previo a contratar, “bajo la medida de la diligencia ordinaria”[41], la cual deberá ser determinada en caso de conflicto.

La sanción a esta contravención deviene según la interpretación de CAPELLA, en ineficacia relativa o inoponibilidad[42]. Ejemplos de contravenciones a dicho apartado general, pueden observarse en contratos o cláusulas escritos en letra demasiado pequeña, o las disposiciones redactadas de forma tal que se hace imposible para la parte interpretar correctamente su contenido. Sin embargo el artículo 42 sanciona con nulidad estos supuestos, en los artículos h) e i).

En aquellos casos en los que una cláusula general del contrato de adhesión resulte de difícil interpretación por la forma en que ha sido redactada, la Ley 7472, en su artículo 42 señala: “las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente”.

Esta disposición legal tiene una fundamentación lógica: en los contratos de adhesión es imposible atender a criterios subjetivos para “determinar cual fue la voluntad común de las partes”[43], por cuanto es el predisponente quien redacta la totalidad de las cláusulas generales;

De ahí, que la oscuridad en la redacción de las cláusulas generales, habrá de serle imputada a dicho sujeto, por su negligencia o mala fe, y su interpretación favorecer a quien no tuvo opción de participar dicha redacción, aún en perjuicio de los intereses del predisponente. Esta negligencia en la redacción, se agrava tomando en consideración que las empresas o instituciones que redactan los contratos de adhesión, tienen usualmente una preparación económica y legal, recursos y experiencia, que hace injustificable la existencia de redacciones oscuras en sus contratos[44].

A nivel internacional, en los principios UNIDROIT, se acoge la interpretación contra proferentem en la contratación, en el artículo 4.7. Dichos principios, también, regulan las cláusulas sorpresivas, en términos concordantes con el artículo 42 de la Ley 7472:

“Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte

---

41 CAPELLA, Observaciones… p. 15.

42 CAPELLA, Observaciones… p. 15.

43 VALLADARES, p. 89.

44 “Desde la época del Derecho Romano, en el Digesto los juristas Labeón y Paulo sostuvieron que cualquier oscuridad o ambigüedad de los convenios en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor. De aquí se desprendieron los conocidos principios, que buscan proteger a la parte más débil en la relación jurídica. Interpretatio contra stipulatorem: cuando en las cláusulas de un convenio se duda sobre ellas, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante. Favor debitoris: si hay una cláusula ambigua o dudosa, se interpretará a favor del deudor”. ROMERO-PEREZ, p. 190-191.

no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente"[45] .

Más aún, dichos principios, señalan como ayuda para la interpretación de una cláusula sorpresiva su contenido, lenguaje y presentación. En dicho sentido, una cláusula general cuyo contenido difiriese con lo usual en una rama del comercio, como sería por ejemplo señalar una jurisdicción aplicable de un tercer país, sería abusiva si no se consigna de forma tal que llamara la atención del adherente.

Cláusulas leoninas o extremadamente onerosas:

Son aquellas que, aunque no sean prohibidas expresamente por la ley, generan un desequilibrio en la relación contractual, al procurar dar evidente y desproporcional ventaja al predisponente, en perjuicio de los derechos de la parte adherente. A estas normas se les puede denominar tácitamente ilícitas por cuanto, aunque como ya fue señalado, no se encuentran tipificadas, transgreden los principios de equidad, moral, buenas costumbres u orden público.

Un ejemplo concreto de este tipo de cláusulas se encuentra en una Sentencia de la Sala Primera de la Corte, Sentencia N° 756, de las 9:35 horas del 19 de octubre del 2007. Dicho caso hacía referencia a una cláusula en los contratos de Seguro, en los que el Instituto Nacional de Seguros exigía a las partes llamar inmediatamente al instituto y esperar la llegada del funcionario, sancionando la falta de esta comunicación con el no pago de la póliza.

La Sala Primera indica que dicha cláusula, en evidente interés de beneficiar a la parte predisponente, no puede imputarse absoluta, es decir no puede considerarse por sí misma como un incumplimiento grave del contrato, sino que cada supuesto merece un análisis particular[46], aludiendo como criterio importante para la interpretación de los contratos de adhesión el principio de la buena fe[47] en los contratos.

"Cabe señalar que en estas relaciones, impera un principio de buena fe, pues como bien ha señalado el Ad quem, se sustenta sobre una base de confianza que en el contexto del acuerdo provoca que el asegurado espera y confía en la cobertura del asegurador en el evento de que ocurra el hecho condicionante (imprevisto) pactado, mientras que éste último tiene la expectativa de que el asegurado no incurrirá en conductas que lesionen el interés del negocio ni la verdad de lo acontecido"[48].

---

45 Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, artículo 2.20(1).

46 Para el caso de esa cláusula por ejemplo, señala como justificaciones la Sala "no podría considerarse como siempre obligatoria o insatisfecha cuando el asegurado no se encuentre en posibilidad inmediata de realizar el llamado, como sería, v.gr., el caso de un percance en el que deba ser hospitalizado, o que el imprevisto ocurra en un lugar en el cual no se tenga acceso a las vías de comunicación pertinentes, o que la comunicación como tal sea imposible." Sala Primera de la Corte, Sentencia N° 756, de las 9:35 horas del 19 de octubre del 2007.

47 "VII) (…) Este principio, que debe regir en la celebración y ejecución de todo contrato, debe inclinar a las partes a un comportamiento que tenga como objetivo el cumplimiento exacto del compromiso adquirido, no tanto teniendo en mira la literalidad del mismo, sino las consecuencias que conforme a este principio se desprenden de la naturaleza del contrato". Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, Sentencia N° 104, de las 13:05 horas del 16 de marzo del 2001.

48 Sala Primera de la Corte, Sentencia N° 756, de las 9:35 horas del 19 de octubre del 2007. En igual sentido Sala Primera de la Corte, Sentencia N° 65, de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996.

Algunas cláusulas formalmente ilícitas

Profundizando más el estudio, dentro de las cláusulas formalmente ilícitas, cabe estudiar algunos subtipos, previstos en la legislación costarricense.

Cláusulas limitativas de responsabilidad

Ante el incumplimiento por parte de un sujeto de la relación contractual, nace a la vida jurídica la obligación para dicho sujeto de reparar el daño causado a la otra parte. Sin embargo, dentro de las estipulaciones contractuales, uno de los contratantes podría, de previo a dicho incumplimiento, limitar a un monto fijo, o suprimir del todo la responsabilidad patrimonial en caso de acaecer dicho incumplimiento.

Como crítica a dichas cláusulas, señala la doctrina que las mismas se convierten en una invitación al predisponente a la negligencia e incluso el dolo, en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho tipo de cláusulas son previstas tanto por el Código Civil, como la Ley 7472.

El primero señala en su articulado, como cláusulas abusivas:

"… m) La que excluya o limite la responsabilidad del vendedor u oferente; n) La que faculta al vendedor u oferente para sustraerse de sus obligaciones contractuales, sin motivo justificado o sin la contraprestación debida; o) La que establezca renuncia del comprador o adherente a hacer valer sus derechos por incumplimiento del contrato o por defectuosa ejecución de éste".

Por su parte, el artículo 42 de la Ley 7472, sanciona con nulidad las cláusulas que "b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente… f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato".

En comercio internacional, este tipo de cláusulas son comunes por ejemplo en los contratos de transporte donde, de acuerdo con PEREZ[49], es usual encontrar la siguiente cláusula limitativa de responsabilidad: "El transportista no tendrá responsabilidad por la pérdida o daño cuando sean subsiguientes a la descarga del buque". Al respecto, los principios UNIDROIT en el artículo 7.1.6 señalan:

"Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento… no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato".

Cláusula de responsabilidad o pacto de garantía

Por medio de este tipo de cláusulas, el adherente se obliga a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en supuestos específicos, o en cualquier caso (pacto de garantía), aún en caso fortuito o fuerza mayor, en lo cuales por principio, tendría derecho a solicitar la resolución del contrato sin responsabilidad.

Al respecto, señala el artículo 42 de la Ley 7472 que son cláusulas abusivas: "f) Las de

49 PEREZ, Las condiciones…, p. 194.

renuncia por el comprador o adherente al derecho de rescisión del contrato en caso de fuerza mayor o en caso fortuito".

A su vez, para la segunda lo son aquellas que:

"c)… Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente, d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora".

Cabe hacer la aclaración que señala STIGLITZ[50], en cuanto a la licitud de los seguros contra responsabilidad civil, los cuales no se enmarcan dentro del tipo de cláusulas abusivas estudiado en este apartado, en tanto que el asegurador se constituya un obligado más en la relación, manteniéndose la responsabilidad del predisponente en caso que el seguro no alcance a cubrir en su totalidad, el pago por los daños ocasionados. De ahí que, el Código Civil, en el artículo mencionado, en su inciso r), señala como abusivas, las cláusulas que permiten al vendedor u oferente o al prestatario de un servicio, eximirse (cabría aclarar, en su totalidad) de responsabilidades para que sea asumida por terceros.

Prórroga de la competencia territorial

Señala el artículo 1023 del Código Civil como cláusulas abusivas: "e) Las que excluyen o restringen el derecho del comprador o adherente para recurrir a los tribunales comunes".

Con respecto a esta prohibición, y en relación directa con la configuración de la libre voluntad de los contratantes en los contratos de adhesión, puede estudiarse un pronunciamiento de la Sala Constitucional, en cuanto a la aplicabilidad de una cláusula arbitral en un contrato de seguros.

Para el caso concreto[51], se consultaba la constitucionalidad del artículo 25 de la Ley No 5279 en cuanto a la misma establecía "Toda cuestión de hecho o de derecho entre el asegurado y el Banco se resolverá por juicio arbitral." De igual forma, el Instituto Nacional de Seguros sostenía que la incorporación de una cláusula en dicho sentido en cada contrato, al ser el mismo firmado por el adherente, superaba cualquier obstáculo en cuanto a la "obligatoriedad" del arbitraje impuesto por la norma.

La Sala Constitucional se manifestó en desacuerdo con la posición del Instituto Nacional de Seguros. Más aún, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma o la invalidez de la cláusula en el contrato concreto, las despoja de su contenido.

"Para la Sala esa tesis no es recibo habida cuenta de que la norma contractual lo que hace es reiterar la disposición 25 legal y además no se debe olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo o de adhesión, con una institución aseguradora que tiene el monopolio de la actividad, de tal suerte que la facultad del asegurado para introducir aspectos de su interés o voluntad en el contrato de seguros no existe. No resulta entonces admisible la tesis que defiende el

50 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 114.
51 S.C.V., Sentencia No 2307, San José, a las 16:00 horas del 9 de mayo de 1995.

Instituto Nacional de Seguros en el sentido de que la sola introducción de una cláusula compromisoria en el contrato de seguros la hace consensual. Ninguna duda existe de que la voluntad es el primer elemento constitutivo del acuerdo compromisorio y si no hay posibilidad alguna para el asegurado de manifestarla se produce un vicio de constitucionalidad de la norma y de la cláusula contractual que, aniquilando la voluntad de una de las partes, la reitera"[52].

Inversión de la carga de la prueba

Las reglas generales en cuanto a la carga de la prueba, señalan que corresponde a quien afirma un hecho, aportar los elementos de prueba para sustentarlo. Asimismo, se releva la carga de la prueba en cuanto a la negación de un hecho[53].

En atención a la jerarquía de este principio procesal de la carga de la prueba, la legislación costarricense, en el artículo 1023 del Código Civil, sanciona la cláusula que limita la libre apreciación de la prueba por parte del juez, es decir "… que impone a una de las partes del contrato la carga de la prueba, cuando ello corresponde normalmente al otro contratante".

STIGLITZ[54] va más allá, señalando que las cláusulas que devienen en inversión de la carga de la prueba, atentan contra el derecho de defensa de uno de los contratantes, colocándolo en un estado de indefensión.

Modificaciones unilaterales al contrato

Sanciona con nulidad absoluta el artículo 1023 inciso a) del Código Civil, aquellas cláusulas "de conformidad con las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar, por sí solo si el bien vendido es conforme al mismo". En sentido similar puede interpretarse el artículo 42 de la Ley 7472 en cuanto a sancionar las cláusulas que faculten al predisponente a "modificar las condiciones del contrato".

A modo de ejemplo, con base en la primera norma citada, la Sala Primera declaró la nulidad de una cláusula de intereses fluctuantes en un contrato bancario, con el argumento que la variación de los intereses quedaba sujeta a la unilateralidad de la parte acreedora[55].

---

52 Sin embargo, en dicho voto la Sala declara no inconstitucionalidad de la norma cuestionada "sólo resulta constitucional en tanto se interprete que toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el Asegurado relativa al contrato póliza, será resuelta por juicio arbitral cuando así lo elija el asegurado. No se podrá impedir a ninguna persona en virtud de esta disposición normativa -ni de una cláusula contractual que la reitere- el acceso a los tribunales de justicia para obtener tutela judicial efectiva".

53 Para Chiovenda, el actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos, los que impiden producir a los hechos el efecto que les es propio. Igualmente corresponde al demandado probar los hechos extintivos, como el cumplimiento de la obligación" Cita de STIGLITZ, p. 172-173.

54 STIGLITZ y STIGLITZ, p. 179.

55 "VI (…) hay un principio general, de rango constitucional, según el cual las potestades para modificar unilateralmente los contratos privados, aun consentidas en ellos por las partes, no pueden depender de la voluntad de una de ellas, ni de hechos cuyo riesgo le corresponda asumir a una y no a ambas partes por igual". Sala Primera de la Corte. Sentencia N° 35, de las 14:50 horas del 8 de marzo de 1995.

Declaratoria de Cláusula Abusiva

Con base en el artículo 42 de la Ley 7472, la sanción que da el ordenamiento a la existencia de cláusulas abusivas en la contratación, es la nulidad absoluta de dichas cláusulas (o del contrato en aquellos casos en que la cláusula interpretada como abusiva sea parte integral de la contratación) o la nulidad relativa, dependiendo de la lesividad de la misma, para lo que se remite al lector a dicha norma.

Asimismo, de acuerdo con CAPELLA[56] el artículo en mención habla de un tercer remedio ya no en cuanto a las cláusulas abusivas, sino en cuanto a las cláusulas generales que, como fue anotado en apartados anteriores, no son del conocimiento efectivo de las partes, las cuales devienen en ineficaces en cuanto a la parte adherente.

Por su parte, la lista de cláusulas abusivas contenidas en el artículo 1023 del Código Civil genera cierta confusión por cuanto, si bien sanciona la existencia de cláusulas abusivas con "nulidad absoluta", establece que la misma es decretada a "solicitud de parte", lo cual para efectos prácticos, equiparaba la sanción con los efectos de una anulabilidad o nulidad relativa.

La legitimidad para solicitar la invalidez de las cláusulas abusivas la posee el adherente en primera instancia como interesado, y también por disposición legal, toda organización representativa de los consumidores (artículo 1023 del Código Civil).

Control estatal

De cara a la latente posibilidad de inequidades entre las partes contratantes en los contratos de adhesión, el legislador se ha visto en la necesidad de regular relaciones que por principio deberían ser dejadas a la libre voluntad de los sujetos. Dicha intervención, se fundamenta en la intención de equiparar las relaciones contractuales o, en otros términos proteger a la parte débil de la relación jurídica.

Ejemplo de esta intervención lo constituyen la creación de normas de interpretación de cláusulas generales vistas en el apartado anterior, y las listas de cláusulas abusivas en la contratación. Pero además, existen otros tipos de intervención del Estado en la contratación adhesiva.

Como control a priori, se encuentran por ejemplo, en aquellos casos en los que el Estado o alguna de sus instituciones es la parte predisponente, normalmente existe un control preventivo, en el que se requiere autorización previa para la utilización de las cláusulas de adhesión[57].

A posteriori, debe aclararse que en el caso de la reclamación de anulación de contratos de adhesión, en Costa Rica no procede la vía administrativa ante la Comisión Nacional del Consumidor, sino que el consumidor afectado debe acudir a los Tribunales Civiles mediante el proceso sumario del Código Procesal Civil. Esto, de acuerdo con BADILLA[58], se justifica en que la anulación de las cláusulas abusivas

56 CAPELLA, Observaciones… p. 15.
57 BAUDRIT (Diego), p. 43.
58 BADILLA y otras, p. 340.

en los contratos de adhesión, es un tema en el que existe desacuerdo, precisamente sobre la voluntad de las partes, y que ello debe ser conocido en vía judicial y no administrativa.

Sin embargo la Oficina de Defensa del Consumidor, posee como una instancia administrativa, la función de velar por la protección de los intereses de los consumidores adherentes. La ley 7472, al mencionar los derechos irrenunciables del consumidor, señala entre ellos "protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección" (artículo 32, en relación con el artículo 46). En este sentido, incluso la ley mencionada otorga legitimación a dicha oficina para solicitar la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de su competencia.

Otra manifestación de la intervención estatal, se producido con el control judicial y la anulación por parte de los Tribunales de cláusulas abusivas en la contratación.

CONCLUSIONES

De cara al fenómeno actual de la organización del comercio tanto a nivel nacional cuanto especialmente en la contratación internacional, los contratos, así como las transacciones comerciales, sufren un fenómeno de estandarización en cuanto a sus cláusulas y la aplicación masiva de las mismas.

Sería ilógico en el contexto actual, exigir con fundamento en la libertad de contratación, la discusión individualizada del contenido de cada uno de los contratos que se pactan entre los sujetos, y de ahí surge la aplicación y uso extendido de las cláusulas generales en la contratación.

Sin embargo, los ordenamientos jurídicos modernos, conscientes de esta realidad, han visto la necesidad de tutelar especialmente a aquellos individuos o grupos que, de cara a la estandarización en los contratos, pueden llegar a ver lesionados sus derechos por la obligatoriedad de firmar dichos acuerdos para adquirir los servicios o bienes indispensables, en muchas ocasiones, para el adherente.

Esta tutela se traduce en la sanción de las cláusulas abusivas en la contratación, es decir, aquellas disposiciones que explícita o implícitamente atentan contra el equilibrio y la buena fe en las prestaciones contractuales, en perjuicio de la parte adherente.

De ahí la importancia del amplio análisis doctrinal y jurisprudencial existente en cuanto a la contratación por adhesión y los principios para interpretación de cláusulas abusivas. Criterios claros para la identificación de dichas cláusulas ayudan a la seguridad jurídica en la contratación mercantil, y protegen a su vez a los adherentes del abuso del derecho por parte de grandes empresas o estados.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BAUDRIT CARRILLO (Diego), Teoría General del Contrato, Segunda Edición, San José: Juricentro, 1990.

BAUDRIT (Luis), Comentarios a la nueva Ley de Protección al Consumidor, IVSTITIA, San José, Año 9, N° 101, pp. 4-12.

BADILLA VARGAS (Paula) y otros, Propuesta de Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en el ámbito de los contratos de adhesión, Tomo II, San José: Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

CAPPELLA MOLINA (Gino), Observaciones Generales en tema de los contratos de adhesión. Apuntes sobre las nuevas disciplinas, IVSTITIA, San José, Año 10, N° 116-117, Agosto – Setiembre, 1996, pp. 13-21.

CAPPELLA MOLINA (Gino), Problemas procesales derivados del derecho del consumidor, IVSTITIA, San José, Año 11, N° 128, Agosto, 1976, pp. 4-19.

MONTEIL VIDAL (Cindy Marcelle), Cláusulas Abusivas y Contratos por adhesión en el Comercio Internacional, San José: Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

PEREZ VARGAS (Víctor), Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Separata, Ponente general Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Editorial Civitas, S.A.

PEREZ VARGAS (Víctor) y otro, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Practice, Antología del Posgrado de Derecho Comercial, San José: Universidad de Costa Rica, 2008.

ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), Derechos del Consumidor. Revista de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, San José, Nº 100, 2003, Enero - Abril, pp. 183-217.

SOLANO DURAN (Carol), Análisis Comparativo del Abuso en la Contratación de Adhesión en Latinoamérica, San José: Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

STIGLITZ (Rubén) y otro, Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

VALLADARES VEGA (Oscar Adolfo) y otro, Credito Documentario, Condicones Generales De La Contratacion Y Clausulas Abusivas, San José: Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1996.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional, Sentencia N° 2307, San José, a las 16:00 horas del 9 de mayo de 1995.

Sala Constitucional, Sentencia N° 1556, San José, a las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007.

Sala Primera, Sentencia N° 65, de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996.

Sala Primera, Sentencia N° 756, de las 9:35 horas del 19 de octubre del 2007.

Sala Primera, Sentencia N° 35, de las 14:50 horas del 8 de marzo de 1995.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, Sentencia N° 104, de las 13:05 horas del 16 de marzo del 2001.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 33743